



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral de la santé publique OFSP

Berne, mai 2020

Loi fédérale sur la réglementation de l'activité des intermédiaires d'assurance

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation

Avant-projet et rapport explicatif relatif à la loi sur réglementation de l'activité des intermédiaires d'assurance

Condensé

Le présent projet vise à réguler l'activité des intermédiaires dans l'assurance-maladie sociale et dans l'assurance-maladie complémentaire en rendant contraignantes les règles que se fixent les assureurs en la matière et à améliorer la qualité de leurs services. Il a également pour objectif de mettre un terme aux appels téléphoniques non désirés dans la branche de l'assurance-maladie.

Contexte

Les appels téléphoniques non désirés sont une source importante d'agacement pour la population. Par ailleurs, les commissions versées aux intermédiaires occupent le Parlement depuis quelques années. Lors de l'adoption de la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie, le législateur a décidé de laisser les assureurs régler ces deux questions par convention. Chacune des deux associations faitières a établi une convention en 2015. Il s'est cependant avéré par la suite que tous les assureurs ne se conformaient pas aux termes de la convention de leur organe faitier.

En automne 2017, le Parlement s'est à nouveau saisi du problème. Une motion identique déposée dans chaque conseil demandait d'attribuer au Conseil fédéral la compétence de régler l'indemnisation des intermédiaires dans l'assurance-maladie sociale. Les deux associations d'assureurs ont annoncé qu'elles étaient en train d'élaborer ensemble une nouvelle convention valant pour l'assurance-maladie sociale et pour l'assurance-maladie complémentaire. La commission compétente a intégré leur projet de convention dans la suite de ses travaux et a considéré deux points comme essentiels : des mesures contraignantes pour les assureurs et des sanctions en cas de non-respect des dispositions prévues.

En automne 2018, la commission du Conseil des États a déposé une motion par laquelle elle demande que le Conseil fédéral reçoive la compétence de déclarer obligatoires certains points de la convention des assureurs. Cette motion a été adoptée par le Parlement.

Contenu du projet

Le présent acte modificateur unique prévoit de modifier la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie et la loi sur la surveillance des assurances afin de conférer au Conseil fédéral la compétence de donner force obligatoire à la réglementation des points de la convention des assureurs concernant l'interdiction du démarchage téléphonique des personnes qui n'ont jamais été assurées auprès de l'assureur concerné ou qui ne le sont plus depuis un certain temps, la formation des intermédiaires, la limitation de leur indemnisation et l'établissement et la signature d'un procès-verbal d'entretien avec le client. Ce projet est conforme à la volonté du législateur de favoriser l'autorégulation dans ces domaines, puisque les assureurs conservent la compétence de régler ces points dans leur convention. L'ordonnance édictée par le Conseil fédéral leur donne force obligatoire pour tous les assureurs, même ceux qui n'auraient pas adhéré à la convention.

Avant-projet et rapport explicatif

1 **Présentation du projet**

1.1 **Contexte**

Lorsqu'il a adopté la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal)¹, le législateur a décidé de laisser les assureurs régler eux-mêmes l'activité des intermédiaires, en particulier leur indemnisation et le démarchage téléphonique. Il a aussi modifié l'art. 31a de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)² pour leur accorder les mêmes prérogatives en matière d'assurance-maladie complémentaire. Les deux associations faitières des assureurs actifs dans le domaine de l'assurance-maladie ont conclu en 2015 une convention avec leurs membres. Or, la convention de l'une des associations n'a pas été signée par tous ses membres et la convention de l'autre association ne limite pas le montant de la commission des intermédiaires.

En automne 2017, deux parlementaires ont déposé une motion identique pour charger le Conseil fédéral de régler l'indemnisation des intermédiaires dans l'assurance-maladie sociale (motions n^{os} 17.3956 et 17.3964 intitulées « Commissions versées aux intermédiaires dans l'assurance de base. Pas de dépenses disproportionnées »). La motion n^o 17.3964 a été retirée, tandis que le Conseil des États a rejeté la motion n^o 17.3956. Durant les débats relatifs à ces motions, les deux associations faitières des assureurs ont annoncé qu'elles préparaient ensemble une nouvelle convention réglant l'activité et l'indemnisation des intermédiaires non seulement pour l'assurance-maladie sociale, mais également pour l'assurance-maladie complémentaire. Cette convention entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le 16 octobre 2018, la commission du Conseil des États a déposé la motion n^o 18.4091 intitulée « Caisses-maladie. Réglementation contraignante des commissions versées aux intermédiaires, sanctions et garantie de la qualité », qui charge le Conseil fédéral de présenter un projet d'acte visant à lui permettre :

- de déclarer obligatoire pour l'ensemble de la branche concernée par l'assurance obligatoire des soins (AOS) une réglementation des commissions versées aux intermédiaires dans le domaine de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)³, d'approuver des modifications et de prévoir des sanctions en cas de non-respect;
- de déclarer obligatoire pour l'ensemble de la branche concernée par l'AOS et l'assurance complémentaire selon la LAMal une réglementation des points ci-dessous et de prévoir des sanctions en cas de non-respect :

1 **RS 832.12**

2 **RS 961.01**

3 **RS 832.10**

- interdiction de faire de la prospection téléphonique à froid ;
- formation approfondie obligatoire ;
- obligation de dresser un procès-verbal de l'entretien, signé par le client et le conseiller.

Le Conseil des États a adopté la motion le 12 décembre 2018. Le 14 mars 2019, le Conseil national l'a adoptée à son tour en étendant la force obligatoire à la limitation des commissions dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire. La divergence entre les conseils ayant été éliminée le 20 juin 2019, le Parlement a adopté la motion dans sa version étendue par le Conseil national.

1.2 Dispositif proposé

La convention des assureurs, qui concerne l'assurance-maladie sociale et l'assurance-maladie complémentaire, contient des règles concernant les intermédiaires. Ces dernières n'ont cependant pas un caractère contraignant ; un assureur ne peut être sanctionné par l'État s'il contrevient à la convention. Avec la modification légale proposée, le Conseil fédéral obtient la compétence de donner force obligatoire à certains points de l'accord des assureurs. Ces points peuvent par conséquent être imposés aux assureurs, même s'ils n'ont pas adhéré à la convention. Une mesure du droit de la surveillance en cas de non-respect de l'accord de branche est inscrite dans la loi. Les dispositions pénales sont également complétées afin que le juge puisse sanctionner les assureurs qui ne respectent pas les clauses obligatoires de la convention.

1.3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le droit des assurances sociales de l'Union européenne ne prévoit pas une harmonisation des systèmes nationaux de sécurité sociale. Les États membres peuvent, dans une large mesure, déterminer librement la structure, le champ d'application personnel, les modalités de financement et l'organisation de leurs systèmes de sécurité sociale. Ils doivent cependant observer les principes de coordination définis dans les règlements (CE) n° 883/2004⁴ et 987/2009⁵, tels que l'interdiction de la discrimination, la prise en compte des périodes d'assurance et la fourniture des prestations au-delà des frontières. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ci-après l'ALCP)⁶, ces principes sont aussi contraignants pour la Suisse⁷.

⁴ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30.4.2004, p. 1 ; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2019/1149, JO L 186 du 11.7.2019, p. 21.

⁵ Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 284 du 30.10.2009, p. 1 ; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2017/492, JO L 76 du 22.3.2017, p. 13.

⁶ RS 0.142.112.681

1.4 Mise en œuvre

Le Conseil fédéral édictera une ordonnance pour donner force obligatoire à certains points de l'accord conclu par les assureurs. Ces points figureront en annexe de l'ordonnance.

Comme la loi contient des règles autant pour l'assurance-maladie sociale que pour l'assurance complémentaire, une collaboration entre les deux autorités de surveillance est nécessaire. Cette collaboration est prévue par les art. 34, al. 5, LSAMal et 80, al. 2, LSA.

1.5 Classement d'une intervention parlementaire

Le Conseil fédéral propose de classer la motion n° 18.4091, intitulée « Caisse-maladie. Réglementation contraignante des commissions versées aux intermédiaires, sanctions et garantie de la qualité ». Le présent projet répond en effet entièrement aux objectifs qu'elle poursuit.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie

Art. 19, al. 3

L'actuel al. 3 est intégré dans le nouvel art. 19a, al. 1.

Art. 19a

Art. 19a, al. 1

Selon le droit actuel, les assureurs peuvent conclure un accord visant à régler le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et la limitation de l'indemnisation des intermédiaires. Cette liste est exhaustive et ne prévoit pas la réglementation des autres obligations des intermédiaires. Or il est ressorti des débats parlementaires que les assureurs entendent aussi fixer des standards minimaux pour certaines tâches des intermédiaires. Pour leur permettre de conclure un accord également sur ces points, la liste contenue à l'art. 19, al. 3, LSAMal doit être complétée avec la mention de l'interdiction du démarchage téléphonique des personnes qui n'ont jamais été assurées auprès de l'assureur concerné ou qui ne le sont plus depuis un certain temps, la formation des intermédiaires et l'établissement et la signature d'un procès-verbal d'entretien.

⁷ A titre informatif, une version consolidée (non contraignante) des règlements (CE) n°883/2004 et 987/2009 précités, dans leur version qui lie la Suisse en vertu de l'Annexe II ALCP, est publiée au RS **0.831.109.268.1** et RS **0.831.109.268.11**.

Afin de garantir l'égalité de traitement entre les assureurs, le Conseil fédéral a défini l'activité d'intermédiaire comme celle par laquelle une personne met ses compétences ou ses services à la disposition de l'assureur contre rémunération dans le but de faciliter ou de permettre l'affiliation d'assurés (art. 35, al. 1, de l'ordonnance du 18 novembre 2015 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale [OSAMal]⁸). Les services de comparaison de primes qui fournissent des prestations à titre onéreux et les personnes liées à l'assureur par un contrat de travail et dont l'activité consiste à acquérir de nouveaux assurés entrent également dans cette catégorie. Les assureurs de petite taille qui ne disposent pas d'un département de vente ne sont ainsi pas désavantagés parce que le personnel de l'assureur affecté à la prospection d'assurés répond à la définition des intermédiaires. Dans leur convention, les assureurs englobent dans les intermédiaires les plates-formes de comparaison de primes indemnisées pour leurs prestations, mais non leurs propres employés actifs dans l'acquisition de clients ou la vente de produits d'assurance. Il existe ainsi une différence importante entre la définition du Conseil fédéral et celle de la convention des assureurs. La définition des assureurs permettrait en effet de contourner les exigences de la convention en reportant une grande partie des charges d'acquisition de nouveaux assurés sur leur service interne, ce qui contreviendrait à la volonté du législateur de limiter les frais de prospection de nouveaux assurés et pénaliserait les assureurs de petite taille qui ne pourraient pas recourir à cette possibilité. En outre, rien ne justifie que les employés de l'assureur chargés de l'acquisition de nouveaux clients ne soient pas soumis aux mêmes obligations que les autres intermédiaires en ce qui concerne la formation et le procès-verbal de l'entretien avec le client. Les assureurs ont certes la faculté d'exclure du champ d'application de leur accord une catégorie d'intermédiaires. Le Conseil fédéral pourra cependant refuser de donner force obligatoire à un tel accord partiel.

Art. 19a, al. 2

Les assureurs sont libres de réglementer eux-mêmes certains domaines de l'activité de leurs intermédiaires. La motion exige un projet de loi qui habilite le Conseil fédéral à déclarer un accord de branche de force obligatoire. Elle établit ainsi un lien avec les procédures particulières que la Constitution (Cst.)⁹ prévoit comme alternatives à la procédure législative ordinaire dans les domaines des contrats-cadres de bail à loyer (art. 109, al. 2, Cst.) et de conventions collectives de travail (art. 110, al. 2, Cst.). En l'espèce, la Cst. ne contient aucune base spécifique pour le domaine concerné. Au regard des exigences du principe de légalité en matière de sanctions pénales pour les cas de non-respect de l'accord, le présent projet doit suivre la procédure législative ordinaire. Celui-ci s'appuie sur la pratique existante en matière de structures tarifaires dans l'assurance-maladie sociale et prévoit notamment que le Conseil fédéral peut déclarer un accord de branche obligatoire pour tous les assureurs non pas simplement par arrêté fédéral, mais par la voie d'une ordonnance.

Le projet prévoit que le Conseil fédéral pourra déclarer contraignants pour les assureurs, dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, les points concernant l'interdiction du démarchage téléphonique des personnes qui n'ont jamais été assurées auprès de l'assureur concerné ou qui ne le sont plus depuis un certain temps, l'obligation de suivre une formation approfondie, la rémunération des intermé-

⁸ RS 832.121

⁹ RS 101

diaires, l'établissement et la signature d'un procès-verbal d'entretien avec le client. Si l'intermédiaire délègue sa tâche à un tiers, celui-ci sera soumis aux mêmes obligations.

La rémunération des intermédiaires dans l'assurance obligatoire des soins occupe le Parlement depuis plusieurs années et différentes interventions parlementaires ont été déposées sur le sujet, notamment l'interpellation n° 09.3090 « Mesures relatives à l'augmentation imminente des primes d'assurance-maladie », la motion n° 09.3540 « Pas de versements de provisions ni de dépenses de publicité aux frais des assurés », la question n° 09.1030 « Rabatteurs des caisses-maladie bon marché » et les motions n°s 17.3956 et 17.3964 « Commissions versées aux intermédiaires dans l'assurance de base. Pas de dépenses disproportionnées ». La motion n° 09.3540 a été classée, la motion n° 17.3956 rejetée et la motion n° 17.3964 retirée. Les assureurs ont décidé de fixer eux-mêmes un montant maximal pour la rémunération des intermédiaires actifs dans l'assurance obligatoire des soins. Le Conseil fédéral pourra déclarer cette limite obligatoire, de sorte que l'assureur qui ne la respecterait pas encourra une sanction.

Le démarchage téléphonique dans l'assurance obligatoire des soins est également un thème que le Parlement traite depuis plusieurs années. Le projet de modification de la LAMal de 2009 (09.053 « LAMal. Mesures pour endiguer l'évolution des coûts ») prévoyait d'interdire les commissions d'assurance sous quelque forme que ce soit et le financement du démarchage téléphonique. Ce projet a été rejeté par le Parlement. Diverses interventions parlementaires ont aussi été déposées dans ce domaine, notamment l'interpellation n° 11.3693 « Assurance-maladie. Moins de démarchage par téléphone? », la motion n° 11.4117 « Pour mettre fin au démarchage téléphonique des assureurs-maladie », le postulat n° 15.3985 « Démarchage téléphonique pratiqué par les caisses-maladie. Évaluation de l'autorégulation » et l'interpellation n° 16.3799 « Démarchage téléphonique agressif des centres d'appel et des caisses-maladie ». La motion n° 11.4117 et le postulat n° 15.3985 ont été rejetés.

Le 22 mars 2019, le Parlement a adopté une modification¹⁰ de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)¹¹, qui modifie notamment certaines dispositions de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹² afin de mieux protéger les consommateurs contre les appels téléphoniques non désirés (art. 3, al. 1, let. u et v, LCD). Les assureurs ont cependant décidé d'aller encore plus loin et de ne plus procéder, ni eux-mêmes, ni par le biais d'intermédiaires, au démarchage téléphonique à froid. Celui-ci consiste à prendre contact avec des personnes qui n'ont jamais été clientes ou avec lesquelles l'assureur n'a aucune relation commerciale depuis plus de 36 mois, qui n'ont pas explicitement donné leur accord pour être contactées ou pour lesquelles le contact ne résulte pas d'une recommandation d'un tiers connu du client potentiel. L'interdiction du démarchage téléphonique à froid constitue une restriction de la liberté économique protégée par l'art. 27 Cst. Lorsqu'ils pratiquent l'assurance-maladie sociale, les assureurs ne peuvent cependant pas invoquer cette liberté constitutionnelle¹³.

¹⁰ FF **2019** 2585 2604

¹¹ RS **784.10**

¹² RS **241**

¹³ Cf. ATF 9C_878/2013

Le Conseil fédéral pourra donner force obligatoire à une réglementation imposant aux intermédiaires de suivre une formation approfondie dans le domaine dans lequel ils seront appelés à travailler et obligeant les assureurs à ne collaborer qu'avec des intermédiaires au bénéfice de la formation choisie. Les assureurs sont libres de choisir la formation en question (par ex. la formation CICERO).

Le Conseil fédéral pourra donner force obligatoire à une réglementation imposant aux assureurs de n'accorder une rémunération aux intermédiaires que si les demandes d'affiliation que ceux-ci leur transmettent sont accompagnées d'un procès-verbal d'entretien signé par l'intermédiaire et le client. Le procès-verbal doit mentionner notamment la date de l'entretien, l'identité des personnes qui y ont participé et la confirmation que le rendez-vous n'a pas été obtenu par le biais d'un démarchage à froid.

Les clauses de l'accord des assureurs ne doivent pas contrevenir à la loi ni à ses dispositions d'application. Dans le cas contraire, le Conseil fédéral ne pourra pas leur donner force obligatoire.

L'indemnisation des intermédiaires, qui relève des frais d'administration de l'assureur (art. 19, al. 1, LSAMal), doit être fixée selon les règles applicables en économie d'entreprise, ce qui signifie qu'elle doit être adéquate au regard de l'activité déployée et la plus avantageuse possible pour le système d'assurance.

La demande doit émaner d'assureurs représentant au moins 66 % du marché, c'est-à-dire les deux tiers des assurés. Cette règle empêche d'une part que les deux ou trois plus grands assureurs dictent la réglementation et d'autre part qu'un groupe comprenant un nombre supérieur d'assureurs mais représentant moins de 66 % de l'effectif global ne puisse faire obstacle à la déclaration de force obligatoire.

L'art. 19a, al. 2, contient une délégation en faveur du Conseil fédéral qui reçoit la compétence de donner force obligatoire à certaines dispositions de l'accord de branche. La forme de l'ordonnance s'impose parce que ces dispositions ont des effets non seulement pour les assureurs qui les ont établies, mais également indirectement pour les intermédiaires qui n'ont pas participé à leur élaboration. Elles limitent la marge de manœuvre de ces derniers dans l'exercice de leur activité, notamment en matière de démarchage téléphonique. La délégation est conforme aux exigences posées par la jurisprudence¹⁴ : elle n'est pas interdite par le droit constitutionnel, elle figure dans une loi au sens formel et son cadre, qui doit être clairement défini, n'est pas dépassé. En l'espèce, l'art. 19a, al. 2, décrit et limite précisément les points de l'accord de branche que le Conseil fédéral pourra déclarer obligatoires. Ceux-ci pourront ainsi être imposés à tous les assureurs, même à ceux qui n'ont pas adhéré à l'accord.

Art. 19a, al. 3

En raison du principe de légalité régissant de manière stricte le droit pénal, il ne serait pas admissible que les infractions punissables soient définies par un acte rédigé par des particuliers sans que l'on puisse garantir le respect des exigences de précision pour la rédaction de sanctions pénales. C'est pourquoi il est prévu qu'il appartiendra au Conseil fédéral de définir dans l'ordonnance conférant une force

¹⁴ Cf. ATF 2C_927/2018

obligatoire aux dispositions de l'accord les infractions pénales en les assortissant de la menace de la peine prévue à l'art. 54 al. 3 let. h.

Art. 38a Mesures en cas de non-respect de la réglementation de l'activité des intermédiaires d'assurance

Lors des débats relatifs à la motion n° 18.4091, le Parlement a clairement souhaité que les infractions aux règles de l'accord de branche puissent être sanctionnées. Pour mettre en œuvre cette demande, le Conseil fédéral a prévu que l'autorité de surveillance pourra prendre des mesures conservatoires et que le non-respect de l'accord constitue une contravention au sens de l'art. 54, al. 3, LSAMal.

L'art. 38 LSAMal contient un catalogue non exhaustif des mesures que peut prendre l'autorité de surveillance lorsqu'un assureur ne respecte pas la loi ou qu'il ne se conforme pas à ses instructions. Or, la contravention à l'accord de branche ne constitue ni une infraction à la loi, ni une violation d'une instruction de l'autorité de surveillance. Il est donc nécessaire de créer une base légale habilitant cette dernière à prendre une mesure lorsqu'un assureur agit de manière non conforme à l'accord de branche. Le projet prévoit que l'autorité de surveillance peut, pendant une année au maximum, d'une part, interdire à l'assureur contrevenant de verser des commissions aux intermédiaires, et d'autre part, ordonner une limitation de ses frais de prospection de nouveaux assurés. La première mesure, qui vise les intermédiaires avec lesquels l'assureur n'est pas lié par un contrat de travail, empêche l'assureur de recourir aux services de ces derniers puisqu'il n'a pas le droit de les indemniser pour leur activité. La seconde concerne les employés de l'assureur dont l'activité consiste à acquérir de nouveaux assurés et dont le salaire fait partie des frais d'administration. Elle est nécessaire pour éviter que l'assureur à qui l'autorité de surveillance aurait défendu de verser des commissions ne contourne cette interdiction par le biais de son service interne. L'autorité de surveillance sera habilitée à imposer à l'assureur une limitation des frais de prospection de nouveaux assurés.

Les contrats avec les intermédiaires qui ne sont pas liés à l'assureur par un contrat de travail peuvent être conclus pour plusieurs années. La mise en œuvre de la mesure prévue par l'art. 38a peut poser problème si l'assureur n'est pas autorisé à fournir sa prestation contractuelle durant une année. Il appartient par conséquent aux assureurs de conclure des contrats qui ne rendent pas impossible la mise en œuvre de la mesure. Ils seront éventuellement amenés à indemniser les intermédiaires en vertu de leur responsabilité contractuelle.

Art. 54, al. 3, let. h, et 4

En adoptant la motion n° 18.4091, le Parlement a chargé le Conseil fédéral de prévoir une sanction pénale en cas de non-respect de l'accord. En vertu du principe de légalité, il est nécessaire que la loi réprime expressément ces contraventions. Le projet prévoit ainsi que les infractions contre les dispositions édictées en vertu de l'art. 19a, al. 3, sont punissables pour autant que ces dispositions menacent clairement d'une sanction pénale toute personne commettant une telle infraction. La nouvelle infraction complète le catalogue de l'art. 54, al. 3, et sera punie d'une amende de 100 000 francs au plus.

La commission de l'infraction par négligence doit aussi être punissable. L'art. 54, al. 4, est complété en conséquence.

2.2

Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances

Art. 31a Réglementation de l'activité des intermédiaires d'assurance dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale

Comme dans l'assurance-maladie sociale, les entreprises d'assurance peuvent conclure un accord pour régler le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et l'indemnisation des intermédiaires. En adoptant cette disposition, le législateur a décidé d'accorder aux entreprises qui pratiquent l'assurance-maladie complémentaire selon la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)¹⁵ les mêmes prérogatives qu'aux assureurs pratiquant l'assurance-maladie sociale. Le texte de la disposition ne limite cependant pas la réglementation aux entreprises d'assurance pratiquant l'assurance-maladie. Or, une application générale à toutes les entreprises d'assurance ne correspond pas à la volonté du législateur. Il est donc nécessaire de préciser le champ d'application de cette disposition. Son titre a été complété en conséquence. L'assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA n'est pas concernée par l'art. 31a. En effet, elle n'est pas une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale¹⁶.

Art. 31a, al. 1

Comme pour l'art. 19a, al. 1, LSAMal, cette disposition doit être complétée afin de permettre aux entreprises d'assurance de conclure un accord sur l'activité des intermédiaires. Conformément à l'art. 40 LSA, on entend par intermédiaire d'assurance toute personne qui, quelle que soit sa désignation, agit pour des entreprises d'assurance ou d'autres personnes en vue de la conclusion de contrats d'assurance ou conclut de tels contrats. Selon le message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant la LSA¹⁷, cette définition englobe deux catégories d'intermédiaires : d'une part, les intermédiaires qui sont liés de quelque façon que ce soit (le plus souvent contractuellement, mais parfois aussi de manière informelle et implicite par des conventions d'honoraires) à une ou plusieurs entreprises d'assurance et qui agissent à titre primaire en faveur de celles-ci et dans leur intérêt (intermédiaires liés) ; d'autre part, les intermédiaire liés par un mandat à leurs clients et dont on peut présumer qu'ils veillent en premier lieu aux intérêts des preneurs d'assurance (intermédiaires non liés). Pour les mêmes motifs que ceux exposés pour l'art. 19a, al. 1, LSAMal, limiter l'application à une catégorie d'intermédiaires permettrait aux entreprises d'assurance de contourner les points de l'accord déclarés obligatoires en opérant un transfert de charges sur les intermédiaires non visés par la réglementation et contredirait ainsi la volonté du législateur. Les entreprises d'assurance peuvent exclure du champ d'application de leur accord une catégorie d'intermédiaires. Le Conseil fédéral pourra cependant refuser de donner force obligatoire à un tel accord partiel.

¹⁵ RS 221.229.1

¹⁶ Cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral du 25 mai 2007 B-1298/2006 concernant l'assurance collective d'indemnités journalières.

¹⁷ FF 2003 3353

Art. 31a, al. 2

En ce qui concerne la force obligatoire, la formation et l'indemnisation des intermédiaires, l'établissement et la signature du procès-verbal de l'entretien avec le client, on se référera au commentaire de l'art. 19a, al. 2, LSAMal. Les entreprises d'assurance décident elles-mêmes si elles veulent interdire le démarchage téléphonique à froid. De telles décisions, prises sur une base volontaire, pourraient constituer des accords en matière de concurrence au sens la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart)¹⁸. Une loi au sens formel est donc nécessaire malgré le caractère volontaire de la démarche.

L'art. 31a, al. 2, contient une délégation en faveur du Conseil fédéral. S'agissant de la délégation législative, on se référera au commentaire de l'art. 19a, al. 2, LSAMal. Le Conseil fédéral est autorisé à donner force obligatoire à certaines dispositions de l'accord. Ces dernières seront dès lors opposables à toutes les entreprises d'assurance, même à celles qui n'auraient pas adhéré à l'accord.

La demande doit émaner d'entreprises qui proposent l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale et qui détiennent ensemble une part de marché (en volume de primes) d'au moins 66 %. L'accord ne doit pas être contraire à la loi ou à ses dispositions d'exécution. On notera que l'art. 44, al. 2, LSA prévoit que le Conseil fédéral détermine les qualifications professionnelles requises et qu'il peut charger la FINMA de réglementer les détails techniques. Aux termes de l'art. 184, al. 1 et 2, de l'ordonnance sur la surveillance (OS)¹⁹, l'intermédiaire démontre sa qualification professionnelle en réussissant un examen ou en présentant un titre équivalent et la FINMA règle le contenu de l'examen. Puisque l'accord de branche ne doit pas contenir de clause contraire à la loi et aux dispositions d'exécution, les assureurs ne pourront pas contourner les exigences de la formation requise par la FINMA en imposant une autre formation.

L'indemnisation des intermédiaires est financée par les primes des assurés. Son montant doit être fixé selon les règles applicables en économie d'entreprise, ce qui signifie que l'indemnisation doit être adéquate au regard de l'activité déployée et la plus avantageuse possible pour le système d'assurance.

Art. 31a, al. 3

On se référera au commentaire de l'art. 19a, al. 3, LSAMal.

Art. 31a, al. 4

Lorsqu'elle approuve les tarifs de primes, la FINMA examine si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA). Constituent des abus les préjudices portés aux personnes assurées lorsqu'ils se sont produits à plusieurs reprises ou sont de nature à se reproduire ou lorsqu'ils pourraient toucher un grand nombre de personnes (art. 117 OS). Ces règles doivent être expressément réservées.

¹⁸ RS 251

¹⁹ RS 961.011

Art. 38, al. 2

Comme dans l'assurance-maladie sociale, la FINMA doit pouvoir prendre des mesures de sûreté en cas de non-respect de l'accord de branche. L'application des mesures visées à l'art. 51 LSA suppose la violation de la loi, d'une ordonnance ou d'une instruction de la FINMA. Afin de prévenir toute équivoque, il se justifie d'inscrire dans la loi la possibilité pour la FINMA de prendre des mesures du droit de la surveillance. Celle-ci pourra mettre en œuvre les mesures prévues à l'art. 51, dont le catalogue n'est pas exhaustif. Le projet prévoit en outre, à titre d'exemples, la possibilité pour la FINMA de ne pas approuver les tarifs de primes de l'entreprise d'assurance contrevenante ou d'ordonner leur adaptation. L'impact d'une telle mesure devrait la rendre suffisamment dissuasive.

Art. 86, al. 1 let. d^{bis}

Voir le commentaire de l'art. 54, al. 3, let. h, et 4, LSAMal.

3 Conséquences

Les conséquences exposées ci-après sont subordonnées à la conclusion volontaire par les assureurs-maladie LAMal et les entreprises d'assurance pratiquant l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale d'un accord sur les points visés aux art. 19a LSAMal et 31a LSA et à la déclaration de force obligatoire par le Conseil fédéral.

3.1 Conséquences pour l'assurance-maladie

Les commissions versées aux intermédiaires actifs dans l'assurance-maladie sociale font partie des frais d'administration des assureurs (art. 19, al. 1, LSAMal). Les économies que le présent projet peut entraîner dans ce domaine sont très modestes. Elles sont estimées à 10 millions de francs par an. Elles n'auront donc pas d'incidence significative sur les coûts bruts de l'assurance obligatoire des soins ni sur les subsides de la Confédération destinés à la réduction des primes (art. 66 LAMal). Les possibilités d'économies dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire n'ont pas pu être chiffrées.

Le projet apporte une garantie de qualité de l'activité des intermédiaires. Ceux-ci devront avoir suivi une formation complète définie par les assureurs. Ils devront s'engager en outre à respecter les prescriptions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)²⁰ et de la LCD. Une amélioration essentielle pour les assurés consiste dans l'interdiction faite aux assureurs et à leurs intermédiaires de procéder au démarchage téléphonique à froid. Les intermédiaires devront en outre dresser un procès-verbal de l'entretien avec le client, le signer et le faire signer par ce dernier. Les informations que l'intermédiaire doit fournir figureront ainsi sur un support matériel. Les commissions versées aux intermédiaires seront par ailleurs limitées tant dans l'assurance-maladie sociale que dans l'assurance-maladie complémentaire. Toutes ces mesures sont de nature à renforcer la confiance des assurés dans le système de l'assurance-maladie.

²⁰ RS 235.1

Des exigences élevées en matière de formation des intermédiaires peuvent impliquer des coûts pour les assureurs et les entreprises d'assurance, en particulier pour ceux de petite taille. Les mesures proposées nécessitent en outre des ressources supplémentaires au sein des deux autorités de surveillance.

3.2 Conséquences économiques

Le projet impose la limitation des commissions versées aux intermédiaires. Les économies qui pourront être réalisées sont cependant très difficiles à chiffrer. Dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, les assureurs les ont estimées de manière sommaire à 10 millions de francs par an. Elles ne devraient donc avoir qu'un impact mineur sur les frais d'administration et par voie de conséquence sur les coûts bruts. Le projet n'entraînera aucun effet notable sur le montant des primes de l'assurance obligatoire des soins.

Dans le domaine de l'assurance complémentaire, les commissions versées aux intermédiaires par les entreprises d'assurance sont nettement plus élevées que dans l'assurance obligatoire des soins. En 2018, les premières se sont montées à 451 millions de francs, les secondes à 48 millions de francs.

3.3 Conséquences pour la Confédération

3.3.1 Conséquences financières

Comme exposé au ch. 3.1, la modification législative n'aura qu'un impact très limité sur les coûts bruts de l'assurance obligatoire des soins et, par voie de conséquence, sur les subsides de la Confédération destinés à la réduction des primes. Par ailleurs, la Confédération ne participe en aucune manière au financement de l'assurance-maladie complémentaire. Les commissions versées aux intermédiaires dans ce domaine sont couvertes par les primes des preneurs d'assurance.

3.3.2 Conséquences sur l'état du personnel

La déclaration de force obligatoire implique une augmentation de la charge de travail des deux autorités de surveillance, à savoir l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) pour l'assurance-maladie sociale et la FINMA pour l'assurance-maladie complémentaire. Les assureurs LAMal et 47 entreprises d'assurance travaillent avec une multitude d'intermédiaires. Plusieurs milliers d'intermédiaires sont actifs dans l'assurance complémentaire. Les autorités de surveillance devront examiner les contrats conclus avec ces derniers et vérifier dans les comptes annuels des assureurs si les indemnités accordées respectent la convention. Ces tâches requièrent auprès de chacune des deux autorités de surveillance un poste supplémentaire à plein temps.

Par ailleurs, le contrôle des autres exigences découlant du projet nécessite aussi des ressources supplémentaires auprès des deux autorités de surveillance. Au vu du nombre de réclamations enregistrées par le SECO en matière d'appels téléphoniques non désirés (www.seco.admin.ch) > pratiques commerciales et publicitaires > con-

currence déloyale > données statistiques), il faut compter avec une importante charge de travail pour les autorités de surveillance dans ce domaine. En effet, les infractions à la convention en matière d'interdiction du démarchage téléphonique à froid seront portées à la connaissance des autorités de surveillance qui devront instruire tous les cas qui leur sont annoncés. Celles-ci devront évaluer les situations et pourront prendre des mesures du droit de la surveillance et dénoncer les cas aux autorités pénales compétentes. Toutes ces démarches représentent des charges supplémentaires. Les autorités de surveillance devront également contrôler que les assureurs se conforment aux autres points de l'accord déclarés obligatoires. Elles devront vérifier le respect des standards de qualité, notamment la formation des intermédiaires et l'établissement et la remise des procès-verbaux des entretiens avec les clients. Pour ce faire, elles devront mettre sur pied des audits supplémentaires, procéder à des contrôles par sondages, requérir la production de nombreux documents et les examiner. En l'état, les besoins en ressources liées à ces tâches sont estimés à deux postes à plein temps pour l'OFSP et à deux postes à plein temps pour la FINMA. Il n'est cependant pas exclu que les ressources requises augmentent en fonction des tâches supplémentaires que le Parlement attribuera aux autorités de surveillance.

En conclusion, selon les estimations actuelles, la mise en œuvre du présent projet requiert trois postes à plein temps pour l'OFSP et trois postes à plein temps pour la FINMA. Si les besoins en ressources n'augmentent pas au cours des débats parlementaires, les postes supplémentaires nécessaires à l'OFSP seront financés par le DFI dans le cadre de son plafond de dépenses conformément à la décision du Conseil fédéral du 16 mars 2018.

3.4 Conséquences pour les cantons et les communes

Comme exposé au ch. 3.1, les économies attendues dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins sont relativement faibles. Les cantons ne peuvent par conséquent pas compter avec une diminution de leurs dépenses pour la réduction des primes. Par ailleurs, la présente modification législative n'a pas de conséquences pour les communes.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019²¹, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019²².

Les citoyens se plaignent régulièrement des appels non désirés des assureurs, en particulier en automne lors de la période du changement de caisse-maladie. Le

²¹ FF 2016 981

²² FF 2016 4999

présent projet interdit aux assureurs de procéder au démarchage téléphonique des personnes qui n'ont jamais été assurées auprès de l'assureur concerné ou qui ne sont plus depuis un certain temps. Il est donc de nature à supprimer une source importante d'agacement pour la population. Par ailleurs, l'indemnisation des intermédiaires occupe le Parlement depuis plusieurs années. Le projet prévoit une limitation contraignante des commissions versées à ce titre.

4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet est compatible avec la stratégie Santé2020²³ que le Conseil fédéral a adoptée le 23 janvier 2013.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

En vertu des art. 98, al. 3, 117, al. 1, et 122, al. 1, Cst., la Confédération a la compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie, d'assurances privées et de droit civil.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le présent projet règle l'activité et l'indemnisation des intermédiaires d'assurance. Comme exposé au ch. 1.3, le droit européen applicable en Suisse n'impose pas de normes pour les intermédiaires d'assurance. Le projet est donc conforme au droit européen repris par la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet prévoit des dispositions importantes au sens de l'art. 164, al. 1, Cst., puisqu'il impose aux assureurs de nouvelles obligations et interdictions. Il doit donc prendre la forme d'une loi fédérale sujette au référendum. Le projet de loi fédérale sur la réglementation de l'activité des intermédiaires d'assurance est un acte modificateur unique qui contient les modifications des deux actes concernés, situés au même niveau de réglementation. Il prévoit des règles analogues pour l'assurance-maladie sociale et pour l'assurance-maladie complémentaire. Il est donc pertinent de regrouper la modification des deux actes dans un seul et même acte législatif.

5.4 Frein aux dépenses

Aux termes de l'art. 159 Cst., les dispositions relatives aux subventions, ainsi que les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses doivent être adoptés à la ma-

²³ La stratégie peut être consultée à l'adresse suivante : www.ofsp.admin.ch > Stratégie & politique > Santé2020 > Une stratégie globale pour le système de santé.

rité des membres de chaque conseil s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs. Comme le projet ne prévoit ni de dispositions relatives aux subventions ni de décisions de financement, il n'est pas soumis au frein aux dépenses.