

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**La distribution transfrontière des
produits d'assurance.
Plongée en eaux troubles**

par
Bernard DUBUISSON

Doc. 96/26

Rapport présenté au colloque annuel organisé par
l'Association Française des Juristes d'Assurance et de
Réassurance le 20 septembre 1996, à Paris.
A paraître dans la Gazette du Palais.

La distribution transfrontière des produits d'assurance. Plongée en eaux troubles

Introduction

1. L'organisation d'un régime communautaire de la distribution transfrontière se situe dans le prolongement logique de la mise en place du marché intérieur des assurances. Il apparaît à l'évidence que la distribution constitue un maillon indispensable en vue du fonctionnement harmonieux des relations entre assureurs et assurés à l'intérieur de ce marché intégré. Or, il faut bien constater que si les intermédiaires bénéficient d'entrée de jeu des libertés économiques consacrées par le Traité CE, l'absence d'une base juridique harmonisée, comparable à celle qui existe dans le domaine des activités d'assurance, maintient les intermédiaires désireux d'exercer des activités à l'étranger dans une insécurité juridique certaine ¹.

L'observation de la réalité économique impose, il est vrai, de constater que les intermédiaires n'ont guère ressenti jusqu'à présent, le besoin d'utiliser les instruments offerts par le droit communautaire. Les grands bureaux internationaux sont déjà organisés en réseaux et disposent d'implantations solides partout en Europe, voire dans le monde. Les intermédiaires de moyenne taille préfèrent, quant à eux, s'appuyer sur des accords de coopération ou d'association moins chers et surtout plus efficaces, puisqu'ils permettent précisément d'éviter ce saut dans l'inconnu que représente l'exercice d'activités par-delà les frontières.

Certains Etats vont même jusqu'à brandir ostensiblement des menaces : en Belgique par exemple, la nouvelle législation sur la distribution oblige l'intermédiaire qui offre ses services pour la souscription de contrats d'assurance auprès d'entreprises non agréées en Belgique, de se porter garant de la conformité des produits qu'il offre avec les dispositions légales et réglementaires belges d'intérêt général ². L'épée de Damoclès brandie par le législateur menace les intermédiaires aventureux ...

¹ Voy. le Rapport très éloquent à ce sujet, du Bureau International des Producteurs d'Assurance (BIPAR) : *Conseils aux intermédiaires d'assurance opérant dans le marché unique de l'assurance*, Première édition, Novembre 1995. Voy. également D. BURG, « Le chemin de croix des intermédiaires européens », *L'Argus*, 3 février 1995, p. 26.

² Loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et à la distribution d'assurances, *Mon. belge*, 14 juin 1995, p. 17.029. Sur cette loi, voy. H. CLAASSENS, « De verzekeringsdistributie in België : een nieuw wettelijk statuut in het licht van het Europees recht », *Rev. Dr. Comm.belge*, 1995, pp. 1069 à 1091; J.L. FAGNART, « L'entremise et la distribution dans le secteur des assurances », *Journal des Tribunaux*,

Sans préjuger d'un changement prochain des stratégies économiques, il est clair que les incertitudes juridiques inhérentes à l'exercice des activités par-delà les frontières n'encouragent guère au développement de ces activités. Sans avoir la prétention de les résoudre complètement, nous tenterons ici d'évoquer les problèmes et de proposer quelques éléments de solution.

La distribution transfrontière de produits d'assurance suscite de nombreuses questions d'ordre juridique à la fois en droit international privé (I) et en droit communautaire (II).

I. Questions de droit international privé

2. L'existence d'un élément d'extranéité affectant la relation contractuelle qui unit l'intermédiaire (courtier, agent ...) à son cocontractant (l'assuré ou l'assureur) soulève bien entendu la question de la détermination de la loi applicable à ce contrat.

La première difficulté à laquelle on se heurte dans cette recherche résulte du fait que la qualification des relations contractuelles nées de l'intervention d'un intermédiaire d'assurance fait déjà l'objet de multiples hésitations en droit interne, notamment en Belgique et en France. La relation qui se noue entre le courtier et son client s'apparente sans doute à un contrat de service (contrat d'entreprise) dont découle des obligations de conseil, mais n'exclut pas l'existence d'un contrat de mandat lorsque le courtier a reçu le pouvoir de passer des actes juridiques au nom et pour le compte de l'assuré. Dans certaines hypothèses particulières, le courtier peut aussi apparaître comme le mandataire de l'assureur (émission des quittances, de notes de couverture ...).

A la différence du droit allemand, les droits belge et français paraissent cependant réticents au cumul des qualifications ³. Plus pragmatique, le droit international privé opère une distinction qui nous semble opportune, entre le rattachement des questions relatives au contrat de base (assureur/agent ou courtier/assuré) (A) et de celles relatives au pouvoir de représentation à l'égard des tiers (B). Le règlement du conflit de lois peut toutefois être perturbé par l'intervention des lois de police qui poursuivent un objectif impérieux de protection et entendent par conséquent s'appliquer immédiatement à la situation contractuelle (C). On songe notamment aux lois nationales dont l'objet est de remédier à la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvent les agents commerciaux.

1995, p. 734; M.-A. CRIJNS, « La loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et à la distribution d'assurances », *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 1995, n° 12520.

³ Voy. E. TOURSEL et J.M. GARDETTE, « Intermédiaires d'assurance, quelle qualification juridique ? », *Ass. Fr.*, mai 1996, p. 51.

A. Le rattachement du contrat de base

3. Si l'on fait abstraction de la représentation salariée dont le rattachement s'opérera conformément aux règles de conflit de lois applicables au contrat de travail (voy. l'article 6 de la Convention de Rome), l'on peut affirmer que le contrat international d'agence ou de courtage sera en principe régi par la loi choisie par les parties. Cette solution se déduit à la fois de l'article 3 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles et de l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Conclue le 14 mars 1978 et entrée en vigueur en France mais pas en Belgique ⁴, la Convention de La Haye est en effet applicable aussi bien aux contrats d'agence commerciale, qu'aux contrats de courtage ou de commission.

Si les parties n'ont pas exprimé un choix de façon formelle ou si ce choix ne résulte pas de façon certaine des circonstances de la cause, il conviendra de rechercher la loi avec laquelle la situation contractuelle présente les liens les plus étroits. Bien que la loi française soit souvent déclarée applicable par les juridictions françaises lorsque le contrat de distribution s'exécute en France, l'on relève une tendance majoritaire en Europe, en faveur de l'application de la loi du pays où est situé l'établissement professionnel du représentant ⁵.

L'article 6, alinéa 1er, de la Convention de La Haye précitée déclare, par exemple, compétente à défaut de choix, la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'*intermédiaire* a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle. Toutefois, l'alinéa 2 du même article substitue à cette loi la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité, si le *représenté* a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat. Cette dérogation se justifie parce que l'on peut estimer dans cette hypothèse, que le contrat présente des liens plus étroits avec ce pays.

4. Les solutions qui se déduisent de la Convention de Rome sont largement convergentes. L'article 4 de cette Convention prévoit en effet que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, ces liens étant présumés exister avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, son principal établissement. Comme c'est l'intermédiaire qui, selon toute vraisemblance, doit être considéré comme le débiteur de la prestation caractéristique, cette présomption devrait en principe aboutir à la

⁴ La Convention de La Haye du 14 mars 1978 est entrée en vigueur le 1er mai 1992, en France, au Portugal, aux Pays-Bas et en Argentine. S'agissant d'une Convention dont l'objet est spécifique, elle prime la Convention de Rome.

⁵ P. LAGARDE, « La loi applicable au contrat de distribution commerciale », *Rev. Gén. Droit*, 1990, p. 673, n° 8

désignation de la loi de l'établissement principal de l'intermédiaire, sauf à établir, lorsque les circonstances le justifient, que le contrat présente un lien plus étroit avec un autre Etat ⁶.

Si l'on s'en tient à l'article 10 de la Convention de Rome relatif au domaine de la loi applicable, la loi déclarée compétente régira l'ensemble des questions relevant de l'interprétation du contrat, de l'exécution des obligations qu'il engendre, des conséquences de leur inexécution totale ou partielle et des modes d'extinction de ces obligations.

B. La loi applicable au pouvoir de représentation à l'égard des tiers

5. Il n'est pas toujours aisé de savoir en droit interne si le courtier doit être considéré comme le représentant de l'assuré ou de l'assureur. La solution varie en fonction de la nature de l'acte juridique qui a été accompli et des circonstances de l'espèce. En s'épargnant une démonstration qui sortirait du cadre de cet exposé, on peut estimer que le courtier effectue principalement des prestations de conseil au profit de son client en vertu d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de service. Ceci n'exclut cependant pas qu'il agisse dans certains cas comme le mandataire de son client (signature et transmission des documents nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat), ou même comme le mandataire de l'assureur lorsque celui-ci le charge de missions précises (émission et recouvrement des quittances, émission des notes de couverture provisoire).

En outre, la tendance manifeste des droits modernes à protéger la croyance légitime des tiers conduit de plus en plus souvent la jurisprudence à considérer sur le fondement de la théorie de l'apparence, que le mandant peut être engagé alors même que le mandataire aurait outrepassé ses pouvoirs. Des questions similaires se posent à propos de l'agent indépendant.

Le choix d'un critère de rattachement adéquat en vue de désigner la loi applicable au pouvoir de représentation à l'égard des tiers est partiellement tributaire de ces difficultés. Faut-il appliquer à cette question la loi qui régit le contrat conclu entre le représenté et l'intermédiaire parce que les pouvoirs conférés à l'intermédiaire dérivent de ce contrat, ou faut-il plutôt appliquer la loi du lieu dans lequel l'intermédiaire a exercé son activité afin de préserver l'attente légitime des tiers ?

6. A cet égard, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 retient une solution nuancée. Selon l'article 11, « dans les rapports entre le représenté et le tiers, l'existence et l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire, ainsi que les effets des actes de l'intermédiaire dans l'exercice réel ou prétendu de ses pouvoirs sont régis

⁶ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 676, n° 11.

par la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi ». Cette solution concorde avec celle retenue pour opérer le rattachement des relations entre le représenté et l'intermédiaire.

Néanmoins, dans certaines hypothèses où la situation présente un lien plus étroit avec la loi de l'Etat dans lequel l'intermédiaire a agi, la Convention permet d'appliquer la loi de cet Etat. Il en va ainsi notamment lorsque le *représenté* a son établissement dans l'Etat dans lequel l'*intermédiaire* a agi et que l'intermédiaire a agi au nom du représenté. La Convention précise opportunément que lorsque l'intermédiaire a traité à distance avec le tiers par courrier, télégramme, télex ou téléphone ou autre moyen similaire, il est réputé avoir agi au lieu de son établissement professionnel (article 13).

La Convention de Rome, quant à elle, ne s'applique pas à la question de savoir si un intermédiaire peut engager envers le tiers la personne pour le compte de laquelle il prétend agir. Cette exclusion, dit le Rapport explicatif, vise uniquement les relations entre le représenté et les tiers, elle ne vise pas les autres volets de la matière de la représentation ⁷. Elle se justifie, toujours selon le Rapport, par le fait que le principe de l'autonomie des volontés est difficilement admissible en ce domaine. Pour résoudre la question du rattachement, il faudra donc recourir au droit international privé commun du for saisi du litige si la Convention de La Haye n'y est pas en vigueur. Même dans ce cas, ceci n'empêcherait toutefois pas d'appliquer les solutions que cette Convention prévoit à titre de raison écrite.

C. L'intervention des lois de police

7. Les lois de police, on le rappelle, sont des lois dont l'impérativité est telle qu'elles commandent leur application immédiate à l'espèce, indépendamment du droit désigné applicable par la règle de conflit de lois. En raison des buts prioritaires qu'elle poursuit, la loi de police s'appliquera, dans le domaine d'application spatial qu'elle se fixe à elle-même, à la situation internationale concernée, même si cette loi ne fait pas partie du système juridique choisi par les parties ni du système objectivement applicable à défaut de choix. Souvent, malheureusement, les critères territoriaux qui servent à fixer le champ d'application dans l'espace de la loi de police ne sont pas expressément définis. Il appartient alors à l'interprète de déduire ceux-ci des objectifs poursuivis par le texte.

L'on range dans la catégorie des lois de police contractuelle, une série de lois qui produisent des effets sur la relation contractuelle et dont il ne conviendrait pas de régler l'application internationale par le biais du principe du libre choix de la loi applicable (lois sur la concurrence économique, sur le respect de la vie privée, sur les pratiques du commerce, ...).

⁷ M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE*, n° C282 du 31 octobre 1980, p. 13.

Pour ce qui nous concerne, on attirera particulièrement l'attention sur les lois dont l'objectif est de protéger les agents commerciaux indépendants face à la situation de dépendance économique dans laquelle ils se trouvent à l'égard de leur commettant. Ces lois peuvent sans doute être qualifiées de lois internationalement impératives. Encore faut-il analyser séparément les dispositions qu'elles comportent, afin de n'attribuer la qualité de règles de police qu'à celles qui poursuivent effectivement cet objectif de protection⁸. C'est probablement le cas des règles impératives relatives au droit aux commissions et à l'indemnité de clientèle, ainsi que de celles relatives aux conditions de validité des clauses de non-concurrence ou de ducroire.

Comme ces normes ont pour objectif de protéger l'agent en situation de dépendance économique, particulièrement dans l'hypothèse d'une résiliation prématurée du contrat d'agence, le critère territorial qui se dégage d'une analyse fonctionnelle est, une fois encore, celui de l'établissement professionnel ou de la résidence habituelle de l'agent. Du reste, ce critère est celui qui est retenu formellement par la loi belge du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale, encore que celle-ci ne s'applique pas aux intermédiaires d'assurance⁹.

On se rappellera que la Convention de Rome, comme la Convention de La Haye, autorise aussi le juge saisi à appliquer, selon des conditions plus ou moins restrictives, les lois de police d'un Etat étranger différent de celui dont la loi est désignée par la règle de conflit¹⁰.

8. Dans le domaine de la distribution de l'assurance, d'autres réglementations pourraient évidemment vouloir s'appliquer immédiatement et impérativement à la situation contractuelle. Les lois sur la concurrence, par exemple, s'appliquent en principe à toutes les conventions dont l'effet restrictif de concurrence est susceptible d'être ressenti sur le territoire de l'Etat qui les édicte. Une loi, comme le *Financial Services Act* au Royaume-Uni, dont l'un des objets est d'imposer aux courtiers des obligations très lourdes de transparence et de conseil en vue d'une correcte information du client, pourrait aussi revendiquer le statut de loi de police applicable immédiatement, dès lors que le client a sa résidence habituelle sur le territoire britannique.

8 Voy. à propos de la loi française du 25 juin 1991, C. FERRY, « Contrat international d'agent commercial et lois de police », *Clunet*, 1993, p. 301.

9 Selon l'article 27 de cette loi : « sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges ».

10 Pour une comparaison entre les deux conventions, voy. C. FERRY, *op. cit.*, p. 305, n° 11.

II. Questions de droit communautaire

9. Les questions de droit communautaire relatives à la distribution transfrontière concernent tantôt l'exercice de ces activités par voie d'établissement ou en liberté de prestation de services (A), tantôt la compatibilité avec le droit communautaire de la concurrence, des accords de distribution passés entre une ou plusieurs compagnies et un ou plusieurs intermédiaires (B).

A. L'exercice des activités en établissement ou par voie de prestation de services

10. Sur un plan méthodologique, il importe de distinguer clairement l'exercice des activités exercées en libre prestation de services par la compagnie d'assurance elle-même, et l'exercice de l'activité d'intermédiaire en libre prestation de services par le courtier ou l'agent indépendant (on se souviendra que seules les activités économiques indépendantes à l'exclusion des activités salariées sont visées par l'article 59 CE). Ces deux aspects de l'exercice des libertés correspondent à deux scénarios différents qui mettent également en jeu la distribution des produits d'assurance.

Dans le premier, l'assureur agissant sur un marché vendeur souhaite développer ses activités à l'étranger, dans des pays où il n'est pas établi, en s'appuyant sur un réseau de courtiers ou d'agents indépendants bien implanté dans ces pays. La question qui se pose alors est de savoir si la compagnie d'assurances, qui dispose ainsi d'une structure permanente dans le pays du risque, agit toujours en libre prestation de services, ou si cette structure ne doit pas être tenue pour un établissement de la compagnie avec toutes les exigences administratives et financières que cela implique.

Dans le second scénario, c'est l'intermédiaire lui-même qui souhaite étendre ses activités dans d'autres Etats membres pour suivre les déplacements de ses clients locaux ou profiter éventuellement d'une situation frontalière. La question qui se pose relève alors directement de l'exercice des libertés économiques par l'intermédiaire lui-même et consiste à se demander à quelles conditions et selon quelles modalités cet intermédiaire pourra s'établir ou offrir ses services dans un autre Etat membre que celui où il exerce habituellement ses activités.

1. L'assureur libre prestataire

11. L'assureur qui souhaite couvrir un ou plusieurs risques situés dans un Etat où il n'est pas établi peut-il s'appuyer sur un intermédiaire établi dans le pays du risque, tout en prétendant bénéficier des dispositions relatives à l'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services ?

On sait que les directives européennes assimilent à une succursale, donc à un établissement stable de l'entreprise, une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour la compagnie, comme le ferait une agence ¹¹. On sait aussi que la notion de prestation de services se distingue de l'établissement par son caractère temporaire. Mais que faut-il entendre par une activité temporaire en matière d'assurance ?

L'arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995 apporte quelques éléments de réponse à cette question ¹². Dans cet arrêt, la Cour de Justice précise que le caractère temporaire de la prestation s'apprécie non seulement en fonction de la durée de la prestation mais également en fonction de sa fréquence, de sa périodicité ou de sa continuité. Le caractère temporaire de la prestation n'exclut toutefois pas, ajoute-t-elle, la possibilité de se doter d'une certaine infrastructure dans le pays de la prestation, dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire pour accomplir la prestation. On peut donc penser que la présence dans le pays du risque, d'un représentant fiscal ou d'un bureau de règlement de sinistre travaillant pour la compagnie est parfaitement compatible avec l'exercice d'une activité en prestation de services ¹³.

12. Qu'en est-il cependant de l'intervention d'un intermédiaire indépendant établi dans le pays du risque et prêtant son concours pour la présentation de produits d'assurance ? Un projet de communication rédigé par la Commission en matière bancaire propose dans une telle situation, de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de Justice à propos de la notion d'agence ou de succursale telle qu'elle résulte de l'article 5, 5° de la Convention de Bruxelles sur la compétence internationale et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ¹⁴.

Il ressort de cette jurisprudence que la notion d'agence ou de succursale implique tout d'abord la soumission à la direction et au contrôle de la maison mère. Il ne peut être question d'agence, ni de succursale, lorsque la personne en cause est libre d'organiser ses activités et son temps de travail comme elle l'entend et se borne à transmettre les commandes, sans que le commettant puisse lui interdire de

¹¹ Directive 92/96/CEE du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, *JOCE*, n° L360 du 9 décembre 1992, p. 1, art. 3. Directive 92/49/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, *JOCE*, n° L228 du 11 août 1992, p. 1, art. 3.

¹² CJCE, 30 novembre 1995, *R. Gebhard et consorts*, aff. C.55/94, *JTDEur.*, 1996, p. 460, note P. DEMOLIN et Y. BRULARD; *Rec.*, 1995, p. 1-4165.

¹³ La question ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes lorsque la compagnie agit par vente directe dans un pays où elle n'est pas établie. Dans ce cas, elle exerce manifestement ses activités en libre prestation de services.

¹⁴ Projet de communication de la Commission, Libre prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *JOCE*, n° C291 du 4 novembre 1995, p. 7.

représenter plusieurs firmes concurrentes dans le même secteur. La succursale suppose aussi un centre d'opérations qui se manifeste de façon durable à l'extérieur, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers.

Sur la base de cette jurisprudence, la Commission considère dans son projet précité, que trois conditions doivent être cumulativement remplies, pour qu'un intermédiaire indépendant puisse être tenu pour un établissement stable de la compagnie

- L'intermédiaire doit avoir reçu un mandat exclusif de l'entreprise.
- Il doit être habilité à négocier au nom de l'établissement.
- Il doit agir en permanence au nom de l'établissement.

Compte tenu de ces exigences, il paraît difficile d'assimiler un courtier, en principe non tenu par un mandat exclusif, à un établissement de la compagnie. L'extension, inévitable à l'avenir, du pouvoir de souscription des intermédiaires ne devrait en rien modifier cette conclusion. Dès la directive LPS vie du 8 novembre 1990, les autorités communautaires avaient d'ailleurs admis l'intervention du courtier en LPS passive (sans démarchage de l'assureur) pour le placement de risques à l'étranger.

La question est plus délicate et devra être examinée en fait pour les agents indépendants tenus par une exclusivité. On sait cependant que cette exclusivité est à dimension variable et que des mandats de complément ne sont pas rares. L'effet utile des libertés économiques accordées aux entreprises d'assurance dans le Marché unique devrait à tout le moins conduire à une interprétation stricte des conditions dans lesquelles un intermédiaire peut être assimilé à un établissement de la compagnie. A défaut d'agrément, celui-ci pourrait être tenu personnellement de régler les sinistres afférents aux contrats pour lesquels il s'est entremis.

2. L'intermédiaire libre prestataire

13. A la différence de ce qui existe pour les compagnies d'assurance, il n'existe pas pour l'intermédiaire, de définition harmonisée des critères territoriaux permettant d'identifier une activité exercée en libre prestation de service. Il faut donc en revenir au droit commun : la prestation de service peut être réalisée soit par déplacement physique du prestataire vers le destinataire ou du destinataire vers le prestataire, soit par déplacement du support de la prestation (échange de courriers, communication informatique), soit encore par déplacement du prestataire et du bénéficiaire dans le pays où la prestation doit être exécutée (visite d'un risque ...). Ce qui est certain c'est que la prestation de services suppose le franchissement d'une frontière.

Dans la plupart des cas, elle se vérifiera en matière de distribution de produits d'assurance, par le fait que le destinataire du service n'a pas sa résidence ou son établissement dans le même Etat membre que celui de l'intermédiaire.

a) Harmonisation, reconnaissance mutuelle et intérêt général

14. Il est certain que les intermédiaires indépendants bénéficient dès à présent de l'effet direct des articles 52 et 59 du Traité CE. Comme en atteste l'exemple des activités d'assurance directe, ces libertés ne peuvent cependant s'exercer de manière ordonnée et efficace, que moyennant une harmonisation minimale des conditions d'accès et d'exercice de l'activité concernée.

Sur ce plan, les disparités entre Etats membres restent très importantes : le poids et l'étendue des contrôles administratifs varient en fonction des traditions juridiques et culturelles. Certes, il existe des textes communautaires dont l'ambition est de renforcer la convergence des législations nationales en la matière, mais ces textes ont une portée très limitée.

La directive du 13 décembre 1976 souvent citée dispose simplement que les Etats membres dans lesquels l'accès à l'activité d'intermédiaire d'assurance ou l'exercice de celle-ci est subordonnée à la possession de connaissances générales, commerciales ou professionnelles, doivent considérer comme équivalente l'expérience pratique acquise par un intermédiaire étranger ¹⁵. Le même principe s'applique pour la preuve de l'honorabilité et la prestation de serment. Organisant un système de reconnaissance mutuelle dont l'objet est limité (aucun régime d'équivalence similaire n'est prévu pour les autres conditions d'accès qui pourraient éventuellement être imposées par le pays d'activités, telles que garantie financière, obligation d'assurance ...), cette directive ne vise ni à coordonner les conditions auxquelles les Etats membres peuvent subordonner l'accès à la profession d'intermédiaire, ni à obliger les Etats membres à mettre en place de telles conditions. Outre ces lacunes, les textes sont obsolètes sur plusieurs points. Ils n'ont d'ailleurs pas été suivis d'effets dans tous les Etats membres.

15. La recommandation adoptée par la Commission européenne le 18 décembre 1991 est intervenue pour combler au moins partiellement ces lacunes ¹⁶. Son objectif avoué est d'encourager les Etats membres à introduire dans leur

¹⁵ Directive du Conseil du 13 décembre 1996 relative à des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de libre prestation de services pour les activités d'agent et de courtier d'assurance et comportant des mesures transitoires pour ces activités, *JOCE*, n° L 26 du 31 janvier 1997, p. 1; complétée par une Communication de la Commission concernant les preuves, déclarations et attestations prévues par la directive *JOCE* n° C-136 du 5 juin 1981, p. 3.

¹⁶ Recommandation sur les intermédiaires d'assurance, *JOCE*, n° L 19 du 28 janvier 1992, p. 32.

réglementation une distinction claire entre les intermédiaires dépendants et indépendants, un niveau minimum de compétences professionnelles, une obligation d'assurance de la responsabilité civile et un système d'immatriculation.

Dépourvue par nature d'effet contraignant, cette recommandation n'a cependant pas produit à ce jour les résultats escomptés. Plusieurs Etats membres estiment, à tort ou à raison, que leur législation actuelle répond déjà aux prescriptions de la Recommandation. En outre, le texte adopté par la Commission laisse de nombreuses questions à l'appréciation des autorités nationales en multipliant ainsi les occasions de divergence. On songe notamment à la définition des critères de l'indépendance des intermédiaires, à la définition du contenu de la garantie d'assurance obligatoire, à la détermination du niveau et de la forme des garanties financières et aux modes de gestion du système d'immatriculation.

Dans un tel contexte, les intermédiaires qui souhaitent franchir les frontières pour s'établir à l'étranger ou y exercer temporairement des activités sont fréquemment confrontés à des obstacles résultant d'exigences législatives, réglementaires ou administratives, nouvelles ou différentes, imposées par le pays d'activités. Ceux-ci ne bénéficient pas pour l'instant d'un système organisé leur permettant d'exercer leurs activités dans l'ensemble de l'Union européenne sous le couvert de l'autorisation obtenue dans leur pays d'origine, comparable à celui qui existe pour les activités d'assurance directe.

16. En l'absence d'une base harmonisée, la légitimité des conditions imposées par le pays d'activités au regard des articles 52 et 59 du Traité CE devra systématiquement être examinée par le biais du test de l'intérêt général.

La mesure étatique qui entraîne un effet restrictif sur l'exercice d'une des libertés économiques fondamentales du Traité ne pourra donc être considérée comme compatible avec celui-ci que si elle n'est pas discriminatoire, si elle poursuit un objectif considéré comme légitime par l'article 56 du traité ou par la jurisprudence de la Cour de Justice (protection des consommateurs, loyauté des transactions commerciales ...), si elle apparaît strictement nécessaire et proportionnée par rapport à cet objectif, et si elle ne fait pas double emploi avec des exigences qui auraient déjà été satisfaites dans le pays d'origine ¹⁷. Ce contrôle est également de mise pour l'exercice du droit d'établissement tout au moins pour ce qui concerne les conditions d'accès à l'activité ¹⁸.

Il faut cependant reconnaître que le contrôle prétorien exercé en dernier ressort par la Cour de Justice n'est pas de nature à garantir la sécurité juridique des

¹⁷ Voy. la Communication interprétative de la Commission concernant la libre circulation transfrontière des services, *JOCE*, n° C334 du 9 décembre 1993, p. 3.

¹⁸ Pour plus de détails voy. B. DUBUISSON, « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance; la réaction thermidorienne », *R.G.A.T.*, 1995, p. 831, n° 26.

opérations transfrontières. Avant qu'une jurisprudence se forme, on peut craindre que les autorités nationales ne soient portées à imposer systématiquement le respect intégral de leur propre réglementation aux intermédiaires étrangers.

Le rapport récemment présenté par le BIPAR (Bureau International des Producteurs d'Assurance) indique que les obstacles qui jalonnent la route des intermédiaires souhaitant développer leurs activités à l'étranger sont nombreux ¹⁹. Ce rapport cite notamment une réglementation nationale qui impose au courtier de s'établir pour obtenir l'agrément, la réglementation anglaise issue du *Financial Services Act* qui impose de choisir entre l'exploitation de la branche IARD et la branche vie, la réglementation luxembourgeoise qui limite l'activité des courtiers à la couverture de certains grands risques, la réglementation italienne qui interdit à une compagnie de prendre une participation dans un bureau de courtage, ... Il faut encore ajouter les obstacles qui résultent d'une définition différente par pays, des critères d'indépendance, du contenu minimal des garanties financières et des garanties d'assurance ...

Sans pouvoir ici examiner dans le détail l'ensemble de ces questions, on en abordera quelques unes à titre d'illustration.

b) Légitimité des obstacles à l'exercice des activités transfrontières

• *Preliminaire* :

17. Avant d'envisager la question de la légitimité des entraves, il convient d'observer qu'il n'existe aucun consensus entre les Etats membres, sur le domaine d'application de leurs réglementations respectives.

En l'absence de norme communautaire, chaque Etat membre reste pour l'instant libre de fixer les conditions d'application de sa réglementation. Deux questions se posent à cet égard :

1^o). Quels sont les critères territoriaux qui définissent le domaine spatial d'application des lois relatives à l'accès et à l'exercice des activités d'intermédiaires ? Les réglementations s'expriment rarement sur cette question, de sorte qu'on peut craindre que, dans le doute, les autorités nationales chargées du contrôle n'imposent le respect de leur propre législation dès que l'activité de l'intermédiaire se localise d'une quelconque façon sur le territoire national, soit parce que le risque y est situé, soit parce que l'intermédiaire y a son établissement, soit parce que le client y réside.

Dans l'état actuel du droit communautaire, il semble préférable de subordonner l'application de la loi relative à la distribution d'assurance à la

¹⁹ Rapport précité note 1.

localisation de la résidence habituelle ou de l'établissement principal du client sur le territoire national, ce qui correspond à l'objectif de protection poursuivi par la loi. Les autorités de contrôle nationales n'en sont pas moins obligées de prendre en considération les exigences auxquelles l'intermédiaire a déjà satisfait dans son pays d'origine et de vérifier si ces exigences satisfont globalement le test de l'intérêt général.

2°). A partir de quand peut-on dire qu'un intermédiaire exerce des activités en prestation de services sur le territoire d'un Etat ? Quel est, en d'autres termes, le type de comportement qui déclenche l'application de la loi du pays d'activités et, en particulier, les sanctions pénales qui s'y attachent ?

A en croire le projet de communication déjà cité, rédigé par la Commission en matière bancaire ²⁰, la procédure de notification organisée par les directives bancaires doit être satisfaite une fois pour toutes avant l'ouverture des relations commerciales entre l'établissement prestataire du service et sa clientèle. L'envoi d'une publicité ne pourrait toutefois être assimilé à l'intention de prêter un service sur le territoire d'un autre Etat membre que dans le cas où le message publicitaire est, en soit, une démarche commerciale assimilable à une véritable sollicitation de contracter à distance ou s'il précède un déplacement physique du prestataire. Ceci suppose, toujours selon le projet de Communication, que le message en question comporte suffisamment d'éléments permettant au consommateur de déterminer son choix, le contrat pouvant quant à lui être conclu à distance.

Pour ce qui nous concerne, c'est bien entendu par rapport aux services proposés par l'intermédiaire qu'il convient de rapporter ces précisions. L'intermédiaire qui sollicite le client par une véritable offre de contracter au sens juridique du terme, ou qui envisage de se déplacer dans le pays où réside son client pour l'informer ou visiter un risque devra sans doute satisfaire aux exigences du pays visité justifiées par l'intérêt général. Il n'en va pas nécessairement de même si c'est le client, lui-même, qui se déplace d'initiative dans l'Etat où est établi l'intermédiaire.

• *L'exigence d'un établissement dans le pays d'activités.*

18. La compatibilité avec le droit communautaire d'une règle étatique imposant au courtier de s'établir dans le pays d'activités comme condition préalable à son enregistrement a déjà été rencontrée dans l'affaire *Coenen* tranchée en 1975 par la Cour de justice ²¹.

²⁰ Communication précitée, note 17.

²¹ *CJCE*, 26 novembre 1975, *Coenen et autres contre Sociaal Economische Raad*, aff. 39/75, p. 1547.

Il s'agissait en l'espèce d'un courtier néerlandais qui, après avoir résidé aux Pays-Bas, s'était installé en Belgique, tout en continuant à exercer l'activité de courtier à titre personnel et au nom de deux sociétés établies aux Pays-Bas, conformément à la loi néerlandaise sur le courtage en matière d'assurance. Le Comité Economique et Social néerlandais lui avait aussitôt notifié que son inscription devait être radiée du registre, de même que celle des deux sociétés, car la loi imposait à tout intermédiaire exerçant des activités aux Pays-Bas d'y avoir une résidence.

Cette exigence se justifiait d'après les autorités néerlandaises, par la nécessité d'exercer un contrôle effectif sur l'activité de l'intermédiaire au moyen de la consultation des livres comptables et des autres documents commerciaux ou administratifs.

Dans son arrêt du 26 novembre 1975, la Cour constate que l'obligation pour le prestataire de services d'avoir sa résidence sur le territoire de l'Etat où le service est presté constitue la négation même de la liberté de prestation de services et peut enlever tout effet utile à l'article 59, de sorte qu'une telle exigence ne saurait être admise qu'exceptionnellement, si l'Etat membre ne dispose pas d'autres mesures moins contraignantes pour assurer le respect de ces règles.

En l'espèce, l'exigence d'établissement a été tenue pour disproportionnée, car le prestataire résidant à l'étranger possédait sur le territoire national où la prestation était fournie, un centre d'activités professionnel qui permettait à l'Etat membre d'exercer un contrôle efficace sur les activités du prestataire.

Le raisonnement de la Cour aurait-il été le même en l'absence d'un tel centre d'activités ? Une exigence d'établissement ne pourrait être objectivement justifiée que dans des cas exceptionnels, mais ce pourrait être le cas s'il n'existe dans le pays d'origine de l'intermédiaire aucune réglementation organisant les conditions d'accès et d'exercice de la profession d'intermédiaires. Plus généralement, on peut se demander comment il est possible d'effectuer un contrôle pleinement efficace en l'absence d'une procédure communautaire de coopération entre les autorités de contrôle des Etats membres ? La directive de 1976 n'a fait qu'un premier pas timide dans ce sens ...

• *Le respect des codes de bonne conduite du pays d'activités.*

19. Les codes de bonne conduite très répandus au Royaume-Uni et aux Pays-Bas constituent une technique originale de régulation des marchés financiers. Ils concernent aussi la distribution des produits d'assurance, notamment les produits d'assurance vie. Les pays favorables à l'autorégulation souhaitent évidemment imposer le respect de ces codes aux prestataires étrangers au titre de l'intérêt général.

Les manifestations normatives de l'autorégulation posent à l'évidence des problèmes originaux au regard du droit communautaire. Sous l'angle des entraves aux libertés économiques, les règles de bonne conduite ne peuvent en effet être soumises au contrôle de l'intérêt général que si elles peuvent être assimilées à des mesures étatiques restrictives des échanges.

Cette question a été abordée dans l'arrêt *Hünernmund* dans un tout autre contexte ²². Dans cet arrêt, qui concernait la libre circulation des marchandises, la Cour devait examiner la compatibilité avec l'article 30 CE d'une règle déontologique adoptée par une chambre professionnelle de pharmaciens, interdisant aux pharmaciens exerçant dans le *Land* de faire de la publicité en dehors de l'officine pour les produits parapharmaceutiques qu'ils étaient autorisés à vendre.

Il ressort de cet arrêt que les actes d'une organisation professionnelle dotée de la personnalité juridique et soumise au contrôle de l'Etat, à laquelle la législation nationale a conféré le pouvoir d'adopter des règles déontologiques, de surveiller le respect par ses membres de leurs obligations professionnelles et de prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard de ceux qui les auraient violées, sont susceptibles d'influencer le commerce entre Etats membres et constituent par conséquent des mesures étatiques au sens de l'article 30.

20. Les enseignements de cette jurisprudence peuvent être transposés dans le domaine des services. Tous les codes de bonne conduite ne répondent cependant pas aux conditions précitées. Ainsi, par exemple, les codes de bonne conduite rédigés par l'Association des assureurs britanniques (ABI) à destination des agents qui ne sont pas soumis à l'inscription sur les registres de l'*Insurance Brokers Registration Council* ne sont pas obligatoires, même si les compagnies subordonnent souvent leur collaboration avec les agents au respect de ces règles.

L'absence de caractère obligatoire, le défaut de pouvoir disciplinaire et d'habilitation légale de l'organisme professionnel empêche de voir dans ces règles de conduite des mesures étatiques restrictives. On ne voit donc pas à quel titre elles pourraient s'imposer aux intermédiaires étrangers. On ne perdra pas de vue cependant que si elles comportent des effets restrictifs sur la concurrence, ces règles pourraient être comprises comme une entente entre entreprises dont la licéité pourrait être discutée au regard de l'article 85 CE.

21. En revanche, les codes de bonne conduite adoptés par l'*Insurance Brokers Registration Council* répondent à première vue aux conditions fixées par l'arrêt *Hünernmund* et peuvent donc être assimilées à des mesures nationales. Seuls les individus ou les firmes dûment enregistrés auprès de cette autorité mise en place par la loi peuvent porter le titre de courtier d'assurance ou de courtier en réassurance.

²² CJCE, 15 décembre 1993, *Hünernmund et consorts*, aff. C-292/92, *Rec.* 1993, p. I-6787.

Ces firmes ou individus inscrits au registre doivent se conformer aux règles de bonne conduite prises par l'IBRC. Tous les courtiers enregistrés sont soumis individuellement à un code de déontologie.

Il est vrai cependant qu les règles de bonne conduite qui n'ont pas pour objet de régir directement les échanges pourront être qualifiées de modalités de vente et bénéficier ainsi de la jurisprudence *Keck et Mithouard* ²³. Les règles relatives aux obligations de conseil et de transparence, par exemple, échapperont à la critique, si elles s'appliquent de la même manière à tous les opérateurs concernés exerçant leurs activités sur le territoire national et si elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des services nationaux et ceux en provenance d'autres Etats membres.

Pour autant qu'elles produisent un effet restrictif substantiel sur les échanges, les règles apparentées à des conditions de vente pourraient être soumises au test de l'intérêt général. Sous réserve d'un examen plus approfondi, elles pourront sans doute s'autoriser d'un objectif légitime (protection des consommateurs, loyauté des transactions commerciales ...), encore faudra-t-il examiner si les restrictions que leur application entraîne sont strictement nécessaires et bien proportionnées.

• *Le respect des garanties financières et des garanties d'assurance du pays d'activités*

22. Avant de pouvoir être imposées aux prestataires étrangers, les réglementations du pays d'activités obligeant l'intermédiaire à fournir des garanties financières supérieures ou différentes de celles requises dans le pays d'origine devront être justifiées par le test de l'intérêt général. Cette preuve doit être fournie par les autorités du pays d'accueil.

Il faudra se demander notamment s'il est objectivement nécessaire et proportionné d'obliger l'intermédiaire à fournir des garanties financières élevées lorsque son activité consiste seulement en des prestations de conseil et qu'elle ne le conduit pas à manipuler des fonds appartenant à des tiers.

23. Conformément à la Recommandation sur les intermédiaires, la souscription d'une assurance est actuellement rendue obligatoire dans la plupart des Etats membres où elle constitue le plus souvent une condition d'accès à la profession. L'obligation d'assurance résulte tantôt de la loi, tantôt d'une règle déontologique qui en fait une condition d'affiliation à l'association professionnelle. Les exigences relatives au contenu des garanties peuvent cependant varier considérablement d'un

²³ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes, C-267 et C-268/91, *Rec.* 1993, p. 1-6097.

Etat à l'autre. Les autorités du pays d'activités pourront-elles imposer à l'intermédiaire de souscrire une nouvelle couverture répondant à ses exigences propres comme condition de son enregistrement, alors que celui-ci a déjà satisfait à la même obligation dans son pays d'origine ?

Afin d'éviter la souscription d'une nouvelle assurance à chaque franchissement de frontière, il serait certainement préférable de mettre en place un système de certification attestant que l'intermédiaire dispose d'une couverture réputée conforme aux exigences minimales du pays d'activités, l'assureur s'engageant à fournir cette garantie sans que le contrat souscrit dans le pays d'origine doive nécessairement être revu. Un tel système inspiré de la carte verte peut cependant difficilement être envisagé sans concertation préalable.

• *Le respect des réglementations relatives aux pratiques du commerce*

24. Les réglementations nationales réglementant les pratiques du commerce peuvent être la source d'entraves importantes à l'exercice, voire à l'accès des activités de distribution des produits d'assurance exercées en libre prestation de services ou par voie d'établissement.

La limitation ou l'interdiction de certaines formes de publicité ou de promotion des ventes peut en effet conduire à l'éclatement des stratégies de distribution en fonction des marchés nationaux prospectés (interdiction de la pratique du *cold calling*, du démarchage à domicile ...).

Ces réglementations sont cependant affectées directement par la jurisprudence *Keck* qui a soustrait les modalités de vente, par opposition aux conditions de vente, au contrôle des mesures indistinctement applicables et au test de l'intérêt général ²⁴. Comme les règles relatives aux pratiques du commerce n'ont en principe pas pour objet de régir les échanges, elles peuvent globalement être tenues pour des modalités de vente. Elles seront donc légitimes au regard de l'article 59 CE, si elles s'appliquent de la même façon à tous les opérateurs concernées et si elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des services nationaux et ceux en provenance d'autres Etats membres. On se contente donc d'un contrôle fondé sur la discrimination.

A en croire l'arrêt *Alpine Investment*, l'interdiction d'une méthode de promotion des ventes pourrait néanmoins être soumise au contrôle de l'intérêt général si elle emporte un effet restrictif *substantiel* sur *l'accès* au marché ²⁵. Dans cet arrêt, la Cour a considéré qu'une réglementation interdisant le démarchage par téléphone dans le commerce à terme et hors bourse des marchandises ne pouvait

²⁴ Arrêt précité note 23.

²⁵ CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments b.v. c/ Minister van Financiën*, aff. C-384/93, RGAT, 1995, p. 964..

être rangée dans la catégorie relative aux modalités de vente. Elle a néanmoins décidé que cette interdiction du démarchage téléphonique non sollicité, y compris pour les activités exercées en direction des pays étrangers, pouvait en l'espèce s'autoriser de raisons impérieuses d'intérêt général (la réputation du marché des valeurs à terme) et qu'elle était proportionnée à son objectif, puisqu'elle soustrayait ce marché uniquement aux modes de démarchage les plus agressifs.

B. L'interdiction des ententes

1. Les clauses d'exclusivité

25. Même si les libertés communautaires permettent à l'intermédiaire indépendant ou à la compagnie de prendre pied sur un marché étranger, il apparaît en fait que l'accès sera difficile si le marché convoité est tenu en majorité par des agents exclusifs.

Dans certains pays, cette exclusivité est en effet très strictement définie. En Allemagne par exemple, pour pouvoir distribuer les produits de la concurrence, l'agent doit obtenir l'accord de la compagnie mandante, même lorsque ces produits font partie d'une autre branche que celles pratiquées ou lorsqu'ils sont le complément d'un produit de base proposé par la compagnie à laquelle l'agent est lié. Pour contourner la rigidité du réseau et éviter que l'agent entre en relation avec la concurrence, les compagnies ont même créé des sociétés de courtage qui facilitent le placement des risques non couverts par la société mère.

Contestant la légitimité de ces accords au regard de l'article 85 CE, le BIPAR a déposé une plainte entre les mains de la Commission à ce sujet. Les assureurs allemands ont réagi à cette plainte par une déclaration commune visant à assouplir les termes de l'exclusivité. Le placement auprès d'un autre assureur serait permis dans le cas où la compagnie mandante ne pourrait fournir qu'une couverture partielle ou à des conditions déraisonnables.

26. Sur le plan des principes, il faut néanmoins se demander si les accords d'exclusivité entrent dans le domaine d'application de l'article 85 et s'ils sont critiquables au regard de cet article. Cette question doit être résolue en plusieurs étapes.

1°) Un accord d'exclusivité peut-il être considéré comme un accord d'entreprises ? Sans aucun doute, si le contenu des relations est fixé dans un accord passé entre l'association représentative des assureurs et le syndicat des agents. Si ce n'est pas le cas, il faut que l'agent puisse être considéré comme une entreprise distincte de celle du mandant, sans quoi il ne pourrait s'agir d'un accord

d'entreprises au sens de l'article 85. Le critère retenu par la Cour de Justice à cet égard est celui de l'autonomie de décision, notion qui doit être appréciée en fait ²⁶.

2°) L'accord critiqué doit affecter le commerce intra-communautaire. La Cour admet qu'il en est ainsi si l'on peut constater en fait un faisceau de pratiques convergentes rendant impossible ou très difficile la pénétration du marché par les opérateurs étrangers.

3°) L'entente doit bien entendu être prouvée, ce qui n'est guère compliqué lorsque celle-ci résulte d'un contrat ou d'un statut professionnel. Il suffit d'ailleurs que l'une des parties s'engage volontairement à limiter sa liberté d'action à l'égard de l'autre ²⁷

4°) Il doit en résulter une atteinte sensible à la concurrence. Cette condition invite à mettre en balance les effets utiles de l'entente et les restrictions qu'elle entraîne à la libre concurrence.

On peut s'inspirer à cet égard de l'article 85, § 3 relatif aux conditions d'exemption, qui prévoit que l'interdiction prévue par le § 1er peut être déclarée inapplicable à tout accord qui contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;
- b) donner à ces entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

2. L'interdiction des ristournes de commissionnement

Pour accéder au marché, il peut être utile de proposer aux souscripteurs des ristournes de commissionnement. Ces ristournes sont parfois interdites par des règles déontologiques, voire par des normes réglementaires existant dans le pays d'activités. Ces interdictions sont-elles critiquables au regard des règles de concurrence européennes ?

Avant de s'interroger sur leur justification, il faut se demander si l'article 85 permet de sanctionner des règles étatiques, alors qu'il ne vise *stricto sensu* que des accords d'entreprises.

²⁶ Voy. à ce sujet, I. VAN BAEL et J.-F. BELLI, *Droit de la concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 207.

²⁷ I. VAN BAEL et J.-F. BELLI, *op. cit.*, note 26, n° 210-211.

Cette question a été résolue dans les arrêts *Meng* et *Ohra* du 17 novembre 1993 ²⁸. Il s'agissait précisément dans les deux cas, de la compatibilité avec les articles 3, f, 5, alinéa 2 et 85 CE, d'une réglementation d'assurance interdisant les cessions et ristournes de commissionnement, ainsi que toute autre mesure préférentielle évaluable en argent au bénéfice des souscripteurs.

La Cour a commencé par rappeler la jurisprudence selon laquelle une mesure étatique qui impose ou favorise la conclusion d'une entente ou en renforce les effets anticoncurrentiels pouvait être considérée comme contraire aux articles précités. Elle a néanmoins considéré que ce n'était pas le cas dans les deux espèces dont elle était saisie pour trois motifs.

1^o) L'interdiction qui résultait de ces réglementations se suffisait à elle-même; elle n'imposait ni ne favorisait la conclusion d'une entente illicite par les intermédiaires.

2^o) Les réglementations en cause n'avaient été précédées d'aucun accord similaire dans les secteurs qu'elles couvraient. Elles ne pouvaient donc avoir pour effet de renforcer un accord anticoncurrentiel ²⁹.

3^o) Ces réglementations formulaient elles-mêmes l'interdiction d'accorder des avantages financiers aux preneurs d'assurance et aux bénéficiaires et ne déléguaient donc pas à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions en matière économique. Cet argument indique que la décision aurait pu être différente si la réglementation en question avait été prise par une autorité de marché.

Cette jurisprudence peut surprendre. On peut ainsi s'interroger sur les raisons qui justifient que l'on opère une distinction aussi nette entre les cas où une réglementation étatique renforce une entente préexistante et ceux où une réglementation étatique qui a le même contenu est appliquée sans avoir été précédée d'une entente.

L'explication en est simple : l'examen auquel on demandait à la Cour de se livrer aurait comporté un danger considérable d'extension du contrôle communautaire à toutes les mesures étatiques réglementant l'activité commerciale pouvant avoir un effet restrictif sur la concurrence. L'élargissement du domaine

²⁸ CJCE, 17 novembre 1993, *Ohra Schadeverzekeringen NV*, aff. C-245/91; CJCE, 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91.

²⁹ Voy. pour un exemple en sens inverse CJCE, 1er octobre 1987, *ASBL Vereniging van Vlamse Reisbureaus*, aff. 311/85.

Dans cette affaire, la réglementation litigieuse avait pour but d'interdire à des intermédiaires de voyage de céder aux clients leur commission. Comme cette réglementation avait été précédée d'accords ayant le même objet pris sous la forme de règles déontologiques, la Cour en a déduit qu'en donnant à ces accords la forme d'une mesure étatique, l'Etat membre en avait renforcé les effets, ce qui était contraire au Traité.

des règles communautaires aurait alors suscité un problème de recouvrement des réglementations tombant sous le coup des articles 3, f, 5, alinéa 2 et 85 CE d'une part, et des articles 90 et 59, d'autre part. Toute mesure étatique ayant un effet restrictif sur la concurrence et sur les échanges aurait pu ainsi être soumise aux feux croisés de ces dispositions.

par Bernard DUBUISSON,
Professeur à la
Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

Louvain-la-Neuve,
Novembre 1996