

N° 5741¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

- portant transposition de la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, et modifiant la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et
 - portant transposition de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance
- et
- modifiant la loi modifiée du 8 décembre 1994 relative:
 - aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois
 - aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(23.10.2007)

Par lettre du 28 juin 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de loi sous rubrique qui fut élaboré par le ministre du Trésor et du Budget. La lettre de saisine était accompagnée du texte du projet de loi, d'un exposé des motifs ainsi que d'un commentaire des articles.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des fonctionnaires et des employés publics ont été demandés, mais n'ont pas encore été versés au dossier au moment où le Conseil d'Etat émet son avis.

Le projet de loi a pour objet de transposer dans le droit national deux directives de l'Union européenne en matière d'assurances et de réassurance, la première étant la directive 2005/68/CE dite „Directive Réassurance“ et la seconde étant la directive 2006/46/CE. La transposition se fait moyennant modification des lois modifiées du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et du 8 décembre 1994 relative aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois et aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger.

Pour ce qui est de la Directive Réassurance, elle met en place à l'égard des entreprises de réassurance un cadre réglementaire qui est largement inspiré du régime prudentiel applicable aux entreprises d'assurances, et qui a fait ses preuves. La transposition doit intervenir avant le 10 décembre 2007. Hébergeant un nombre important de sociétés de réassurance ainsi que le marché le plus important de la Communauté européenne en matière de réassurance captive, le Luxembourg a tout intérêt à se doter rapidement des législations et réglementations en vue de se mettre au diapason des textes communautaires qui renforcent l'harmonisation au niveau communautaire dans un domaine particulier des services financiers.

Les innovations principales introduites par la Directive Réassurance peuvent être résumées comme suit: introduction du passeport unique pour les réassureurs, agrément unique valable dans toute l'Union européenne avec reconnaissance des agréments et des systèmes prudentiels harmonisés, régime spécifique „captive de réassurance“, reconnaissance du régime luxembourgeois de la provision pour fluctuation de sinistralité, autorisation de l'établissement de véhicules de titrisation de réassurance.

La seconde des directives poursuit le double but de donner une nouvelle impulsion à la modernisation du droit comptable communautaire et d'imposer des règles plus strictes en matière de gouvernance d'entreprise, notamment afin de prévenir et de combattre des malversations et des pratiques irrégulières dans les entreprises.

Enfin, la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances subit quelques modifications en ce qui concerne l'organisation du Commissariat aux assurances.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Le *point 1a*) de cet article fait fruit de l'article 108*bis* de la Constitution en créant la base légale qui doit permettre au Commissariat aux assurances de prendre des règlements dans la limite de sa propre spécialité. Le Commissariat est ainsi „autorisé à mettre en œuvre des règles d'application générale relevant de sa compétence“ qui doivent être „publiées conformément à l'article 112 de la Constitution“ et qui sont „susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de légalité, soit par voie d'exception conformément à l'article 95 de la Loi fondamentale, soit par voie d'action sur la base de l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif“.¹

Les modifications introduites par les autres lettres du point 1 procèdent à une renumérotation des paragraphes de l'article 2 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, sans en modifier la substance.

Le *point 2*, en allongeant la durée du mandat des membres du conseil d'administration du Commissariat aux assurances, de quatre ans actuellement à cinq ans, ne fait qu'appliquer au Commissariat une directive interne du Gouvernement, applicable à tous les établissements publics.

Le *point 3* effectue une correction dans le texte de l'article 10 de la loi du 6 décembre 1991, en ajoutant un mot nécessaire en raison des règles syntaxiques, tandis que le *point 4a*) procède à un simple redressement textuel.

Le point 4b) introduit dans la législation sur le Commissariat des règles applicables déjà à d'autres établissements publics (limite d'âge des membres de la direction du Commissariat fixée à 65 ans, sauf prorogation par décision du Gouvernement en conseil; possibilité pour le pouvoir exécutif de révoquer un membre de la direction en cas d'incapacité durable d'exercer ses fonctions, fixation des règles applicables en cas de maintien dans le service public d'un membre de la direction non renouvelé ou révoqué). La disposition figurant sous la lettre c) est supprimée parce que le texte visé a été transféré dans le paragraphe 8; par voie de conséquence, le paragraphe 10 est renuméroté en paragraphe 9.

Le *point 5* fait passer du Gouvernement en conseil au Conseil du Commissariat le pouvoir d'accorder dans les circonstances fixées par la loi des indemnités spéciales à certains des agents du Commissariat.

¹ Commentaire de la Constitution luxembourgeoise article par article, in: Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, 2006, pp. 370 et 371.

Etant donné que la composition du Conseil du Commissariat garantit que l'exécution de cette disposition ne s'effectuera pas de façon inconsidérée et que le budget du Commissariat reste soumis à l'approbation du Gouvernement, cette mesure ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Le texte sous le *point 6* procède à des adaptations circonstanciées du texte actuel, qui n'appellent pas d'observation particulière.

Le *point 7* soumet le Commissariat au contrôle de la Cour des comptes dans la mesure où il aurait à gérer des fonds publics, mesure qui n'est que l'application normale des règles de droit public.

Le *point 8* doit engager la responsabilité civile de l'Etat et du Commissariat non plus en cas de négligence grave dans l'application des moyens et d'un lien de causalité entre cette négligence et le dommage causé, mais seulement en cas d'acte ou d'omission à caractère dolosif prouvé. Le Conseil d'Etat constate que le texte en projet entend accorder au Commissariat (du fait des actes de ses organes et de ses agents) et à l'Etat (du fait du Commissariat) une position privilégiée par rapport au droit commun. D'abord, le caractère dolosif des actes ou omissions est particulièrement difficile à prouver; ensuite, la responsabilité plus large qui résulte du texte actuel est imposée normalement à toute entreprise bien que l'argument utilisé par le commentaire de l'article (envergure de la charge, en cas d'échéance du risque, par rapport aux moyens financiers disponibles) s'applique lui aussi à toute entreprise exposée aux conséquences des actes dommageables de ses agents et de ses dirigeants. L'exception proposée est d'autant moins compréhensible que l'Etat et le Commissariat ont eux aussi la possibilité de s'assurer contre les risques encourus. Des institutions publiques comme l'Etat et le Commissariat sont organisées (ou devraient être organisées) de façon à disposer des contrôles internes nécessaires capables de leur permettre d'assumer les risques courants découlant de leur gestion. Enfin, l'argumentation employée par le commentaire de l'article justifierait de faire bénéficier tous les établissements publics de la même restriction de leur responsabilité civile, initiative inconcevable de l'avis du Conseil d'Etat.

Article 2

Quant au *point 3*, les modifications apportées aux définitions de l'article 25 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sont essentiellement rendues nécessaires par l'application du texte sous avis aux entreprises de réassurance. Font exception les définitions sous vii. et viii. qui font désormais référence aux textes communautaires modificateurs transposés par la nouvelle loi. Le texte sous viii. y) détache une partie du texte original pour le constituer en alinéa indépendant, sans changement de substance.

Alors que le point 3, a), i. fournit une définition précise de la „succursale“ („toute agence ou succursale d'une entreprise d'assurances ou de réassurances ...“), le texte proposé sous ii. se départit de cette définition en ayant recours à la formule „... dans lequel elle opère par la voie d'une agence ou succursale ...“, tandis que le texte sous v. omet, dans la définition qu'il donne, de compléter la mention de la „succursale“ par celle de l'„agence“; le Conseil d'Etat recommande d'harmoniser ces textes en mentionnant sous ii. la seule „succursale“.

La Directive Réassurance fournit dans son article 2, 1, b), une définition d'une „entreprise captive de réassurance“, c'est-à-dire d'un type d'entreprise de réassurance qui est la composante largement majoritaire du secteur luxembourgeois de la réassurance, définition qui est reprise sous la définition jj) figurant sous xiii. du point 3a) de l'article 2.

A la disposition pp) figurant sous xiv. du point 3a), le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes „si elle avait“ et „devrait“, par ceux respectivement de „a“ et „doit“.

Pour ce qui est de la modification sous b) i., le Conseil d'Etat suggère de la lire comme suit, afin d'éviter tout malentendu au sujet du sort de la phrase introductive du paragraphe 2:

„b) Le paragraphe 2 est modifié comme suit:

i. les alinéas a), b), c), d) et e) qui figurent derrière la phrase introductive sont regroupés sous un nouveau point A) qui a la teneur suivante:

„A) pour les risques acceptés en assurance directe“ “.

L'ajout „et e)“ a pour but de récupérer au bénéfice de la loi à intervenir la modification introduite à l'égard de l'article 25 de la loi de 1991 par l'article 1er, sub 2 de la loi du 1er juin 2007 en matière

d'assurance de la responsabilité résultant de la circulation des véhicules automoteurs, modification dont les auteurs du texte sous examen n'ont pas pu tenir compte au moment de la rédaction du projet de loi.

La modification sous b) ii. serait à lire comme suit:

„ii. l'alinéa e) est remplacé par un nouvel alinéa e) comme suit:

„e) dans tous les autres cas d'assurance directe que ceux mentionnés aux lettres a), b), c) et d) ci-dessus, l'Etat dans lequel le preneur a sa résidence principale ou, si le preneur est une personne morale, l'Etat où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte“.

La modification sous b) iii. serait à lire comme suit:

„iii. à la suite de l'alinéa e) est inséré un nouveau point B) comme suit:

„B) pour les risques acceptés en réassurance, l'Etat du siège social de l'entreprise qui cède le risque à l'entreprise d'assurance ou de réassurance“.

Les modifications du *point 4* constituent des adaptations rendues nécessaires par le fait que l'effet de certaines mesures applicables jusqu'ici aux entreprises d'assurances est étendu aux entreprises de réassurance sous le régime de la loi future. Elles ne donnent pas lieu à observation.

Quant au *point 5*, il est renvoyé à l'observation qui sera faite sous le point 12.

Le changement de pure forme apporté par le *point 6* dans la structure de la loi du 6 décembre 1991 contribue à en rendre l'utilisation plus aisée.

Sous le *point 7*, la modification introduite dans le texte du paragraphe 9 de l'article 29 a pour but d'incorporer les entreprises de réassurance parmi les acquéreurs dont l'acquisition d'une participation suffisamment importante pour faire de l'entreprise, dans laquelle la participation est détenue, une filiale de l'acquéreur, situation qui déclenche la procédure de consultation prévue par l'article 29-1.

Le texte du *point 8* rend applicables aux entreprises de réassurance le texte de l'article 29-1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 qui ne vise à l'heure actuelle que les entreprises d'assurances.

Sous le *point 9*, le Conseil d'Etat propose de lire le texte modificateur comme suit:

„Aux fins de l'évaluation de la situation ..., le Commissariat ne peut pas refuser de prendre en considération les contrats de réassurance ...“

Pour ce qui est du *point 10*, le texte de la Directive Réassurance reconnaît dans son considérant (22) et dans son article 57, 3), le système des réserves d'équilibrage fonctionnant au Luxembourg; le texte de l'article 36 de la loi du 6 décembre 1991 consacrerait cette reconnaissance en relevant ces réserves particulières dans son énoncé.

Quant au *point 11*, l'article 44 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 permet actuellement au Commissariat de prendre des mesures particulières afin de sauvegarder les intérêts des assurés, dans les situations exceptionnelles visées par les paragraphes 1er, 2 et 3, ainsi qu'en cas de non-respect des lois, règlements et instructions du Commissariat. Le texte sous avis inclut dorénavant parmi les intérêts susceptibles d'être sauvegardés par des mesures particulières ceux des créanciers d'assurances ainsi que ceux des entreprises d'assurances ou de réassurance cédantes. Le passage de „assurés“ dans la loi actuelle vers „créanciers d'assurances“ dans le projet sous examen ne constitue pas une innovation véritable, les deux termes pouvant être considérés comme visant la même situation de droit. Le commentaire de l'article énumère cependant parallèlement les deux notions. Le Conseil d'Etat pour sa part peut se déclarer d'accord dès à présent avec un changement du libellé du projet de loi, moyennant maintien des deux notions de „assurés“ et „créanciers d'assurance“, dans le but de prévenir toute ambiguïté. Par ailleurs, le contenu des notions de „entreprises d'assurances ou de réassurance cédantes“ résulte implicitement de la définition fournie par la loi du 6 décembre 1991, art. 25, paragraphe 1er, aa). Les observations ci-dessus valent également pour les articles 79-6) 2. et 79-8) 2.

La suppression de l'article 67 engendrée par le *point 12* est dictée par le fait de l'insertion de l'article 21-1 nouveau qui règle le régime linguistique des relations du Commissariat avec les entreprises. L'utilisation des langues française et allemande n'est plus exclusive de l'utilisation de toute autre langue convenue avec le Commissariat.

Les modifications introduites par les textes sous les *points 13 et 14* ont uniquement pour but de rendre les dispositions actuelles applicables aux entreprises de réassurance, en ajoutant les termes de „entreprise de réassurance“ ou leur équivalent aux textes existants.

Le texte sous le *point 15* apporte à l'article 91 de la loi du 6 décembre 1991 un changement de pure forme, puisqu'il ne fait que remplacer l'ancienne Commission de travail de la Chambre des députés par la Conférence des présidents.

Article 3

Les changements apportés à la Partie IV de la loi du 6 décembre 1991, plus précisément aux Chapitres 1er, 2, 3, 4, 5, 6 et 7, visent à transposer la directive 2005/68/CE relative à la réassurance tout en maintenant dans la mesure du possible le cadre prudentiel familial de la loi de 1991. Les textes proposés par le projet de loi à l'égard des articles 92 à 102 donnent lieu aux observations suivantes:

L'article 96 ne deviendra opérationnel qu'à partir de l'entrée en vigueur du règlement grand-ducal annoncé qui devra préciser notamment les notions de „modification *essentielle* des statuts“ et „modification *majeure*“ du plan d'activités que le texte de la future loi laisse dans un état d'imprécision qui ne permet pas aux entreprises de l'appliquer. La même observation vaut à l'égard de l'article 98. Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat estime que le pouvoir exécutif devrait faire usage de la faculté générale qui lui est accordée en matière d'exécution des lois afin d'explicitier le „manquement *grave*“ visé à l'article 100-6, paragraphe 1er, sous d), manquement qui peut aboutir à un retrait de l'agrément par le ministre. Il voudrait relever une autre imprécision textuelle à l'endroit de l'article 100-16, paragraphe 1er, alinéa 2, dernière phrase, qui donne au Commissariat le droit d'interdire dans une situation donnée à une entreprise de réassurance communautaire opérant sur le territoire luxembourgeois de continuer à conclure de nouveaux contrats de réassurance au Grand-Duché de Luxembourg, tout en subordonnant cette sanction à la condition qu'elle soit „*absolument* nécessaire“; cette imprécision devrait-elle aussi être levée moyennant intervention d'un règlement grand-ducal.

Pour ce qui est des articles 100-6, paragraphe 3 et 101, paragraphe 5, le Conseil d'Etat suggère de compléter dans les deux cas la première phrase qui se lirait comme suit: „... ou dûment appelée par lettre recommandée à la poste à présenter ces moyens.“, la simple mention d'une „entreprise dûment appelée“ paraissant trop imprécise.

Toujours dans le contexte de l'article 100-6, le Conseil d'Etat suggère d'abord de lire sous le paragraphe 3, deuxième alinéa: „... et être signifiée ...“ au lieu de „être notifiée“ et de lire ensuite „... signifiée par exploit d'huissier de justice à l'établissement de l'entreprise situé dans le Grand-Duché“, ceci afin d'éviter au Commissariat ou au ministre de faire des recherches, qui peuvent s'avérer fastidieuses, de l'adresse à l'étranger d'une entreprise établie sur le territoire d'un pays tiers.

L'article 101 reprend, en les transposant aux entreprises de réassurance, les dispositions de l'article 46 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (de même que l'article 111 de ladite loi, dans la teneur issue de la loi du 13 juillet 2005, l'a fait, s'agissant des dirigeants et des intermédiaires d'assurances).

Le Conseil d'Etat se doit néanmoins de faire certaines observations à l'endroit du texte:

- il recommande en premier lieu de supprimer les termes introductifs du premier paragraphe „Sans préjudice de sanctions pénales,“, à l'effet de faire ressortir clairement du texte qu'il n'est pas dans les intentions des auteurs d'envisager une application cumulative de sanctions pénales et de sanctions administratives, abstraction faite de la considération qu'un tel rappel des sanctions pénales susceptibles d'être encourues en cas d'infraction pénale est de toute façon superfétatoire;
- il recommande en second lieu de supprimer, au paragraphe 3, l'adjectif „disciplinaires“. D'une part, les missions légales du Commissariat aux assurances ne sont pas comparables à celles d'un Ordre d'une profession libérale. D'autre part, l'emploi d'une terminologie faisant le rapprochement avec la matière disciplinaire risque d'engendrer des problèmes au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (voir notamment l'arrêt 12/02), qui retient, à propos du droit disciplinaire, qu'il y a lieu de suivre les principes généraux du droit pénal et d'observer les mêmes exigences constitu-

tionnelles de base, parmi lesquelles le principe de la spécification des incriminations. Des formules du genre „toutes infractions à la présente loi ...“ ne répondent guère à ces exigences.

Ces deux observations valent également à l'endroit des articles 46 et 111 précités, et le Conseil d'Etat pourrait d'ores et déjà marquer son accord à une modification en ce sens des deux articles en question.

Si le Conseil d'Etat n'insiste pas sur une reformulation immédiate, dans le sens d'une plus grande précision, des manquements pouvant donner lieu à sanctions administratives, cela tient au fait que le délai de transposition fixé par la directive communautaire 2005/68/CEE vient sous peu à expiration, d'une part, et au fait qu'en définitive sont visés des personnes morales et physiques hautement spécialisées évoluant dans un tissu normatif relevant, sinon pour sa totalité, du moins pour une très large partie, du droit communautaire, d'autre part. Le Conseil d'Etat invite néanmoins les auteurs du présent projet de loi à envisager dans un proche futur une telle modification. En même temps, la question mériterait d'être approfondie dans quelle mesure le pouvoir reconnu au Commissariat aux assurances de sanctionner ses propres règlements (au sens de l'article 108*bis* de la Constitution) est susceptible de se heurter aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que ledit article dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Dans la mesure où se manifeste, en particulier sur le plan communautaire, une tendance accrue à instituer des autorités administratives indépendantes, dotées du pouvoir de sanctionner des manquements aux lois et règlements dont cette autorité doit assurer le respect, se pose de plus en plus la question des garanties auxquelles peuvent prétendre les administrés. Le Conseil d'Etat est conscient de ce qu'il n'y a pas lieu de ranger toutes les autorités administratives à la même enseigne. Il lui semble cependant indispensable de mener à ce sujet une réflexion approfondie, afin d'éviter de possibles déconvenues.

Les modifications proposées à l'égard du paragraphe 5 s'inspirent de la considération que, si le Commissariat prend des sanctions à l'égard du dirigeant d'une entreprise, celui-ci doit disposer lui aussi des moyens d'assurer sa propre défense, indépendamment de ou cumulativement avec l'intervention de l'entreprise en sa faveur.

Quant à l'article 102, alinéa 2, le Conseil d'Etat ne peut pas se déclarer d'accord avec une extension du délai fixé à trois mois par l'article 4 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Les efforts d'harmonisation des délais en général, et d'uniformisation en particulier, voulus par la loi de 1996 mentionnée ci-avant, seraient réduits à néant si les lois organiques visant les différents établissements publics introduisaient des délais spécifiques et individualisés régissant les recours contre le silence de l'Administration. Le Conseil d'Etat demande donc la suppression du texte de l'alinéa 2.

Articles 4 et 5

Les articles 4 et 5 du projet de loi sous examen ne donnent pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat salue expressément l'intention des auteurs, exprimée dans l'article 119, de procéder à une coordination de la loi du 6 décembre 1991, intention qui est répétée à l'égard de la loi du 8 décembre 1994 par le point 12 de l'article 6 (qui vise l'article 130 de la loi de 1994).

Le texte de l'*article 6* effectue la transposition des deux directives mentionnées plus haut dans le contexte de la loi modifiée du 8 décembre 1994 relative entre autres aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurance de droit luxembourgeois et ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de texte sous avis utilisent la faculté laissée par la directive 2006/46/CE, sous 8) (insertion notamment d'un nouvel article 50*ter* dans le texte de la directive 78/660/CE) en ce que l'obligation faite collectivement aux membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance de la société de veiller à l'établissement et à la publication des comptes et du rapport de gestion annuel conforme à la loi et aux normes comptables internationales, entraîne la responsabilité des membres de ces organes à l'égard non seulement de la société lésée, mais aussi à l'égard de tiers lésés, mesure qui est conforme au régime défini par la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Enfin, la juxtaposition des textes des deux directives à transposer et du texte de transposition permet de constater, dans le détail des articles, que les directives sont transposées fidèlement et complètement.

Les textes des directives qui ne sont pas transposés sont des dispositions dont la transposition n'est pas obligatoire. Et en choisissant de ne pas utiliser toutes les options qui leur sont ouvertes par les directives, les auteurs du projet de loi sous examen restent encore en parfaite concordance avec les textes communautaires.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 octobre 2007.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

