

I E R E P A R T I E
L A L O I A P P L I C A B L E A U C O N T R A T
D ' A S S U R A N C E D A N S L ' E S P A C E
C O M M U N A U T A I R E

TITRE I

LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE SOUS LE CONTROLE DU DROIT ADMINISTRATIF!:

DU CLOISONNEMENT AU DECLOISONNEMENT DES MARCHES NATIONAUX

1. En abordant le droit international privé propre au contrat d'assurance, on ne peut qu'être frappé de la pauvreté de la jurisprudence en la matière, du moins dans les pays continentaux. A croire que l'internationalité des relations d'assurance est rare, sinon marginale.

Un constat aussi catégorique doit aussitôt être nuancé. Dans l'espace d'abord, car le défaut d'internationalité du contrat d'assurance semble plus manifeste dans les pays continentaux que dans les pays anglo-saxons. Selon les matières concernées ensuite, car certaines catégories d'assurances, internationales par nature (transport, réassurance, coassurance!...), ont échappé au phénomène de repli sur un marché délimité par les frontières nationales. Dans le temps enfin, car l'ouverture des frontières intérieures entre les Etats de la Communauté touche de plein fouet le secteur de l'assurance et remet fondamentalement en cause le cloisonnement des marchés nationaux. Ce phénomène de décloisonnement replace à l'avant-plan le droit international privé. On ne sera donc guère étonné de trouver dans les directives communautaires destinées à réaliser le Marché unique de l'assurance des règles spécifiques de conflit de lois.

2. La résurgence étonnante du droit international privé dans une matière où il était resté jusque là très discret ne peut être comprise que dans une perspective historique. Il ne fait guère de doute que les sources profondes de l'effacement du droit international privé doivent être trouvées en grande partie, mais peut-être pas exclusivement!¹, dans la généralisation du contrôle exercé par les autorités publiques nationales sur les activités d'assurance et sur les réglementations qui s'y attachent. On ne saurait comprendre les règles de droit international privé communautaires propres à l'assurance sans définir au préalable les influences déterminantes que le droit administratif a exercées pendant des

¹ Au-delà des raisons purement juridiques, une approche économique et commerciale démontrerait sans doute que l'assurance est globalement conçue par les particuliers comme un service de proximité. Ceci n'incite guère le consommateur à s'adresser à une compagnie étrangère ne disposant d'aucun établissement dans le pays de sa résidence habituelle.

années sur le contrat d'assurance. Il apparaîtra alors clairement que c'est l'intégration des règles et des pratiques de contrôle au sein de la Communauté européenne qui est à l'origine de la renaissance du droit international privé dans ce secteur.

CHAPITRE I

LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE DANS UN MARCHÉ CLOISONNÉ

3. D'une manière générale, on peut affirmer que l'adoption des législations sur le contrôle des activités d'assurance dans les pays de la Communauté européenne répond principalement au souci de protéger les assurés et les tiers contre les dangers d'insolvabilité de la compagnie d'assurance ou contre les risques d'abus de puissance économique. L'inversion du cycle de production typique des activités d'assurance contraint en effet l'assureur à fixer le prix de son service avant d'en connaître le coût. La probabilité qu'il ne puisse respecter ses engagements au moment du sinistre est donc particulièrement élevée, à défaut pour lui d'adopter des techniques et une gestion appropriées. Le preneur d'assurance, quant à lui, peut difficilement évaluer la qualité du service et les conditions de la couverture qui lui sont offertes, puisqu'il ne sera concrètement en mesure de les apprécier que lors de la survenance d'un sinistre. Ces constatations justifient l'exercice d'un contrôle administratif sur les conditions d'accès et d'exercice des activités d'assurance. L'accès aux activités reposera pour l'essentiel sur la délivrance d'un agrément administratif subordonné à des conditions juridiques, économiques et financières précises. Il pourra éventuellement s'étendre au contenu des conditions contractuelles et aux modalités de calcul des tarifs. En cours d'activités, il concernera le plus souvent l'évolution des réserves techniques et des fonds propres par rapport aux engagements souscrits ainsi que les modifications qui seraient apportées au programme d'activités.

Les ingrédients du contrôle sectoriel ou général des activités d'assurance se retrouvaient bien entendu dans la législation des Etats membres selon des proportions variables en fonction des traditions juridiques, économiques et culturelles, certains d'entre eux se contentant d'un contrôle purement financier de la solvabilité de l'assureur et de la constitution des réserves techniques, d'autres l'étendant au contrôle des conditions d'assurance et des tarifs (contrôle matériel)²/³.

² Voy. à cet égard G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.119.

4. Nous ne pouvons procéder ici à un examen complet des différentes législations de contrôle des pays de la C.E. telles qu'elles existaient avant d'être modifiées par les directives européennes. Cette analyse n'aurait de toute façon qu'un intérêt purement historique. Il s'agit essentiellement de démontrer que la raréfaction des conflits de lois en matière d'assurances était liée à l'existence de trois facteurs convergents dans les réglementations administratives de contrôle. Les législations allemande⁴, française⁵ et belge⁶ serviront de références à cet égard⁷. Elles contenaient en effet chacune, dans leur version originale, plusieurs éléments caractéristiques propres à entraîner un certain effacement des conflits de lois dans le domaine du droit privé: une définition large du champ d'application dans l'espace de la loi de contrôle (section!1), une obligation d'établissement dans le pays où sont effectuées les opérations d'assurance (section!2), et l'existence d'un contrôle matériel sur les conditions d'assurance (section!3). Les législations britannique et hollandaise ne seront pas examinées ici, car à défaut d'étendre le contrôle aux conditions d'assurance et aux tarifs, elles n'ont précisément pas exercé une influence déterminante sur le règlement des conflits de lois.

SECTION 1. LA DEFINITION DU CHAMP D'APPLICATION SPATIAL DE LA LOI DE CONTROLE

5. Abstraction faite de toute obligation découlant d'un traité international, chaque Etat est, *a priori*, libre de déterminer unilatéralement le domaine d'application spatial de la réglementation administrative qu'il adopte. Une telle délimitation vise à définir les situations qui sont soumises à la loi en fonction de la localisation géographique des

³ Pour une analyse économique de l'influence de la réglementation de contrôle sur le niveau des primes, le degré de concentration du marché et l'organisation des divers réseaux de distribution, voy. J. FINJINGER et F.A. SCHMIDT, «!Prices, Distribution Channels and Regulatory Intervention in European Insurance Markets!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, janvier 1994, pp. 22-36; B. ADAMS et G.D. TOWER, «!Some Reflections on the Statutory Supervision of Insurance Companies in Anglo-American Countries!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, avril 1994, pp.156-177; E. JANNOTT, «!Effects of the Deregulation of Supervision on the Selling of Insurance!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, janvier 1995, pp.17-15.

⁴ Le contrôle national des activités d'assurance en Allemagne remonte à une loi de 1901, *Versicherungsaufsichtsgesetz 1901 (VAG)*, modifiée à plusieurs reprises. Voy. à cet égard, W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, J.C.B. Mohr/Tübingen, 1985, pp.177 et ss.

⁵ Le contrôle généralisé des activités d'assurance remonte en France à un décret-loi du 25 août 1937. Le système de contrôle a été refondu entièrement par le décret-loi du 14 juin 1938 et le décret du 30 décembre 1938.

⁶ En Belgique, le contrôle généralisé des activités d'assurance est plus récent. Il a été instauré par la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances modifiée également à plusieurs reprises depuis lors.

⁷ Sur la législation de contrôle italienne antérieure à l'adoption des directives et qui présentait des caractéristiques similaires, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, pp.11-63.

différents éléments qui les composent, y compris lorsque certains de ceux-ci se situent à l'étranger.

Puisque le législateur n'a pas à se préoccuper de l'application d'une loi étrangère, la méthode unilatéraliste est la mieux adaptée à la définition des modalités d'action de l'autorité administrative!: chaque autorité étatique détermine le domaine d'application de sa propre loi sans chercher à définir celui des lois étrangères de même nature. La plupart des dispositions comprises dans cette loi sont d'ailleurs inapplicables dans un autre ordre juridique, car leur application ne saurait être séparée des autorités instituées à cette fin!⁸. En l'absence d'obligation internationale, chaque législateur étatique pourvoit donc unilatéralement à la définition du domaine d'application de sa loi de contrôle. Il ne peut être question pour lui de répartir les compétences administratives en fonction des éléments internationaux de la situation!⁹.

6. Les critères d'application de la loi de contrôle sont choisis discrétionnairement par chaque Etat de façon à atteindre les objectifs poursuivis par la législation et à assurer au mieux son efficacité internationale. Conscients des enjeux économiques et sociaux du contrôle, certains législateurs ont défini largement le champ d'application de la loi qu'ils adoptaient en recourant à des facteurs territoriaux jouant entre eux de manière alternative, de manière à soumettre à la législation de contrôle toute activité d'assurance ayant un lien avec le territoire national!¹⁰.

Ainsi, au moment de son adoption, la loi de contrôle française entendait régir tous les contrats souscrits ou exécutés en France, lorsque l'assurance portait sur une personne, une responsabilité ou un bien situé en France, c'est-à-dire, pour les assurances de personnes, lorsque l'assuré était domicilié en France ou y avait sa résidence, pour les assurances de responsabilités, lorsque la responsabilité couverte était susceptible,

⁸ Voy. F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t.II, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1987, n°42 et 286. Du même auteur, «!Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application!», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, p.302, n°125 et p.305, n°129; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.II, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n°1246; P. MAYER, *Traité de droit international privé*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, n°1103. C'est pour cette raison qu'une bilatéralisation des critères d'applicabilité utilisés par la loi nationale pour désigner une loi étrangère paraît ici hors de propos. Dans ses dispositions de nature administrative, cette loi étrangère n'est comme telle jamais applicable. Voy. cependant M. VERWILGHEN, «!Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application!», *Rapport belge au XIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p.345, n°125 à 27, p.354, n°137. Les techniques du droit international privé ne réapparaissent que si la loi en question comporte des effets de droit privé, par exemple en sanctionnant de nullité les contrats conclus en contradiction avec les conditions administratives.

⁹ C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression de territorialité absolue des lois de contrôle utilisée par R. MONACO, «!Les assurances en droit international!», *Rec. des Cours*, 1960 (vol. 101), p.1442.

¹⁰ F. RIGAUX, *Précis*, t.II, *op. cit.*, note 8, n°1286; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, p.181; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, pp.15 à 22 et p.31.

normalement ou principalement, d'être engagée en France et pour les assurances de choses, lorsque leur objet (meuble ou immeuble) était situé en France!¹¹.

La loi belge du 9 juillet 1975 instituant le contrôle généralisé des activités d'assurance comportait une disposition similaire, d'ailleurs largement inspirée de la loi française, selon laquelle l'obligation d'agrément s'appliquait non seulement aux entreprises belges, mais également aux entreprises étrangères exerçant une activité d'assurance en Belgique. Afin de préciser dans quelles conditions une activité d'assurance devait être considérée comme localisée en Belgique, la loi recourait à une présomption. Elle se déclarait tout d'abord applicable aux contrats conclus en Belgique. Outre ceux qui y étaient effectivement souscrits, étaient considérés comme souscrits en Belgique même s'ils étaient datés de l'étranger, les contrats concernant un bien, une personne ou une responsabilité localisée en Belgique!¹². L'objectif était d'empêcher qu'une entreprise agréée ne contournât l'interdiction de souscrire en Belgique des contrats d'assurance en datant ceux-ci de l'étranger pour faire croire qu'il ne s'agissait pas de contrats souscrits en Belgique!¹³. Le législateur entendait ainsi matérialiser au mieux la politique de protection poursuivie par la loi de contrôle.

Une politique similaire pouvait être constatée en Allemagne!¹⁴, en Italie!¹⁵ et au Portugal!¹⁶: tout contrat ayant quelque attache avec le territoire national, soit qu'il y soit conclu ou exécuté, soit qu'une partie y ait son domicile, soit que le risque couvert y soit situé, était soumis à la loi de contrôle.

Une délimitation spatiale aussi extensive ne permettait pas d'éviter le recouvrement partiel du champ d'application respectif des différentes législations ni les doubles contrôles!¹⁷. Si ces problèmes ont pu globalement être évités, c'est que l'agrément était en principe subordonné à une obligation d'établissement autonome dans le pays d'activités et que l'entreprise était par le fait même soumise à l'ensemble de la législation de contrôle du pays de son siège d'activités.

¹¹ Voy. M. PICARD, «L'autonomie de la volonté en matière de contrats d'assurance!», *Trav. Com. fr. d.i.p.*, 1937-1938, Paris, Dalloz, 1939, pp.137 et 143. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t.II, 5ème éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p.163, n°140.

¹² Loi du 9 juillet 1975, précitée, note 6, art.13 §!1 et §!3 (version initiale). Sur cette délimitation, voy. M. VERWILGHEN, *op. cit.*, note 8, p.1354, n°137; L. SCHUERMANS, «!Verzekering en internationaal privaatrecht!», *R.W.*, 1980-1981, col.12210 et s.

¹³ Voy. H. CLAASSENS, «!Le contrôle généralisé des entreprises d'assurances en Belgique!», *Bull. Ass.*, 1976, p.189, n°175.

¹⁴ Voy. les commentaires de K.H. BASEDOW, *Le droit international privé des assurances*, Paris, L.G.D.J., 1939, p.152, n°149.

¹⁵ Décret italien de 1915 (art.17) cité par K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.153, n°150. Pour un commentaire, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note!7, p.1718.

¹⁶ Loi du 21 oct. 1907 (art.10 et 57) cité par K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.153, n°150.

¹⁷ O. STEIN, «!Le droit international des assurances!», *Rec. des Cours*, 1927 (vol.119), pp.133-135 et K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.152, n°149 et 50.

SECTION 2. L'OBLIGATION D'UN ETABLISSEMENT AUTONOME DANS LE PAYS D'ACTIVITES

7. L'influence du droit administratif du contrôle des activités d'assurance sur le droit international privé se fait clairement sentir lorsqu'on met en corrélation la nécessité de l'agrément et son domaine d'application spatial, avec l'obligation faite à l'entreprise d'assurances de disposer d'un établissement autonome dans le pays d'activités.

En vertu des législations de contrôle française!¹⁸, allemande!¹⁹ et belge!²⁰, l'entreprise effectuant des opérations d'assurance sur le territoire national était contrainte, pour obtenir l'agrément administratif, de s'y établir sous la forme d'un établissement autonome!²¹. Elle devait ainsi désigner un mandataire général ayant son domicile et sa résidence sur ce territoire, doté de pouvoirs suffisants pour engager l'entreprise à l'égard des tiers et pour la représenter à l'égard des autorités et des juridictions nationales. Aux yeux des autorités administratives, l'entreprise établie sous forme d'agence ou de succursale formait ainsi une communauté de risques indépendante de celle constituée par la même entreprise dans son pays d'origine.

De toute évidence, l'exigence d'un établissement autonome d'un point de vue juridique, technique et financier contribuait à raréfier les conflits de lois!²². Certes une telle exigence n'efface pas complètement l'élément d'extranéité issu de la nationalité de l'entreprise d'assurances, ni partant le caractère international du contrat conclu avec elle, mais cet élément, à lui seul, n'est guère significatif lorsque tous les autres éléments de la situation se localisent sur le territoire national de l'autorité de contrôle. Dans le cadre d'un rattachement objectif, il est certain que le facteur de la nationalité ne suffisait pas à justifier

18 En France, c'est le décret-loi du 12 janvier 1937 instaurant un contrôle généralisé de l'activité d'assurance qui a conduit à la suppression du représentant sans pouvoir des sociétés étrangères pour contraindre chaque entreprise souhaitant travailler en France, à la création d'une succursale totalement autonome dirigée par un mandataire général ayant tous pouvoirs sur les opérations à effectuer. Voy. M. PICARD, *op. cit.*, note 11, p. 142; J. RIPOLL, «Les conflits de lois en matière de droit des assurances!», *Trav. Com. fr. de DIP* (1989-1990), Edt. C.N.R.S., 1991, p. 176; article également publié dans la *R.G.A.T.*, 1992, pp. 479-493.

19 VAG, art. 106 §12 et §13 (version initiale). Pour un commentaire, voy. W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, p. 167.

20 Loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, art. 12 §13 (version initiale).

21 En réalité, à l'exception de l'assurance transport où les régimes variaient d'un Etat à l'autre, une telle obligation existait dans tous les Etats membres, à l'exception du Royaume-Uni et dans une moindre mesure, des Pays-Bas. En Italie, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, p. 14. Au Danemark, voy. A. PHILIP, «Private international law of insurance in Denmark and the European Communities!», in *Festschrift K. GRONFORS*, Startryck, Norstedts, p. 348.

22 Voy. en ce sens M. PICARD, *op. cit.*, note 11, p. 142; J. RIPOLL, *op. cit.*, note 18, pp. 173-174 et l'intervention de P. LAGARDE, lors de la discussion, p. 188; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, p. 106 et p. 169; J. BASEDOW et W. DRASCH, «Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht!», *N.J.W.*, 1991, p. 1786; K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p. 137, n° 35 à 37.

l'application de la loi du lieu du siège social de l'entreprise. En revanche, il aurait peut-être pu suffire, selon la théorie générale du droit international privé, à faire naître une possibilité de choix de la loi applicable au bénéfice des parties contractantes. Il semble cependant que le problème ne se soit jamais réellement posé. Théoriquement, l'exigence d'un établissement autonome et responsable ne suffisait pas à museler complètement le conflit de lois mais il ne le suscitait guère en pratique.

8. Outre les sanctions purement administratives et pénales applicables à l'entreprise en cas de méconnaissance des conditions légales (révocation d'agrément, indisponibilité des actifs!...), certaines lois de contrôle ont assorti la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'une entreprise d'assurance non agréée d'une sanction civile (nullité ou faculté d'annulation par le preneur). Telle était la solution retenue par la loi belge!²³ et par la loi française!²⁴. Elle a été également retenue dans plusieurs pays européens et non européens!²⁵. Le caractère très rigoureux de cette sanction à l'égard du preneur d'assurance a néanmoins conduit les législateurs belge et français à écarter la nullité en cas de bonne foi du souscripteur!²⁶. A notre connaissance, elle fut rarement appliquée en raison principalement des difficultés pratiques d'un contrôle des souscriptions effectuées à l'initiative du preneur dans un pays étranger.

Conscient de l'inefficacité d'un tel contrôle, le législateur allemand avait, quant à lui, exclu les contrats conclus directement par correspondance de l'orbite de la réglementation de contrôle. Cette exclusion, toujours actuelle, s'explique à la fois par des raisons purement pratiques et par l'absence d'intérêt digne de protection dans le chef du

²³ En Belgique, la sanction de nullité a été insérée dans l'article!3, §!5 de la loi du 9 juillet 1975. Comme le révèlent les travaux préparatoires, cette disposition a suscité de nombreuses hésitations lors de l'adoption de la loi. Certains parlementaires ont proposé de la remplacer par une sanction de non-recevabilité des actions en exécution de contrats conclus auprès d'une entreprise non agréée, sous réserve de la bonne foi de l'assuré et des bénéficiaires (*Doc. Parl. Ch.*, 1974-1975, n°!525/5). Le caractère inapproprié de la nullité à l'égard des assurés ou des bénéficiaires de bonne foi a aussi plusieurs fois été soulevé. Voy. pour un commentaire des débats, H. CLAASSENS, *op. cit.*, note 13, pp.!92 à 100, n°!76 à 78; L. SCHUERMANS, *op. cit.*, note 12, col.!2210-2213, selon lequel le législateur n'aurait voulu sanctionner que les contrats conclus en fraude de la loi belge.

²⁴ En France, l'interdiction de souscrire une assurance directe auprès d'une entreprise étrangère qui n'aurait pas obtenu d'agrément remonte à la loi du 25 février 1917 modifiée par le décret du 30 octobre 1935 et par le décret-loi du 14 juin 1938. Elle fut reprise ensuite dans le Code français des assurances (L310-10 (version initiale) en lien avec les articles L321-1 et L321-2). Voy. à cet égard K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.!91, n°!94. Une solution comparable a prévalu en Italie, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, p.!11; elle existe toujours en droit espagnol.

²⁵ Voy. notamment l'art.!2496 du C. civ. québécois cité par J.G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, 3ème éd., Toronto, Butterworths, 1980, p.!435, cite quant à lui une décision américaine aux termes de laquelle un contrat soumis à la loi du Maryland fut déclaré nul au Minnesota, car il avait été conclu illégalement auprès d'une compagnie d'assurance étrangère dépourvue de l'autorisation administrative indispensable pour effectuer des opérations d'assurance au Maryland (*Bothwell v. Buchbee*, 275 US 274.); K.H. NEUMAYER, «!Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations!», *R.C.D.I.P.*, 1957, p.!590

²⁶ En France, c'est le décret-loi du 14 juin 1938 qui a assoupli le régime de la nullité en affirmant que la nullité n'était pas opposable aux assurés souscripteurs et bénéficiaires de bonne foi. Un débat analogue a eu lieu en Italie; voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, p.!13.

preneur s'adressant à l'étranger pour obtenir une couverture d'assurance!²⁷. La question de la sanction civile attachée au défaut d'agrément fut néanmoins clairement posée en doctrine et en jurisprudence allemandes dans le cadre de la théorie générale des nullités. Selon une interprétation majoritaire, l'article!134 du BGB relatif à la nullité des conventions pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs n'était pas considéré comme applicable en cas de violation des réglementations professionnelles. On invoquait en outre que la loi de contrôle n'avait pas pour but d'empêcher la formation de rapports juridiques privés!²⁸. L'explication n'était certes pas entièrement convaincante dès lors que l'article!134 ne procédait à aucune distinction suivant la nature juridique de la réglementation violée, mais elle pouvait sans doute être justifiée par l'inadaptation d'une telle sanction au regard des buts de protection poursuivis par la réglementation de contrôle!²⁹.

Sous l'angle du droit international privé, il n'en reste pas moins que la sanction de nullité du contrat prévue expressément par certaines législations de contrôle contribuait à renforcer le cloisonnement du marché, puisqu'elle empêchait tout à la fois le preneur d'assurance de s'adresser à une compagnie d'assurance établie à l'étranger et cette même compagnie d'effectuer des opérations d'assurance dans un pays où elle ne disposait d'aucun établissement.

De plus, s'agissant d'une sanction civile, sa mise en œuvre pouvait parfaitement être détachée de l'intervention d'une autorité administrative spécialement habilitée par l'ordre juridique organisant le contrôle, et la question de son application dans un ordre juridique étranger pouvait donc réellement se poser!³⁰. Nous verrons en effet que l'obligation d'agrément et la sanction civile qui s'y attache doivent être analysées en droit international privé comme une règle de police des activités professionnelles, dont l'applicabilité par le for répond aux techniques propres à ce type de règles!³¹³² (voy. en particulier *infra* n°!633 et ss.).

²⁷ VAG, art.!105 I; sur cet article, voy. K.H.!BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.!55, n°!53; W.H.!ROTH, *op. cit.*, note 4, p.!185. Pour un raisonnement similaire dans la doctrine italienne, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, pp.!22 et 28.

²⁸ Pour un exposé de la controverse, voy. W.H.!ROTH, *op. cit.*, note 4, pp.!181 à 184 et les réf. citées; K.H.!BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.!92, n°!96.

²⁹ En ce sens, K.H.!BASEDOW, *loc. cit.*, p.!95, n°!98 et 99; W.H.!ROTH, *ibid.*

³⁰ M. FALLON, «!La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988!», *R.G.A.T.*, 1989, p.!246, n°!11; R. VAN!DER!ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t.II, Conflits de lois, Bruxelles, Bruylant, 1983, p.!234, n°!51-3. Du même auteur, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge et français*, t.III, Bruxelles, 1963, p.!410, n°!152.

³¹ En ce sens, M. FALLON, *op. cit.*, note 30, *R.G.A.T.*, 1989, p.!258, n°!31. Voy. également K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.!97, n°!100; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, p.!59.

³² La question de la compatibilité d'une sanction civile frappant les contrats conclus «!en dehors de la juridiction de l'ordre juridique belge!» (sic) avec les principes de droit international privé a expressément été soulevée en Belgique dans le cadre des travaux préparatoires de la loi de contrôle (voy. H. CLAASSENS, *op. cit.*, note 13, p.!101, n°!78). Cette objection paraît sans fondement, dès lors que ni le droit international public, ni le droit international privé n'interdisent au législateur national de délimiter le champ d'application d'une loi de police poursuivant des buts économiques et sociaux déterminants à ses yeux, en l'assortissant des critères d'applicabilité qui lui paraissent appropriés. Ceci vaut d'autant plus

SECTION 3. LE CONTRÔLE MATÉRIEL DES CONDITIONS CONTRACTUELLES

9. Les éléments relevés jusqu'à présent ne permettent pas à eux seuls de justifier la marginalisation du droit international privé dans le secteur des assurances, bien qu'ils en fournissent les ingrédients nécessaires. Une cause déterminante de cette marginalisation doit être trouvée dans l'instauration d'un contrôle des conditions contractuelles sous forme d'une approbation préalable par l'autorité administrative.

Le contrôle matériel *a priori*, tel qu'il était conçu entre autres par les législations allemande!³³, française!³⁴ et belge!³⁵, imposait que l'entreprise d'assurances soumette à l'autorité de contrôle dans le cadre de son programme d'activités, les conditions générales et spéciales qu'elle se proposait d'utiliser dans ses rapports avec le public. Toute modification des conditions générales entraînait modification du plan d'activités et supposait donc une nouvelle autorisation préalable à la commercialisation des polices d'assurances.

10. Une fois encore, l'influence de cette réglementation administrative sur les solutions de conflit de lois ne se déduisait pas clairement des dispositions légales. A tout le moins, la loi de contrôle pouvait-elle prétendre à une influence sournoise, dès lors qu'elle supposait implicitement que tout contrat d'assurance entrant dans son domaine d'application était par le fait même soumis à la loi nationale, entraînant ainsi un alignement systématique de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle. La question de la nationalisation des contrats soumis au contrôle a alimenté les controverses tant dans la doctrine française, que dans la doctrine belge et allemande. Elle revenait en réalité à faire dépendre l'application de la loi sur le contrat des critères territoriaux utilisés par la loi de contrôle pour définir son propre champ d'application dans l'espace!: dès lors que l'opération d'assurance entraînait dans le champ de la réglementation administrative, celle-ci dictait aussi l'application de la loi sur le contrat d'assurance.

que l'applicabilité de la règle belge est toujours soumise à l'existence d'un lien territorial avec la Belgique aussi ténu soit-il. La seule véritable question qui se pose au regard du droit international privé est la mesure dans laquelle le juge étranger peut ou doit prêter son concours à la réalisation d'une telle politique. Au regard du droit communautaire, se pose la question de la compatibilité d'une telle réglementation avec l'exercice des libertés économiques.

³³ VAG, art.15 III, pour un commentaire voy. W.H.ROTH, *op. cit.*, note 4, p.176 et ss.

³⁴ Décret du 12 janvier 1937 sur l'agrément des compagnies d'assurance étrangères.

³⁵ Loi du 9 juillet 1975, art.119, §11 et §12.

La thèse de la «francisation» des contrats d'assurance a été défendue avec un certain succès en France par MM. Picard et Besson³⁶. Ceux-ci estimaient qu'il fallait tirer des conséquences immédiates du domaine d'application de la loi de contrôle, de sorte que la loi française sur le contrat d'assurance devait s'appliquer à tous les contrats souscrits en France ou couvrant des risques situés en France³⁷. Cette opinion n'était toutefois pas partagée par d'autres auteurs qui considéraient que la loi de contrôle était une loi purement administrative qui ne concernait pas les relations de droit privé³⁸. Tout en admettant que l'intervention de l'Etat dans le secteur des assurances était de nature à raréfier les conflits de lois, MM. Batiffol et Lagarde observaient par exemple que la législation française n'obligeait pas pour autant à soumettre le contrat à la loi française³⁹.

Pour des raisons similaires, la doctrine belge s'est généralement montrée réticente à tirer des conséquences immédiates de la loi de contrôle belge en droit international privé⁴⁰. En Allemagne également, s'appuyant sur le fait que la réglementation de contrôle ne se préoccupait que des aspects de droit public, la jurisprudence et la doctrine n'ont jamais reconnu qu'une signification indirecte aux règles de contrôle dans le domaine des conflits de lois en vue, par exemple, de dégager la volonté présumée des parties (localisation des actifs représentatifs des réserves techniques, lieu de rédaction du programme d'activités...) ou de justifier objectivement l'application de la loi du lieu d'établissement de la succursale⁴¹. L'incidence manifeste du contrôle matériel n'était pas pour autant niée dès lors que les conditions d'assurance soumises aux autorités de contrôle allemandes devaient néanmoins être rédigées dans la forme, la langue et le contenu du droit interne et que la pratique dominante conduisait à refuser l'agrément lorsque les conditions d'assurance n'étaient pas configurées selon le droit privé allemand⁴².

³⁶ M. PICARD, *op. cit.*, note 11, pp.137-143; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 11, t.II, p.163, n°140. Egalement, A. BESSON, Note sous Paris (19ème Ch.), 16 mars 1960, *R.G.A.T.*, 1960, p.1437. La thèse de la nationalisation des contrats est partagée par K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 14, p.137, n°135 et p.144, n°140 et a été encore récemment invoquée par J. RIPOLL, *op. cit.*, note 18, pp.176-177. Sur cette thèse, voy. W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, p.121 et p.192.

³⁷ Une tendance identique a pu être observée en Suisse dans des arrêts anciens. Voy. les références citées par W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, p.19 et p.188; voy. également A.K. SCHNYDER, «Vertragsfreiheit im nationalen und internationalen Versicherungsrecht der Schweiz», *R.S.A.*, 1994, pp.101-102. La même thèse semble avoir reçu écho au Québec, voy. J.G. CASTEL, *op. cit.*, note 25, pp.534-535.

³⁸ A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n°15 à 17.

³⁹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 7ème éd., t.III, Paris, L.G.D.J., 1983, n°1587. Voy. également l'opinion plus développée de H. BATIFFOL dans la troisième édition de son traité (1959), p.1605, n°1611.

⁴⁰ L. SCHUERMANS, *op. cit.*, note 12, col.2210; F. MONETTE, A. DEVILLE et R. ANDRE, *Traité des assurances terrestres*, t.III, Bruxelles, Bruylant, 1955, p.1518, n°790-791. *Comp.*, en droit italien, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, pp.139-43. L'auteur soutient que la loi italienne n'empêche ni explicitement ni implicitement les parties de soumettre leur contrat à un droit étranger.

⁴¹ W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, pp. 193 à 195. Pour une opinion en sens contraire, voy. BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Mannheim, 1930, dont les thèses étaient assez proches de celles défendues par PICARD et BESSON.

⁴² Voy. F. REICHERT-FACILIDES, *Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsrechts*, IPRax, 1990, p.12 et p.110; E. LORENZ, «Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht», *Festschrift Kegel*, 1987, p.1339; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, pp.167 à 70.

11. Il faut sans doute souscrire à l'analyse de la doctrine lorsqu'elle refuse de déduire de la loi de contrôle des règles générales de droit international privé applicables au contrat d'assurance. Aucune réglementation de contrôle ne semble avoir eu cette ambition. Le système se serait révélé aussitôt lacunaire et imparfait. D'une part, il aurait limité son efficacité aux activités entrant dans le champ d'application matériel et spatial de la loi de contrôle, les activités y échappant relevant d'un autre système de droit international privé, probablement celui du droit commun. D'autre part, la recevabilité des solutions de droit international privé ainsi déduites d'une réglementation administrative ne pouvait en aucun cas être garantie lorsque leur application se posait devant un juge étranger. On a d'ailleurs pu constater une tendance des juges étrangers à décréter dans ce cas l'indépendance des règles de conflits de lois par rapport au droit du contrôle, car le fait d'entrer dans le champ d'application spatial d'une loi de contrôle étrangère ne pouvait impliquer selon le for saisi du litige, la volonté de soumettre le contrat à ce droit étranger!⁴³.

Ceci étant admis, il faut néanmoins reconnaître que le contrôle matériel des conditions d'assurance par une autorité administrative oriente nettement les solutions de conflit de lois. En pratique, un tel contrôle administratif ne se conçoit en effet que par référence à la loi nationale de l'autorité chargée de la surveillance. Cette conséquence, notons-le bien, se justifie moins en droit qu'en fait. Rien n'empêche en effet une autorité administrative d'appliquer une loi étrangère de droit privé, dès lors que sa propre loi nationale lui en fait l'injonction!⁴⁴. Néanmoins, on peut comprendre, compte tenu des autres facteurs énumérés précédemment, que l'autorité de contrôle ait cédé à l'inclination naturelle d'appliquer au contrat soumis à son approbation, sa loi nationale. La cohérence de l'action administrative impose en tout cas cette solution, car on voit mal comment celle-ci pourrait vérifier la conformité à la loi nationale d'un contrat soumis à un droit étranger.

En raison de l'effet international du contrôle de la conformité des clauses contractuelles avec les règles impératives contenues dans la loi sur le contrat d'assurance, le principe de la liberté de choix de la loi applicable au contrat, qui n'était pas explicitement écarté par la réglementation administrative et qui subsistait donc en théorie, n'avait plus qu'une portée réduite en pratique. L'assureur souhaitant effectuer des opérations d'assurance sur le territoire ne disposait que de la liberté conventionnelle que lui laissait le droit interne du pays exerçant le contrôle matériel. Cette autonomie ne se distinguait guère en réalité de celle octroyée par le droit interne, de sorte qu'il n'était pas faux de voir dans le contrôle matériel une manière de nationalisation du contrat d'assurance.

⁴³ W.H. ROTH, *op. cit.*, note 4, pp. 174-176 et les références citées.

⁴⁴ Voy. à cet égard P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 1103.

12. L'interaction de la définition du domaine d'application spatial, de l'obligation d'établissement et du contrôle matériel constatée dans certaines réglementations administratives permet d'expliquer le phénomène de raréfaction des conflits de lois dans le secteur des assurances, de même que leur subsistance dans les domaines que ces réglementations ne soumettaient précisément pas au contrôle⁴⁵. Il rend aussi compte de l'absence de manifestation d'un tel phénomène dans les pays qui, comme le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, ne soumettaient pas les conditions d'assurance à un contrôle matériel. Il faut maintenant examiner comment les directives européennes destinées à réaliser la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services dans le secteur des assurances sont parvenues à atténuer ce lien de dépendance entre la loi applicable au contrat et le contrôle des activités d'assurance, de façon à restituer une véritable dimension aux problèmes de droit international privé dans ce secteur.

CHAPITRE II

LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE DANS UN MARCHÉ INTEGRE

13. Notre propos ne peut être ici de retracer dans le détail l'évolution de l'Europe de l'assurance ni de procéder à un commentaire exhaustif de l'ensemble des directives communautaires relatives au marché intérieur de l'assurance. Quelques études récentes et parfaitement documentées y ont pourvu⁴⁶. Dans le cadre de ce chapitre, il s'agit

⁴⁵ Ainsi en était-il de l'assurance transport qui n'était soumise à aucun contrôle en Allemagne, en Belgique, aux Pays-Bas et en Irlande. Voy. G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p.126.

⁴⁶ Voy. notamment G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 278pp.; H. COUSY, «Le marché intérieur de l'assurance en Europe!», *RDAl/I.B.L.J.*, 1994, pp.1297-319; J. ERNAULT, «Les assurances à l'horizon de 1992!», in *Les assurances de l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp.1371-417; J. FLORY, «L'Europe des assurances; liberté d'établissement et libre prestation de services!», *R.G.A.T.*, 1988, pp.1281-293; J. LALLEMENT, «Perspectives de l'assurance européenne à l'horizon 1992!», *R.G.A.T.*, 1988, p.1755; F. LOHEAC, «Quelle libre prestation de services pour l'assurance? Horizon 1992!», *Bull. Ass.*, 1988, pp.1380-385; *Rev. Marché Commun*, 1988, pp.1271-273; F. LOHEAC, «L'Europe de l'assurance; le cadre institutionnel!», *Risques*, 1991/8, pp.1-23; F. LOHEAC, «Le Marché unique de l'assurance!: opportunités, limites et perspectives!», *Rev. Marché Commun*, 1994, pp. 592-600; F. LOHEAC, «Le démarrage du Marché unique des assurances ou!... de la coupe aux lèvres!», *Risques*, n°122, avril-juin 1995, pp.143-49; C.J. BERR, «Droit européen de l'assurance!», *R.T.D.Eur.*, 1995, pp. 561-576; J.-M. BINON, «Au lendemain du 1er juillet 1994!: la réalité des marchés à l'épreuve de la nouvelle conception européenne de l'assurance!», *Bull. Ass.*, 1995, pp. 63-92; H. BAUMANN, «Versicherungsrecht nach der Deregulierung!», *VersR.*, 1996, pp. 1-9; P. ROUSSELLE, «Problèmes généraux d'application de la libre prestation de services au secteur des assurances!», *Bull. Ass.*, 1987, pp.1372-393; G. LEVIE et M. DE FRUTOS GOMEZ, «Les dernières

uniquement d'examiner le traitement réservé par les directives aux trois facteurs de marginalisation du droit international privé.

L'essentiel du travail législatif concernant le marché unique de l'assurance se présente classiquement en trois générations de directives adoptées respectivement dans le secteur de l'assurance vie et de l'assurance non-vie. La première génération de directives tend à accorder aux entreprises d'assurances le droit d'établissement. A cet effet, elles harmonisent certaines conditions d'accès et d'exercice de l'activité d'assurance dans les Etats membres (section!1). Adoptées dans le prolongement direct des arrêts de la Cour de justice du 4 décembre 1986, les directives de la deuxième génération ouvrent une partie du secteur de l'assurance, celui où une protection du preneur n'est pas jugée indispensable, à la liberté de prestation de services (section!2). Les directives de la troisième génération parachève l'édifice en organisant le système dit de «!la licence unique!». Ce système doit permettre aux compagnies d'assurance communautaires d'exercer l'ensemble de leurs activités tant par voie d'établissement que par voie de prestation de services sur tout le territoire de la Communauté européenne sous le couvert d'un seul agrément (section!3).

SECTION1. LA PREMIERE GENERATION DE DIRECTIVES!: LES DIRECTIVES «!ETABLISSEMENT!»

§ 1. LA LIBERTE D'ETABLISSEMENT DES COMPAGNIES D'ASSURANCES!⁴⁷

évolutions en matière de droit européen des assurances!», *R.G.A.R.*, 1991, n°11.815; W.H. ROTH, «!Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes!», *RechtsZ.*, 1991, pp.163-137; M. DE FRUTOS GOMEZ, «!Vers un marché intérieur des assurances!», *Revue Marché Unique*, 1991/3, pp.145-100; F. DEHOUSSE et J.M. DELPORTE, «!Horizon 1992!: le Marché Unique des Assurances!», *J.T.*, 1992, pp.1263-265; R.P. MERKELBACH, «!Communauté économique européenne: l'assurance et la libre prestation de services!», *R.S.A.*, 1989, pp.1306-315, pp.1369-376, pp.1393-409; *R.S.A.*, 1990, pp. 22-31; A. GIANNELLA, «!La libre prestation de services dans le domaine des assurances!», *Rev. Marché Commun*, pp.1122-132; W.E. POOL, «!Insurance and the European Community!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992, pp.1178-199; G. FITCHEW, «!Achieving a single market in insurance!», *Cah. Dr. Eur.*, 1989, pp.1545-551; G. LEVIE, «!La liberté de prestation de services en assurance dans la CEE!: aujourd'hui et demain!», *R.S.A.*, 1990, pp.1261-278; A. OTTOW, «!An internal market before the turn of the century!», *Comm. Mark. L.R.*, 1992, pp.1511-536; A.F. LOGEZ, *L'Europe de la liberté d'établissement et de prestation de services*, Paris, *L'Argus*, 1991, 318!pp.

⁴⁷ Dans cet exposé introductif centré sur l'assurance directe vie et non-vie, nous ne traiterons pas de la directive 64/225/CEE du 25 février 1964 visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services (*JOCE*, n°IL 56, 4 avril 1964). La réassurance étant par nature internationale, cette directive a posé le principe de l'élimination des restrictions aux libertés d'établissement et de prestation de services sans condition préalable. L'article!1 renvoie au titre!II des programmes généraux pour la détermination des bénéficiaires et au titre!III de ces programmes pour la détermination des restrictions. L'article!3 cite de façon non-exhaustive certaines restrictions à supprimer.

Nous ne traiterons pas non plus, sauf de façon incidente, de la directive 78/473/CEE du 30 mai 1978 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire (*JOCE*, n°IL 151, 7 juin 1978). Sur cette directive, voy. G. LEVIE, «!La directive européenne sur la coassurance du 30 mai 1978!», *Bull. Ass.*, 1977, pp.1749-778.

14. *Définition.* Consacrée par l'article 52 du Traité (ci-après Traité CE), la liberté d'établissement permet en principe à tout ressortissant d'un Etat membre de s'établir dans un autre Etat membre, à titre principal ou à titre secondaire, dans les mêmes conditions que celles définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants⁴⁸. Le droit d'établissement peut être exercé à titre principal (art. 52, al. 2, CE). Il permet alors à l'intéressé de procéder au transfert de son activité dans un Etat dont il n'est pas ressortissant. Le droit d'établissement peut aussi être exercé à titre secondaire sous forme d'agence, de succursale ou de filiale (art. 52, al. 1, CE). Alors que les filiales sont des sociétés constituées selon le droit du pays d'établissement, les succursales et les agences ne constituent pas des entités juridiquement autonomes⁴⁹.

La liberté d'établissement comporte une installation durable dans le pays d'accueil, à la différence de la libre prestation de services qui n'est que temporaire (art. 60 CE)⁵⁰. Elle implique aussi l'exercice d'une activité économique non salariée⁵¹.

15. *Nature des restrictions prohibées par l'article 52.* Il résulte de l'article 52 du Traité que le droit d'établissement implique négativement l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité et positivement l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers par alignement sur le traitement national. A ce titre, on peut voir

⁴⁸ Commentaire MEGRET, «Le droit de la Communauté économique européenne», t. 13, *Libre circulation des personnes des services et des capitaux*, Bruxelles, Etudes européennes (Collection dirigée par M. WAELBROECK, J.V. LOUIS, D. VIGNES et J.L. DEWOST), 1990, La libre circulation des services et la liberté d'établissement, par J.C. SECHE, p. 135, n° 1 à 3. Voy. également E. CEREXHE, *Le droit européen - Les institutions*, Louvain, Nauwelaerts, 1979, p. 142, n° 159; R. MONACO, *op. cit.*, note 9, p. 1456. Quoi qu'il en soit, comme nous le verrons ultérieurement, le système de la licence unique sur lequel repose la création d'un espace financier européen contient le ferment d'une évolution dans le sens d'une extension du contrôle des entraves à la liberté d'établissement aux mesures indistinctement applicables, puisque, sur la base d'une harmonisation minimale, il implique l'exercice de la surveillance par les autorités du pays du siège social de l'entreprise, y compris sur les activités exercées par des succursales implantées dans d'autres Etats membres.

⁴⁹ Avant la fin de la première étape de la période de transition (le 31 décembre 1961), le Conseil devait adopter, conformément à l'article 54, paragraphe 1 du Traité, un programme général fixant «pour chaque catégorie d'activités, les conditions générales de la réalisation de la liberté d'établissement et notamment les étapes de celle-ci». Le calendrier de la libération fut établi le 18 décembre 1961. Il devait être réalisé conformément au paragraphe 2 de l'article 54 par l'adoption de directives pouvant être prises à la majorité qualifiée (tel que modifié ensuite par l'article 6, § 4, de l'Acte Unique Européen). Voyez le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, *JOCE*, n° 12 du 15 janvier 1962.

Toutes les directives n'ayant pu être adoptées pour la fin de la période de transition (le 31 décembre 1969), la question s'est rapidement posée de savoir si l'article 52 était directement applicable depuis la fin de cette période, nonobstant l'absence de directives prévues pour sa mise en œuvre. Dans son arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, la Cour de Justice s'est prononcée pour l'affirmative: elle a estimé que le principe du traitement national était clair et inconditionnel et qu'il fallait en déduire que l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité découlait directement des dispositions du Traité (*CJCE*, 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners c/ Royaume de Belgique*, *Rec.*, 1974, p. 1631).

⁵⁰ La référence au caractère temporaire de la prestation comporte une ambiguïté. On admet actuellement que la prestation de services peut constituer un mode normal et permanent de l'exercice des activités non salariées. Le véritable critère permettant de distinguer l'établissement de la prestation de services résulterait dès lors de la stabilité de la présence commerciale de l'opérateur économique dans le pays d'activités.

⁵¹ Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 48, p. 36, n° 13.

dans cet article une application du principe général de non-discrimination consacré par l'article 7 du Traité.

C'est pourquoi, l'on enseigne en général qu'à l'exception des règles discriminatoires, l'activité économique non salariée sous forme d'établissement entraîne la soumission pleine et entière au droit du pays d'accueil. Partie d'un contrôle des mesures discriminatoires, la jurisprudence de la Cour a cependant clairement évolué vers un contrôle des mesures indistinctement applicables, c'est-à-dire ni directement ni indirectement discriminatoires, en ce qui concerne tout au moins les qualifications professionnelles nécessaires à l'accès à une activité non salariée⁵² (pour plus de détails voy. *infra* n°).

16. L'application même non discriminatoire de la législation de l'Etat membre d'accueil aux ressortissants des autres Etats membres, telle qu'elle se déduit du Traité et de la jurisprudence de la Cour, ne suffit pas à garantir le plein exercice du droit d'établissement, si elle ne s'accompagne pas d'une harmonisation des conditions d'accès à l'activité concernée dans l'ensemble des Etats membres. Afin de faciliter l'exercice effectif de ce droit, le Traité a donc prévu l'adoption de directives ayant pour objet le rapprochement des législations nationales (art. 57, §2).

L'objet des directives du 24 juillet 1973 (ci-après directive établissement non-vie)⁵³ et du 5 mars 1979 (ci-après directive établissement vie), dans leur version initiale, était précisément d'atténuer les disparités entre les réglementations de contrôle des Etats membres⁵⁴⁵⁵. Pour l'essentiel, ces directives ont subordonné l'accès à l'activité d'assurance par voie d'établissement (constitution d'un siège social, d'une agence ou d'une

⁵² CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou c/ Ministerium für Justiz Baden Württemberg*, aff. C-340/89, *Rec.*, 1991, p. I-2357; CJCE, 20 mai 1992, *Ramrath c/ Ministère de la Justice*, aff. C-106/91, *Rec.*, 1992, p. I-3351; CJCE, 31 mars 1993, *Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I-1663; CJCE, 30 novembre 1995, *R. Gebhard*, aff. C-55/94 non encore publié au Recueil. A cet égard, la Cour considère que toute restriction est en principe contraire à l'article 52 sauf si elle se justifie par un motif d'intérêt général, et si elle est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. En revanche, pour ce qui relève des conditions d'exercice de l'activité, la Cour paraît s'en tenir, pour l'instant, au contrôle des discriminations.

⁵³ Directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance vie, et son exercice (JOCE, n° L 228, 16 août 1973). Cette directive était accompagnée d'une autre destinée à supprimer les restrictions à la liberté d'établissement mais celle-ci est devenue en grande partie inutile en raison de l'affirmation par la Cour de justice du principe de l'effet direct de l'article 52 (arrêt *Reyners*, 21 juin 1974, précité, note 51). Seules subsistent les règles relatives à la preuve de l'honorabilité des dirigeants (art. 13) (Directive 73/240/CEE du 24 juillet 1973, JOCE, n° L 228 du 16 août 1973, p. 20).

⁵⁴ Directive 79/267/CEE du 5 mars 1979 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (JOCE, n° L 63, 13 mars 1979).

⁵⁵ Outre les références citées ci-dessus, note 46, voy. en particulier G. LEVIE, «Une étape dans l'intégration européenne de l'assurance!», *Bull. Ass.*, 1973, pp. 475-516; G. LEVIE, «La directive européenne sur l'assurance vie!», *Bull. Ass.*, 1980, pp. 15-25

succursale) à l'octroi d'un agrément administratif délivré dans chaque Etat membre selon des conditions juridiques et financières comparables et selon une procédure uniforme (directive établissement non-vie art.16 à 12, directive établissement vie art.16 à 14). S'agissant des conditions d'exercice, elles ont imposé aux entreprises d'assurance de constituer, selon des méthodes de calcul harmonisées et sous le contrôle de l'Etat de leur siège social, une marge de solvabilité pour l'ensemble de leurs activités, y compris celles exercées par des agences et succursales établies dans d'autres Etats membres (directive établissement non-vie art.16, directive établissement vie art.18)⁵⁶ et un fonds de garantie (directive établissement non-vie art.17, directive établissement vie art.20)⁵⁷.

Par contre, ces deux textes fondamentaux ne comportaient initialement aucune harmonisation des conditions d'assurance ou tarifaires, ni des règles de calcul des provisions techniques ni des modalités de représentation de ces provisions⁵⁸. En ce qui concerne les actifs représentatifs des provisions techniques, il était seulement prévu que les provisions devaient être représentées en tout temps par des actifs équivalents, congruents (c'est-à-dire libellés dans la même monnaie que celle de l'engagement) et localisés sur le territoire du pays d'accueil (directive établissement non-vie art.15, directive établissement vie art.17). Pour le surplus, les directives renvoyaient aux réglementations et pratiques nationales.

Les conditions d'accès et d'exercice à remplir par les agences ou succursales des entreprises ayant leur siège social hors de la Communauté sont un peu plus rigoureuses (voy. le titre III des deux directives). Des dispositions particulières se justifient à leur égard au double motif que le patrimoine des entreprises dont elles dépendent se trouve hors de la Communauté et que l'autorité de contrôle des Etats tiers ne peut pas se voir imposer une coopération institutionnelle. Ainsi, les directives ont laissé à chaque Etat membre la possibilité d'accepter ou de leur refuser l'établissement sur son territoire pour des motifs économiques par exemple (directive établissement non-vie art.23, directive établissement vie art.27). La marge de solvabilité est constituée selon des modalités identiques, mais calculée uniquement sur les opérations de la succursale (directive établissement non-vie art.25, directive établissement vie art.29). Un cautionnement doit être déposé (directive établissement non-vie art.23, directive établissement vie art.30).

⁵⁶ La marge de solvabilité correspond au patrimoine de l'entreprise libre de tout engagement prévisible.

⁵⁷ Le fonds de garantie est constitué par le tiers de la marge de solvabilité, avec un minimum absolu. L'intérêt de la distinction réside essentiellement dans les mesures qui peuvent être prises en cas de non-respect des conditions financières (directive établissement non-vie art.20, directive établissement vie art.20).

⁵⁸ Les réserves techniques sont constituées par les moyens financiers qui sont immobilisés pour servir de garantie aux engagements pris en vertu des contrats souscrits et qui sont distincts du capital propre de l'entreprise (agences ou succursales).

En revanche, lorsque ces mêmes entreprises disposent d'un siège social dans la Communauté (filiales constituées selon le droit d'établissement et contrôlées par la société mère), elles sont considérées comme des sociétés communautaires et la demande d'agrément ne peut être examinée en fonction des besoins économiques du marché (directive établissement non-vie, art.18, §14 et 10, §14, directive établissement vie, art.18, §14 et 10, §14). On signalera cependant que des conditions de réciprocité ont été prévues pour ces sociétés dans les directives LPS auto (art.14) et LPS vie (art.19) du 8 novembre 1990 (voy. *infra* n°144 et ss.)⁵⁹!⁶⁰.

§ 2. LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE DANS UN REGIME DE LIBRE ETABLISSEMENT

17. Par leur nature même, les directives relatives à la liberté d'établissement dans le secteur des assurances n'étaient guère susceptibles de remettre en cause les trois facteurs de marginalisation du droit international privé. La preuve en est que la loi belge du 9 juillet 1975, dont plusieurs dispositions ont déjà été commentées, était précisément destinée à transposer la directive du 24 juillet 1973 en droit belge. C'est donc que ni la directive établissement de 1973, ni celle de 1979, ne contenaient aucun élément propre à ressusciter les conflits entre ordres juridiques nationaux sous l'angle du droit contractuel. A vrai dire, elles n'en ont pas eu davantage d'effet sous l'angle de l'intégration des marchés nationaux d'assurance. Cette observation se vérifie aisément par une révision rapide des trois facteurs relevés ci-dessus.

A. La définition du champ d'application spatial des lois de contrôle

⁵⁹ La première directive établissement en assurance non-vie a été complétée par plusieurs autres directives spécifiques visant un secteur déterminé. On se contentera ici de les signaler!:

- Directive 84/641/CEE du 10 décembre 1984 modifiant, en ce qui concerne notamment l'assistance touristique, la première directive de coordination 73/239/CEE (*JOCE*, n°L 339, 27 décembre 1984). Cette directive a pour fonction principale d'étendre le champ d'application de la première directive établissement en assurance non-vie à l'assistance touristique, en y apportant quelques correctifs particuliers.
- Directive 87/343/CEE du 22 juin 1987 modifiant, en ce qui concerne l'assurance-crédit et l'assurance-caution, la première directive de coordination 73/239/CEE (*JOCE*, n°L 185, 4 juillet 1987). Cette directive abolit l'exigence de spécialisation en assurance-crédit et caution, et prévoit le principe d'une réserve d'équilibrage ainsi qu'un fonds minimum de garantie plus élevé.
- Directive 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique (*JOCE*, n°L 185, 4 juillet 1987). Cette directive supprime l'exigence de spécialisation en assurance protection juridique et propose trois systèmes réputés équivalents propres à éviter les conflits d'intérêts entre l'assuré et l'assureur.

⁶⁰ Ces conditions de réciprocité sont identiques à celles que l'on trouve dans la deuxième directive de coordination bancaire! deuxième directive 89/646/CEE du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (*JOCE*, n°L386 du 30 décembre 1989, p.11) (art.19).

18. Dans leur état initial, les directives relatives à l'établissement ne comportaient aucune restriction à la possibilité pour un Etat membre de définir le champ d'application spatial de sa propre loi de contrôle en fonction des objectifs économiques et sociaux poursuivis. Sauf en matière financière où l'harmonisation de la marge de solvabilité permettait une coopération entre autorités de contrôle sous la forme d'un échange de renseignements, on y chercherait vainement une disposition visant à fixer le champ d'application de la réglementation par la répartition des pouvoirs de contrôle entre les autorités administratives de chaque Etat membre. La seule limite au pouvoir des Etats résultait, à ce moment, de l'article 52 du Traité CE lui-même et de la prohibition des discriminations fondées directement ou indirectement sur la nationalité. De ce point de vue, les critères territoriaux utilisés par les législations de contrôle échappaient à tout reproche dès lors qu'ils n'étaient fondés ni directement, ni indirectement sur la nationalité de l'entreprise mais sur la localisation des activités d'assurance (voy. *supra* n°6).

Sous la réserve des limites découlant du droit communautaire primaire, les directives de 1973 et de 1979 ne portaient donc pas atteinte à la possibilité pour chaque Etat membre d'accueil de soumettre l'établissement relevant d'une entreprise dont le siège social se situe à l'intérieur de la Communauté européenne, à l'ensemble de la réglementation applicable également aux entreprises nationales.

Il faudra attendre l'adoption des directives de la troisième génération et la concrétisation du principe de l'agrément unique pour que cette compétence soit remise en cause au profit de l'Etat d'origine de l'entreprise d'assurance, c'est-à-dire de l'Etat de son siège social (voy. *infra* n°70 et ss.).

B. L'obligation de disposer d'un établissement autonome dans le pays d'activités

19. Se limitant à lever les obstacles au droit d'établissement, les directives de la première génération ne remettaient pas non plus en cause, à l'évidence, l'obligation faite aux entreprises souhaitant effectuer des opérations d'assurance sur le territoire, d'y installer une agence ou une succursale et de désigner un mandataire général domicilié et résidant dans le pays d'accueil. Au contraire, au titre de l'harmonisation, l'article 10, §1, *litt. d*, des deux directives imposait cette obligation de désignation à toute entreprise sollicitant l'agrément pour l'ouverture d'une agence ou d'une succursale. D'après ces articles, le mandataire général devait être doté de pouvoirs suffisants pour engager l'entreprise à l'égard des tiers et pour la représenter vis-à-vis des autorités et des juridictions du pays d'accueil. Si le

mandataire était une personne morale, celle-ci devait avoir son siège social dans le pays d'accueil et désigner à son tour, pour la représenter, une personne physique remplissant les conditions indiquées (directive établissement non-vie art.10, §1, *litt.d*, directive établissement vie art.10, §1, *litt.d*).

Comme on l'a vu précédemment, l'exigence d'un établissement autonome et responsable dans le pays d'accueil minimise la signification de l'élément d'extranéité affectant le contrat, même s'il n'efface pas complètement son caractère international au sens du droit international privé général (voy. *supra* n°7).

C. Le contrôle matériel des conditions d'assurance

20. Les directives relatives à l'établissement ne contiennent pas non plus d'éléments propres à favoriser la dissolution du lien implicite relevé ci-dessus entre l'exercice du contrôle matériel et la loi applicable au contrat d'assurance. Sans obliger les Etats membres à introduire un tel contrôle, ces directives, dans leur formulation initiale, précisaient clairement que la coordination réalisée ne faisait pas obstacle à ce que les Etats membres appliquent des dispositions qui prévoient pour toutes les entreprises d'assurance la nécessité d'une approbation des conditions générales et spéciales des contrats (directives établissement vie et non-vie, art 10, §3)⁶¹.

En autorisant les Etats membres à maintenir un régime d'approbation préalable, ces dispositions n'ont pas contredit la tendance constatée ci-dessus à l'alignement systématique de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle, chaque autorité administrative étant en mesure de continuer à appliquer sa propre loi nationale au contrat soumis à son contrôle. Une réserve doit toutefois être formulée à ce propos dans le secteur de l'assurance transport et de l'assurance-crédit. Si la directive du 24 juillet 1973 ne dispensait pas explicitement ces catégories d'assurances du contrôle général des activités, un régime dérogatoire avait cependant été prévu à leur égard en ce qui concerne la communication, dans le cadre du programme d'activités, des conditions générales et spéciales des polices d'assurances ainsi que des tarifs (directive établissement non-vie art.9, dernier alinéa et art.11, §1, dernier alinéa). Les conditions d'assurance de ces polices ne pouvant être exigées lors de l'accès à l'activité d'assurance, celles-ci pouvaient ainsi échapper à la logique du contrôle matériel et bénéficier du même coup de la liberté de choix de la loi applicable

⁶¹ En revanche, les directives «établissement!» n'imposent aucune règle en ce qui concerne le contrôle des contrats et de la tarification pendant la vie de l'entreprise. W.E. POOL, *op. cit.*, note 46, p.187; J.J. MARETTE, «Contrôle de l'assurance et marché unique!», in *L'Europe de l'assurance, Les directives de la troisième génération*, Bruxelles, Maklu/Academia/Bruylant, 1993, p.187.

21. *Conclusion.* Après ce bref examen, il est permis d'affirmer que les textes communautaires relatifs au droit d'établissement des entreprises d'assurance n'ont porté aucun remède au cloisonnement des marchés et n'ont pas favorisé, par voie de conséquence, la conclusion de contrats internationaux, si ce n'est dans les pays ou dans les secteurs où cette possibilité existait déjà largement. Hormis les conditions financières, les structures divergentes des contrôles existant dans les Etats membres n'ont pas été abolies, de sorte que le droit international privé dans le secteur des assurances a continué à occuper la place marginale qu'il avait occupée jusqu'alors dans les pays connaissant un régime de contrôle contraignant.

SECTION 2. LA DEUXIEME GENERATION DE DIRECTIVES!: LES DIRECTIVES "LIBRE PRESTATION DE SERVICES"

§ 1. LA LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES DES COMPAGNIES D'ASSURANCES

A. Notions générales

22. *Définitions.* Consacrée par les articles 59 et 60 du Traité CE, la liberté de prestation de services permet aux ressortissants d'un Etat membre établi sur le territoire d'un Etat de la Communauté européenne d'exercer, à titre temporaire, des activités dans le pays où la prestation est fournie, sans y disposer d'un établissement et dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants (art. 59 et 60, alinéa 3 CE)⁶².

⁶² Comme en matière d'établissement, le Traité prévoyait pour la liberté de prestation de services l'élimination progressive des restrictions à cette liberté au cours de la période de transition (du 1er janvier 1958 au 31 décembre 1969) et l'adoption d'un programme général pour leur suppression (art. 63, § 1) (JOCE, n° C2 du 11 janvier 1962). Face à la lenteur de la mise en œuvre du programme de suppression des entraves, la Cour a énoncé le 3 décembre 1974, dans son arrêt *Van Binsbergen*, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Reyners* pour le droit d'établissement, le principe de l'applicabilité directe des articles 59 et 60 depuis la fin de la période de transition (CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen c/ Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, 1974, p. 1299). Tout en refusant l'argument tiré de l'absence des directives prévues par le programme général, la Cour n'a tout d'abord attribué d'effet direct qu'à l'interdiction des restrictions en raison de la nationalité ou du lieu d'établissement. Cette réserve induite par l'utilisation des termes «en tout cas!», qui se justifiait par la définition large des entraves interdites et sans doute aussi par la volonté de la Cour de ne pas aller au-delà de ce qui était strictement nécessaire à la solution du cas qui lui était soumis, n'apparaît plus dans les arrêts postérieurs où l'applicabilité directe est constatée sans aucune restriction (CJCE, 18 janvier 1979, *Ministère public c/ Van Wesemael*, aff. 110 et 111/78, *Rec.*, 1979, p. 135; CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.*, 1981, p. 13305. La question de la portée de l'effet direct a été explicitement posée dans l'arrêt *Debaue*, mais la Cour n'a pas eu à y répondre. Dans ses conclusions, l'avocat général Warner se prononçait pour une application sans restriction (*Rec.*, 1980, pp. 1873-874). Postérieurement, l'avocat

La liberté de prestation de services est, avec le droit d'établissement, la seconde forme d'activité professionnelle des indépendants. Le concept de services ne s'entend pas ici au sens qu'il revêt habituellement en sciences économiques⁶³. Il ressort en effet de l'article 60 du Traité CE que sont considérées comme services en droit communautaire, les activités économiques non salariées exécutées par-dessus les frontières intracommunautaires et qui sont normalement effectuées contre rémunération et à titre temporaire⁶⁴⁶⁵.

L'article 60, alinéa 1, indique que la liberté de prestation de services a une fonction résiduaire ou subsidiaire. Les prestations de services ne sont en effet couvertes par l'article 59 que « dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Le concept permet de combler d'éventuelles lacunes dans les autres réglementations du Traité⁶⁶. Ceci ne signifie pas pour autant que la liberté de prestation de services ait un rôle accessoire par rapport aux autres libertés fondamentales, et notamment la liberté d'établissement. Les libertés d'établissement et de prestation de services sont conçues comme deux modes possibles d'activités économiques non salariées⁶⁷.

23. L'exercice de la liberté de prestation de services peut prendre plusieurs formes. Cette liberté ne garantit pas seulement le droit du prestataire d'un service de se rendre

général Lenz s'est prononcé en faveur de la même solution dans les affaires relatives aux activités des guides touristiques (*CJCE*, 26 février 1991, *Commission c/ France*, aff. C-154/89, *Commission c/ Italie*, aff. C-180/89, *Commission c/ Grèce*, aff. C198/89, *Rec.*, 1991, p.1659, p.1709 et p.1727)). On peut en conclure que les articles 59 et 60 ont un effet direct dans tous leurs aspects.

⁶³ Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 48, p.158, n°12 à 4. La notion de services peut en effet englober des activités industrielles. En outre, les activités du secteur tertiaire peuvent être effectuées par voie d'établissement.

⁶⁴ Sur la notion de prestation de services, voy. J.G. HUGLO, « La libre prestation des services et la liberté d'établissement » (1er juillet 1993 - 1er juillet 1994), *R.T.D.Eur.*, 1994, p. 466; P. MERCIER et O. JACOT-GUILLARMOD, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing & Lichtenhalm, 1991, p.107; U. EVERLING, « Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation de services rendus dans d'autres Etats membres », *Cah. Dr. Eur.*, 1984, p.14; J.G. HUGLO, « Examen de jurisprudence, Libre prestation des services », *Gaz. Eur.*, 10-12 décembre 1995, p. 21; W. DEVROE et J. WOUTERS, « Examen de jurisprudence, Liberté d'établissement et libre prestation de services », *J.T.D.Eur.*, 1996, p.159.

⁶⁵ D'une activité exercée à titre occasionnel et provisoire, on est toutefois rapidement passé à l'idée que la prestation de services devait pouvoir constituer un mode normal et permanent de l'exercice des activités de services. Voy. C.J. BERR, « Perplexités juridiques à propos du marché commun des services », *Rev. Marché Commun*, 1993, p.1448, n°119.

⁶⁶ U. EVERLING, *op. cit.*, note 64, p.14; Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 48, p.159, n°16. Il ressort de la jurisprudence récente de la Cour que celle-ci tend à relativiser le caractère résiduaire des dispositions relatives aux services expressément reconnu par l'art. 60 CE. Voy. notamment l'arrêt *Svensson* (*CJCE*, 14 novembre 1995, aff. C-484/93, non encore publié au Recueil).

⁶⁷ Encore qu'elle ait parfois été mal comprise, l'hypothèse d'un cumul des deux libertés ne se vérifie que lorsque l'établissement est partie prenante dans la réalisation de la prestation de services. Elle ne vise normalement pas à empêcher une entreprise disposant d'un établissement dans le pays de la prestation à exercer ses activités en prestation de services à partir d'un autre Etat membre. En ce sens, W.H. ROTH, « Grundlagen... », *op. cit.*, note 46, p.123.

librement dans un autre Etat membre, hypothèse expressément prévue par l'article 60, alinéa 3 (déplacement du prestataire), elle garantit aussi le droit du bénéficiaire de se rendre dans un autre Etat membre pour y recevoir le service sans être gêné par des restrictions, même en matière de paiement (déplacement du destinataire). Même si ce second aspect de la liberté n'est pas visé expressément par le Traité, la Cour de Justice admet cependant qu'elle en constitue le complément nécessaire, répondant « à l'objectif de libérer toute activité rémunérée et non couverte par la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux ».⁶⁸ La Cour a reconnu une troisième hypothèse de prestations de services au sens du Traité en cas de déplacement international du prestataire et du destinataire vers un troisième pays où la prestation est effectuée.⁶⁹ Une quatrième forme d'exercice de la liberté de prestation de services est celle où ni le prestataire, ni le destinataire ne se déplacent mais où l'on observe seulement un déplacement de la prestation ou de son support (déplacement de la prestation). Ce peut être le cas des services financiers⁷⁰ ou de l'émission de messages radiodiffusés ou télévisés⁷¹ et plus généralement de tous les services fournis par courrier ou grâce au moyen moderne de communication. Sauf dans cette dernière hypothèse où l'offre est permanente, les autres situations pourront le plus souvent être rapportées aux deux premières catégories si l'on prend pour critère l'origine de l'offre du service.

La Cour a rappelé récemment que l'applicabilité des dispositions en matière de libre prestation de services n'était pas subordonnée à l'existence préalable d'un destinataire déterminé.⁷² On peut néanmoins se demander si toute publicité doit être nécessairement assimilée à une intention de prêter un service sur le territoire d'un autre Etat membre. La seule présence d'un destinataire de service potentiel ne semble pas suffisante pour caractériser l'élément transfrontalier indispensable à l'application de l'article 59 CE. A peine de vider le concept de liberté de prestation de services d'une partie de sa substance, cette assimilation doit être retenue chaque fois que le message publicitaire comporte une véritable sollicitation de contracter à distance et si le contrat peut techniquement être conclu

⁶⁸ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone c/ Ministero del Tesoro*, aff. 286/82 et 26/83, *Rec.*, 1984, p.1377; CJCE, 2 février 1989, *Cowan c/ Trésor public*, aff. 186/87, *Rec.*, 1989, p.1195. Dans ces arrêts, la Cour reconnaît au touriste la qualité de destinataire d'un service au sens de l'article 59. Comparez dans le domaine de la libre circulation des marchandises, CJCE, 7 mars 1990, *GB-INNO-BM c/ Confédération du commerce luxembourgeois*, aff. C362/88, *Rec.*, 1990, p.1667.

⁶⁹ CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ France*, aff. !C-154/89, *Commission c/ Italie*, aff. !C-180/89, *Commission c/ Grèce*, aff. !C-198, *Rec.*, 1991, pp.1659, 709 et 727; CJCE, 15 mars 1994, *Commission c/ Espagne*, aff. !C-45/93, *Rec.*, 1994, p.11-911.

⁷⁰ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ France*, aff. 220/83, *Rec.*, 1986, p.13663; *Commission c/ Danemark*, aff. 252/83, *Rec.*, 1986, p.13713; *Commission c/ RFA*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p.13755; *Commission c/ Irlande*, aff. 206/84, *Rec.*, 1986, p.13817; CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c/ Minister van Financien*, aff. !C-384/93, *Rec.*, 1995, p.11-1141.

⁷¹ CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.*, 1974, p.1409; CJCE, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c/ Debauve*, aff. 52/79, *Rec.*, 1980, p.1833; CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c/ Etat néerlandais*, aff. 352/85, *Rec.*, 1988, p.12085.

⁷² CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c/ Minister van Financien*, aff. C-384/93, *Rec.*, 1995, p.11-1141.

sans présence simultanée du fournisseur et du destinataire du service. Pour être apparenté à une véritable démarche commerciale, le message en question doit sans doute comporter les éléments essentiels du contrat à conclure permettant au destinataire de déterminer son choix. Sur le régime de la publicité voy. le projet de communication de la Commission sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *JOCE*, du 4 novembre 1995, n°!C291, p.!7.

24. *Nature des restrictions prohibées par les articles!59 et 60 du Traité.* Perçue comme une disposition mettant en œuvre le principe de non-discrimination formulé à l'article!7, l'article!59 du Traité interdit, dans le domaine des prestations de services, toute discrimination exercée en raison de la nationalité du prestataire!⁷³. Toutefois, comme la liberté de prestation de services suppose l'exercice occasionnel d'une activité indépendante rémunérée, en fait, la nationalité n'apparaît dans ce secteur que comme une discrimination accessoire!⁷⁴. Le principe de non-discrimination appelant un traitement différencié des situations différentes, la comparaison pertinente s'opère en réalité entre les prestataires établis et non établis!⁷⁵. En effet, s'agissant d'une activité temporaire, le principe d'égalité de traitement impose à l'égard du prestataire non établi un certain inflexionnement des règles nationales qui sont applicables aux prestataires établis. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'attendu de l'arrêt *Van Binsbergen*, selon lequel les articles!59, alinéa!1, et 60, alinéa!3, visent l'élimination de toutes discriminations imposées au prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie!⁷⁶. Cette affirmation fut ultérieurement précisée dans l'arrêt *Webb* du 17 décembre 1981!⁷⁷.

25. Est-il permis de franchir un pas supplémentaire en déduisant de cette même disposition l'illégalité des mesures applicables à tout prestataire encore qu'elles ne contiennent pas de critères pénalisant matériellement les non établis, dès lors que ces mesures ne pourraient être justifiées par un motif légitime relevant de l'intérêt général!? La

⁷³ *CJCE*, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p.!1141; *CJCE*, 12 décembre 1974, *Walrave, Koch c/ Association Union Cycliste internationale*, aff. 36/74, *Rec.*, 1974, p.!1405.

⁷⁴ En ce sens, G. MARENCO, «La notion de restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services dans la jurisprudence de la Cour!», *Gaz. Eur.*, Doct., 3-5 mai 1992, pp. 4-19, n°!14.

⁷⁵ Voy. notamment les arrêts suivants qui se fondent sur une telle discrimination!: *CJCE*, 26 novembre 1975, *Coenen et autres c/ Sociaal Economisch Raad*, aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p.!1547; *CJCE*, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c/ Debauve*, aff. 52/79, *Rec.*, 1980, p.!833; *CJCE*, 3 février 1982, *S.A. Seco et S.A. Desquenne & Giral c/ Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. 62 et 63/81, *Rec.*, 1982, p.!223; *CJCE*, 10 février 1982, *Transporoute c/ Ministère des travaux publics*, aff. 76/81, *Rec.*, 1982, p.!417. En sens contraire apparemment, *CJCE*, 9 juin 1977, *Van Ameyde c/ UCI*, aff. 90/76, *Rec.*, 1977, p.!1091, qui exclut l'incompatibilité pour la seule raison que le critère utilisé n'était pas celui de la nationalité.

⁷⁶ Précité note 62, attendu n°!16.

⁷⁷ Précité note 62, attendu n°!16.

question est d'importance car, dans l'affirmative, l'on quitterait le contrôle de l'égalité de traitement pour rentrer dans l'examen de la justification des mesures indistinctement applicables, similaire à celui que la Cour de Justice a développé dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Dès lors, l'illégalité d'une mesure nationale serait indépendante de toute inégalité de traitement et pourrait se déduire de l'absence de motif légitime ou de la disproportion de cette mesure par rapport à l'objectif qu'elle poursuit. La question est certes identique à celle que l'on a rencontrée en matière de droit d'établissement, mais elle ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes. En effet, à la différence de l'établissement où l'on conçoit plus facilement la soumission complète au droit du pays d'accueil, la prestation de services soulève assez naturellement la question de savoir si toute la législation du pays d'accueil doit s'appliquer au prestataire de services, lorsqu'il est lui-même soumis à la législation du pays où il est établi!⁷⁸.

On a parfois tenté de déduire de l'arrêt *Webb* précité et des arrêts *assurance-coassurance* qui seront commentés ci-dessous (voy; *infra*, n°138 et ss.), une règle d'équivalence des réglementations, parallèle à celle dégagée par le fameux arrêt *Cassis de Dijon* dans le secteur des marchandises!⁷⁹.

Même si cette jurisprudence annonçait le principe de l'Etat d'origine en matière de services, il faut reconnaître néanmoins qu'elle ne démontrait pas clairement la volonté de la Cour de s'affranchir du principe du traitement national car tout élément de discrimination déguisée n'en était pas absent!⁸⁰. Le raisonnement suivi par la Cour pouvait en effet être compris comme l'expression d'un principe d'égalité substantielle empêchant l'application intégrale, aux prestataires de services, des réglementations applicables aux établis!⁸¹.

⁷⁸ Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 48, p.164, n°120.

⁷⁹ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zetral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p.1649. Sur cette analogie en doctrine, voy. U. EVERLING, *op. cit.*, note 64, pp.110-11; J. STEENBERGEN, «La libre prestation de services dans le secteur des assurances!», *Cah. Dr. Eur.*, 1987, p.1556; P.H. WATSON, «Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services!: Some Recent Developments!», *Comm. Mark. L.R.*, 1983, p.1793; P. VERLOREN VAN THEMATAAT, «La libre circulation des marchandises depuis l'arrêt "Cassis de Dijon"!», *Cah. Dr. Eur.*, 1982, p.1134; J. BIANCARELLI, «Les arrêts "assurance-coassurance" du 4 décembre 1986!», *Rev. Marché Commun*, 1987, pp.140-41; M. WAELBROECK, «Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en œuvre de l'Acte Unique Européen!», *Cah. Dr. Eur.*, 1989, p.150; W. VAN GERVEN, «La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice!», *Rev. de la banque*, 1991/1, p.141; G. DRUESNES, «Liberté de prestation des services et travailleurs salariés!», *R.T.D.Eur.*, 1982, p.176.

⁸⁰ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'arrêt *Säger c/ Denkmeyer*, *Rec.*, 1991, pp.11-4233, n°121.

⁸¹ En ce sens, G. MARENCO, *op. cit.*, note 74, n°14 à 26. Cet auteur maintient que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour en matière de prestations de services reste fondée sur le principe de l'interdiction des discriminations directes ou indirectes. Cette position discutable depuis les arrêts du 4 décembre 1986 ne nous paraît plus défendable depuis l'arrêt *Säger*.

26. Invitée à de multiples reprises et de façon insistante par ses avocats généraux⁸² à se détacher du principe de non-discrimination, la Cour s'est prononcée de façon explicite en ce sens dans l'arrêt *Säger* du 25 juillet 1991. Selon la Cour, «l'article 59 du Traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues» (c'est nous qui soulignons) (attendu n°12).

La lecture des conclusions de l'avocat général Jacobs, qui a procédé à cette occasion à une analyse minutieuse de la jurisprudence de la Cour, ne laisse subsister aucun doute. Dans cet arrêt, la Cour a clairement étendu la portée de l'article 59 aux restrictions non discriminatoires afin d'élargir son contrôle à la justification et à la proportionnalité de ces restrictions (pour un examen détaillé des modalités de ce contrôle, voy. *infra* n°800 et ss.)⁸³.

La référence aux services légalement fournis dans le pays d'origine fait inmanquablement songer au principe similaire formulé par l'arrêt *Cassis de Dijon* dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Bien qu'on ait souvent cité l'arrêt *Webb* comme l'arrêt *Cassis de Dijon* du secteur des services, l'arrêt *Dennemeyer* établit cette analogie de façon incontestable⁸⁴. Les restrictions non discriminatoires visant la fourniture de services sont donc envisagées de la même façon que les restrictions non discriminatoires à la libre circulation des marchandises. Dans la ligne des conclusions de l'avocat général Jacobs, l'analogie est considérée par la Cour comme particulièrement adéquate lorsque, comme dans le cas d'espèce, le service n'implique pas, par sa nature, un déplacement physique du prestataire dans un autre Etat membre⁸⁵.

82 Voy. les conclusions de l'avocat général Warner sous l'arrêt *Debaue* précité note 71, *Rec.*, 1980, spéc. pp.872-873; les conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn sous l'arrêt *Webb* précité note 62, *Rec.*, 1981, spéc. p.13331; les conclusions de l'avocat général Lenz sous les arrêts relatifs aux activités des guides touristiques, précités note 62, *Rec.*, 1991, spécialement p.II-671.

83 En ce sens, S. SPEYER, «Anwendung der Cassis-de-Dijon, Doktrin und Spaltbarkeit reglementierter Tätigkeiten als neue Etappen der Dienstleistungsfreiheit!», *EuZW*, 19/1991, p.1589; J.G. HUGLO, «Droit d'établissement et libre prestation de services!», *R.T.D.Eur.*, 1992, p. 702; du même auteur, «Examen de jurisprudence, Libre prestation de services!», *Gaz. Eur.*, 10-12 décembre 1995, p. 19; La jurisprudence *Säger* a été largement confirmée depuis lors! voy. notamment *CJCE*, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. IC-275/92, *Rec.*, 1992, I, p. 1039; W.H. ROTH, Observations sous l'arrêt, *Comm. Mark L.R.*, 1993, pp.145-154.

84 S. SPEYER, *ibid.*

85 Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs est moins affirmatif lorsque le prestataire est amené à passer une période de temps dans l'Etat membre où le service est fourni. Prenant l'exemple de l'architecte qui supervise l'exécution d'un grand projet de construction, l'avocat général reconnaît que la limite entre les services et l'établissement peut être difficile à établir pour ce type d'activités et qu'il pourrait être soutenu que le Traité exige dès lors uniquement la suppression des discriminations. L'avocat général observe que l'article 60, alinéa 3, mentionne expressément la non-discrimination dans ce contexte. Conclusions précitées note 80, *Rec.*, 1991, p.II, 4235, n°24 et 25.

Une telle évolution était à vrai dire inéluctable. En effet, une application pure et simple de la règle de l'égalité de traitement n'aurait pas suffi à concrétiser la libre prestation des services financiers dans un Marché sans frontières. Considérés comme un instrument destiné à la réalisation d'un Marché commun des services, les articles!59 à 66 devaient nécessairement s'étendre au contrôle de la légitimité des mesures indistinctement applicables!⁸⁶. On a déjà dit que le régime de l'agrément unique annonçait des perspectives semblables dans le domaine du droit d'établissement.

B. L'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services

27. A la différence du droit d'établissement qui a pu se satisfaire, dans le secteur des assurances, du maintien des structures divergentes de contrôle sans remettre en cause fondamentalement la compétence réglementaire et décisionnelle des autorités du pays d'établissement, la libre prestation de services suscitait ouvertement un conflit de compétences entre l'Etat du pays d'établissement de l'assureur et celui de l'Etat du pays d'activités.

En fait, les programmes généraux avaient considérablement sous-estimé les difficultés d'une intégration des marchés uniquement basée sur l'harmonisation des législations issues de traditions politiques, juridiques et culturelles divergentes, si bien qu'en 1985, aucune directive n'avait pu être prise dans le secteur de l'assurance directe pour permettre l'exercice effectif de la liberté de prestation de services. Il est vrai que contrairement au libellé des articles!57, §!2 et 66 du Traité, le «!compromis de Luxembourg!» de février 1966 avait soumis l'adoption des directives relatives aux activités d'assurance à la règle de l'unanimité.

Prononcés dans la foulée du Livre blanc!⁸⁷ et de l'Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février 1986, les arrêts de la Cour de Justice rendus le 4 décembre 1986, dans quatre affaires opposant la Commission à la France!⁸⁸, au Danemark!⁸⁹, à

⁸⁶ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Warner sous l'arrêt *Debauxe* précité note 71, *Rec.*, 1980, pp.!871-872; également M. WAELBROECK, *op. cit.*, note 79, p.!50.

⁸⁷ Le Livre blanc de la Commission des Communautés européennes préparé en juin 1985 à l'intention du Conseil traduit une orientation nouvelle de la stratégie d'intégration consistant à délaisser l'harmonisation matérielle au profit du principe de la reconnaissance mutuelle et de la règle d'équivalence. La Commission estimait qu'il devrait être possible sur cette base de faciliter l'échange des «!produits financiers!» à l'échelle de la Communauté, en ayant recours à une coordination minimale de la réglementation (concernant notamment des questions telles que les autorisations, le contrôle et l'assainissement financier, la liquidation!...) pour former la base d'une reconnaissance réciproque par les Etats membres de ce que chacun d'entre eux accomplit pour protéger le public. L'équivalence des normes impliquant aussi celle des contrôles, le pouvoir de surveillance devrait incomber dans cette logique aux autorités administratives de l'Etat membre d'origine.

⁸⁸ *CJCE*, 4 décembre 1986, *Commission c/ France*, aff. 220/83, *Rec.*, 1986, p.!3663.

l'Allemagne!⁹⁰ et à l'Irlande!⁹¹, ont permis de relancer le processus d'intégration. L'origine de ces litiges se trouvait dans la transposition effectuée par certains Etats membres de la directive du 30 mai 1978!⁹² relative à la coassurance communautaire, premier et fragile jalon vers la liberté de prestation de services en assurance!⁹³!⁹⁴.

28. *Les arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986.* S'interrogeant sur la conformité des exigences d'agrément et d'établissement dans le pays d'accueil avec les articles!59 et 60 du Traité CE, la Cour rappelle tout d'abord que, selon une jurisprudence constante, les articles!59 et 60 sont devenus d'application directe à l'expiration de la période de transition, sans que cette application soit subordonnée à l'harmonisation ou à la coordination préalable des législations des Etats membres!⁹⁵. Elle indique que les mêmes articles exigent l'élimination non seulement de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité, mais également de toutes restrictions à la libre prestation de services imposées en raison de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie (attendu n°!25)⁹⁶.

La Cour constate ensuite que les exigences en cause constituent des restrictions à la libre prestation des services en ce qu'elles rendent plus onéreuses ces prestations dans l'Etat destinataire mais qu'elles peuvent néanmoins être justifiées, conformément à sa

89 CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Danemark*, aff. 252/83, *Rec.*, 1986, p.!3713.

90 CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p.!3755.

91 CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Irlande*, aff. 206/84, *Rec.*, 1986, p.!3817.

92 Directive précitée note 62.

93 Par défaut de consensus entre les Etats membres, le texte (précité note 46) laissait en effet dans l'ombre plusieurs questions fondamentales. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 1er prévoyait que la directive concernait les risques «!qui nécessitent par leur nature ou leur importance la participation de plusieurs assureurs pour leur garantie!» sans définir expressément des risques éligibles à la coassurance communautaire. En outre, l'article!2 prévoyait que «!l'apérateur est agréé dans les conditions prévues par la première directive de coordination!» sans préciser si cet agrément pouvait ou non impliquer l'établissement de l'apérateur dans le pays du risque. La Commission contestait la transposition de la directive effectuée par plusieurs Etats membres qui avaient fixé des seuils chiffrés trop élevés pour la définition de la coassurance communautaire et qui exigeaient l'établissement de l'apérateur. Dans le cas de l'Allemagne, les griefs de la Commission étaient plus importants, la procédure ayant débuté par une plainte déposée par un courtier bavarois auquel l'autorité de contrôle allemande refusait le placement d'un risque auprès d'un assureur non établi. Pour plus de détails sur les origines des différents litiges, voy. G. LEVIE, «!Droit européen des assurances!», *op. cit.*, note!46, pp.!206 à 215.

94 Ces arrêts ont donné lieu à une littérature abondante! voy. J. BIANCARELLI, «!L'évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de liberté de prestation de services dans le secteur des assurances, Les arrêts «!assurance-coassurance!» du 4 décembre 1986!», *Rev. Marché Commun*, 1987, pp.!35-49; B. DIRICK, «!La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance directe!», *Ann. Dr. Lg.*, 1987, p.!401; C.J. BERR et H. GROUDEL, «!Droit européen des assurances!: liberté de prestation de services et coassurance!», *R.T.D.Eur.*, 1987, pp.!83-104; J. STEENBERGEN, «!La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance!», *Cah. Dr. Eur.*, 1987, pp.!542-557; H. CLAASSENS, Note sous l'arrêt allemand (aff. 205/84) du 4 décembre 1986, *Bull. Ass.*, 1987, pp.!73-89; J. STEENLANT et H. VAN HEES, «!Vrije vestiging en dienstverlening in de verzekeringssector!: de arresten van 28 januari en 4 december 1986 van het Hof van Justitie!», *R.W.*, 1987-1988, pp.!105-117; O. LOY, «!A propos de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans le secteur des assurances!», *R.G.A.T.*, 1987, pp.!371-383; M. WOLFCARIUS et J.L. FAGNART, «!La libre prestation de services dans le secteur des assurances!», *R.G.A.R.*, 1988, n°!11386.

95 Sur l'effet direct des articles!59 et 60, voy. *supra*, note!62.

96 Sur la nature des restrictions visées par les articles!59 et 60, voy. *supra*, n° 30 à 34 et réf. citées.

jurisprudence!⁹⁷, par des raisons impérieuses liées à l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi. En outre, lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection des intérêts qui constitue l'objectif de celles-ci (attendus n°18 et 19).

29. Dès lors, il restait à la Cour à vérifier le respect de ces différentes conditions.

1°) Concernant l'existence d'un intérêt justifiant certaines restrictions à la libre prestation des services en matière d'assurances, la Cour constate que le secteur de l'assurance constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré et souscrit pour cette raison à l'existence d'un intérêt général digne de protection (attendus n°30 à 33)!⁹⁸. Il faut *a contrario* écarter du concept d'intérêt général d'autres objectifs qui ne sont pas compatibles avec les exigences d'un véritable marché unique, comme la protection de l'industrie nationale de l'assurance, le financement d'un secteur ou d'une activité économique déterminée ou le financement des dépenses publiques.

2°) Elle se demande ensuite si cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles de l'Etat d'établissement au bénéfice des règles harmonisées contenues dans les directives d'établissement de 1973 et 1979. A cet égard, elle observe que si ces directives comportent des dispositions très détaillées en ce qui concerne la situation financière de l'entreprise, il n'en est pas de même en ce qui concerne les règles concernant les réserves ou provisions techniques ni celles relatives aux conditions d'assurance. Par conséquent, si un nouveau contrôle de solvabilité ne peut plus être exercé dans l'Etat de la prestation au risque de faire double emploi, on ne peut en revanche empêcher cet Etat d'exiger et de contrôler le respect de ses propres règles relatives aux réserves techniques et aux conditions d'assurance par rapport aux prestations fournies sur son territoire. Encore faut-il que ces exigences n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des preneurs d'assurance et des assurés (attendus n°34 à 41)!⁹⁹.

⁹⁷ Voy. *supra*, n° 32 et 33 et réf. citées.

⁹⁸ Ce motif est apparemment repris des travaux préparatoires de la loi de contrôle allemande de 1901. *Motive zum Versicherungsaufsichtsgesetz*, Nachdruck, Berlin, 1963, p.164. Voy. U. HUBNER, «La protection du consommateur dans l'Europe de l'assurance!», in *L'Europe de l'assurance, les directives de la troisième génération*, Bruxelles, Maklu/Academia/Bruylant, 1993, p.1111.

⁹⁹ En matière de coassurance, la Cour a en revanche admis que la directive 78/473/CEE (précitée note 47) constituait un instrument permettant à l'Etat membre d'établissement de sauvegarder l'intérêt général y compris à l'égard des prestations de services fournies dans d'autres Etats membres.

3°) Sous cet angle, la Cour estime que l'Etat où est effectué la prestation ne peut aller jusqu'à exiger l'établissement du prestataire. La condition d'établissement, qui est la négation même de la liberté de prestation de services, ne constitue pas une condition indispensable pour atteindre l'objectif de protection recherché (attendus n°152 à 57)!¹⁰⁰. En revanche, selon la Cour, un système d'agrément préalable n'est pas, en l'état actuel du droit communautaire, contraire aux articles 59 et 60 du Traité!: un tel système d'agrément paraît objectivement nécessaire pour assurer de manière efficace un contrôle dans l'Etat de la prestation concernant les réserves techniques et les conditions d'assurance, à condition toutefois qu'il ne fasse pas double emploi avec des conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'Etat d'établissement (attendus n°142 à 48).

La Cour ajoute cependant à cette argumentation une réserve fondamentale!: elle admet que les raisons de protection du preneur d'assurance et de l'assuré n'ont pas la même importance pour tout le secteur de l'assurance et qu'il peut exister des cas où, en raison du caractère du risque assuré et du preneur d'assurance, il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national (attendu n°149)!¹⁰¹. Compte tenu des éléments de droit ou de fait dont elle dispose, la Cour ne se reconnaît toutefois pas en mesure d'introduire une telle distinction générale, ni d'en fixer les limites (attendu n°150).

Les directives dites de «!deuxième génération!» s'appliqueront à mettre en œuvre cette distinction non autrement définie, afin de relancer le processus de libéralisation entamé dans les années septante. Ces directives ne réalisent toutefois pas l'harmonisation complémentaire des dispositions nationales considérées par la Cour de Justice comme essentielles. Elles se bornent à définir les modalités d'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services, compte tenu de l'état de l'harmonisation et du degré de protection requis par la qualité du preneur ou la nature du risque assuré. A ce titre, elles ne constituent qu'une étape intermédiaire dans le processus de décloisonnement des marchés. Le régime juridique qu'elles mettent en place étant largement dépassé depuis l'entrée en vigueur des directives de la troisième génération, nous n'en ferons ici qu'un bref commentaire.

¹⁰⁰ Déjà en ce sens *CJCE*, 26 novembre 1975, *Coenen*, aff. 39/75, *Rec.*, 1975, p.11547; *CJCE*, 10 février 1982, *Transporoute*, aff. 76/81, *Rec.*, 1982, p.1417.

¹⁰¹ Le gouvernement britannique n'avait pas manqué de souligner en effet que la libre circulation des services était essentielle pour les assurances «!commerciales!» et que, pour ces dernières, les raisons de protection du preneur ne trouvaient pas à s'appliquer.

30. *Grands risques et risques de masse en assurance non-vie et en assurance automobile.* Adoptée dans le prolongement des arrêts du 4 décembre 1986, la directive sur la libre prestation de services en assurance non-vie du 22 juin 1988 (ci-après LPS non-vie)¹⁰² et en assurance automobile du 8 novembre 1990 (ci-après LPS auto)¹⁰³, entrées respectivement en vigueur le 1er juillet 1990¹⁰⁴ et le 20 novembre 1992, sont marquées par une distinction fondamentale entre les grands risques qui ne nécessitent pas une protection particulière du preneur dans le pays de la prestation et les risques de masse qui requièrent cette protection!¹⁰⁵¹⁰⁶.

¹⁰² Deuxième directive 88/357/CEE du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant des dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (JOCE, n°L 172, du 4 juillet 1988, p.1): cette directive comporte également des dispositions complémentaires à la première directive du 24 juillet 1973 visant principalement à préciser les pouvoirs et moyens de contrôle des autorités de surveillance de l'Etat d'établissement (directive précitée, note 53).

¹⁰³ Directive 90/618/CEE du 8 novembre 1990 modifiant en ce qui concerne plus particulièrement l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE qui portent coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (JOCE, n°L330 du 29 novembre 1990, p.144). La directive du 8 novembre 1990 a pour objet principal d'intégrer l'assurance obligatoire de la responsabilité civile automobile, branche exclue provisoirement de la liberté de prestation de services par l'article 12, §2, de la directive LPS non-vie, dans le cadre défini par cette directive. Sur cette directive, voy. outre les réf. citées *supra*, note 46, Comité européen des assurances, Liberté de prestation de services en assurance R.C. automobile, RGAT, 1982, pp.567-570; H. CLAASSENS, «La libre prestation de services en assurance vie et en assurance R.C. automobile!», RGAT, 1989, pp.269-282; J.L.FAGNART et M. WOLFCARIUS, «La libre prestation des services assurance automobile!», R.G.A.R., 1991, n°11866.

¹⁰⁴ La directive LPS non-vie a été transposée dans tous les Etats membres sauf en Grèce. Elle l'a été en Autriche (loi modifiant la loi de contrôle de 1992, BGBl 769/92), en Belgique (arrêté royal du 22 février 1991 modifiant la loi de contrôle du 9 juillet 1975, arrêté royal du 22 février 1991, modifiant le règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances, M.B. du 11 avril 1991, arrêté royal du 11 janvier 1993, modifiant l'arrêté royal du 22 février 1991, M.B. du 13 février 1993), en Allemagne (amendements à la loi de contrôle du 28 juin 1990, BGBl, I, 1990, p.1249), au Danemark (loi n° 203 et 205 du 16 mai 1990), en Espagne (loi n° 21/90 du 19 décembre 1990 (B.O.E., 20 décembre 1990), en Finlande (loi sur la libre prestation de services, n° 1488 du 23 décembre 1992), en France (loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, J.O., 3 janvier 1990, décret n°90-700 du 8 août 1990, J.O., 9 août 1990), au Royaume-Uni (amendements à la législation sur les compagnies d'assurance de 1990, SI 1990/1333), en Irlande (amendements à la réglementation sur les activités d'assurance de 1991, SI n° 142 de 1991), en Italie (décret législatif n°49 du 15 janvier 1992, G.U., 3 février 1992, n°127), au Luxembourg (loi du 6 décembre 1991, mém., 23 décembre 1991, A/n° 84), aux Pays-Bas (amendements à la WTV de 1990), en Norvège (loi sur les contrats d'assurance n° 69 du 16 juin 1989) et au Portugal (décret-loi 352/91 du 20 septembre 1991). Sources!: COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, Veille européenne, n°135, juillet-août 1994. Des périodes transitoires étaient prévues au bénéfice de l'Espagne, de l'Irlande, du Portugal et de la Grèce pour le passage au régime des grands risques (art.127).

¹⁰⁵ Pour un commentaire détaillé de cette directive, voy. outre les références citées *supra* note 46, C.J. BERR, «Droit européen des assurances!: la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation de services!», R.T.D.Eur., 1988, pp.655-685; J. BIGOT!et G. PARLEANI, «La liberté de prestations de services en assurance de dommages au point de vue juridique!», R.G.A.T., 1989, pp.11-44; R. CARTER, «Towards an internal market for insurance companies!», Cah. Dr. Eur., 1989, p.1552; H. CLAASSENS et H. COUSY, «Het juridisch kader van de interne verzekeringsmarkt!: overzicht en stand van zaken!», R.D.C.B., 1989, p.907; M. FRIGESSI DI RATTALMA, «La libertà di prestazione assicurativa nel diritto comunitario derivato!», Dir. e. prat. ass., 1989, pp.1381-408; J.L. DE BOISSIEU, «La directive "Libre prestation de services dommages"!», Ass. Fr., 1988, pp.493-505; R. SCHMIDT, «!Praktische Auswirkungen der Dienstleistungsfreiheit auf die Versicherung in der EG!», VersW., 1989, pp.128-38; Voy. également les rapports généraux au Colloque organisé par l'Université catholique de Louvain (U.C.L.-K.U.L.) le 8 décembre 1988 sur le droit européen des assurances, en particulier, H. COUSY et H. CLAASSENS, «Le cadre juridique général du marché intérieur de l'assurance!», R.G.A.T., 1989, pp.202-218; E. STEINDORFF, «Les grands risques dans la deuxième directive du 22 juin 1988!», R.G.A.T., 1989, pp.218-231; J.M. RUTSAERT, «Les risques de masse dans la deuxième directive du 22 juin 1988 en assurance non-vie!», R.G.A.T., 1989, pp.1231-242.

¹⁰⁶ Sont considérés comme grands risques!

En ce qui concerne l'assurance automobile, les autorités communautaires ont estimé que les intérêts des tiers victimes qui pouvaient être menacés par des contrats souscrits par l'assuré en libre prestation de services justifiaient quelques dispositions protectrices particulières, sans remettre pour autant en cause la distinction entre grands risques et risques de masse ni les critères utilisés pour les distinguer!¹⁰⁷¹⁰⁸.

Selon ces directives, les grands risques sont soumis en principe au contrôle du pays de l'établissement!¹⁰⁹ de l'entreprise!¹¹⁰ (*home country control*). Les autorités de contrôle du pays de la prestation!¹¹¹, c'est-à-dire celles du pays où le risque est situé!¹¹², ne

-
- les risques maritime, aviation, transport;
 - les risques crédit-caution, lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité commerciale ou libérale et que le risque est relatif à cette activité;
 - les risques incendie, autres dommages aux biens, responsabilité civile générale, pertes pécuniaires diverses, lorsque le preneur dépasse au moins deux des trois critères énoncés!: compter au moins 500 employés ou salariés, réaliser 24 millions d'Ecus de chiffre d'affaires ou disposer de 12,4 millions d'Ecus au bilan. Ces seuils sont réduits de moitié depuis le 1er janvier 1993. Sans attendre cette échéance, certains Etats membres étaient d'ailleurs passés sans transition aux seuils prévus pour la seconde étape.

Tous les autres risques entrent dans la catégorie des risques de masse.

¹⁰⁷ L'opportunité de cette distinction en assurance R.C. automobile avait été contestée par le Parlement européen. Pour lui, l'ensemble du risque responsabilité civile liée à l'usage de véhicules automoteurs devait être considéré comme un risque de masse (*JOCE*, n° C!68 du 19 mars 1990, p.185).

¹⁰⁸ La directive LPS auto prévoit notamment que l'Etat membre destinataire de la prestation, défini comme étant celui de l'immatriculation du véhicule, doit imposer à l'entreprise opérant en LPS de devenir membre de son bureau national et de son fonds national de garantie et de participer financièrement à l'indemnisation des dommages causés sur son territoire par des automobiles non assurés ou non identifiés (art.16, insérant un article!12bis, §!2, dans la directive LPS non-vie).

Elle rend par ailleurs obligatoire la désignation d'un représentant permanent de l'entreprise résidant ou établi sur le territoire de l'Etat de la prestation, chargé de traiter les dossiers de sinistres dans ce pays. Sa tâche principale consiste à réunir des informations et à représenter l'assureur dans les dossiers d'indemnisation des tiers. Le représentant peut aussi être appelé à représenter l'entreprise devant les autorités compétentes de l'Etat de la prestation de services pour ce qui est du contrôle de l'existence et de la validité de la police d'assurance. Il ne peut toutefois exercer des activités qui équivaudraient à l'exercice d'une activité d'assurance pour le compte de l'entreprise qu'il représente (art.16, insérant un article!12bis, §!4, dans la directive LPS non-vie). Sur les difficultés d'interprétation de cet article en ce qui concerne le contrôle de la capacité du gestionnaire, voy. F. LOHEAC, «!Le Marché unique de l'assurance!: opportunités, limites et perspectives!», *Rev. Marché Commun*, 1994, p.1599.

¹⁰⁹ L'établissement est défini par l'article!2, *litt. c*, comme le siège social, l'agence ou la succursale d'une entreprise. L'article!3 assimile à une agence ou à une succursale toute présence permanente d'une entreprise sur le territoire d'un Etat membre, même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour l'entreprise comme le ferait une agence.

¹¹⁰ L'entreprise est définie par l'article 2, *litt. b*!: pour pouvoir bénéficier de la liberté de prestation de services (Titre!III), l'entreprise doit avoir reçu l'agrément administratif conformément à l'article!6 de la première directive établissement. Ceci signifie que les agences ou succursales établies à l'intérieur de la Communauté relevant d'entreprises dont le siège social est hors de la Communauté ne peuvent exercer leurs activités en libre prestation de services.

¹¹¹ L'Etat membre de prestation est celui où le risque est situé lorsqu'il est couvert par un établissement situé dans un autre Etat membre (art.12, *litt.f*).

¹¹² L'Etat membre où le risque est situé est défini par l'article!2, *litt.d*!: il s'agit de

- l'Etat membre où se trouvent les biens, lorsque l'assurance est relative soit à des immeubles, soit à des immeubles et à leur contenu,
- l'Etat membre d'immatriculation, lorsque l'assurance est relative à des véhicules de toute nature,
- l'Etat membre où le preneur a souscrit le contrat, s'il s'agit d'un contrat d'une durée inférieure ou égale à quatre mois relatif à des risques encourus au cours d'un voyage ou de vacances, quelle que soit la branche concernée,

peuvent pas subordonner la prestation de services à un nouvel agrément!: ces autorités sont tenues de reconnaître l'agrément délivré dans le pays où l'assureur est établi. Une simple notification, accompagnée des certificats délivrés par les autorités du pays du siège social ou de l'établissement, est suffisante!: l'entreprise peut commencer ses activités à partir de la date à laquelle les autorités de l'Etat de la prestation sont en possession de ces documents (art.116).

Que les activités relatives à des grands risques soient exercées en établissement ou par voie de prestation de services, les autorités de contrôle du pays d'activités ne peuvent plus exiger l'approbation préalable ni la communication systématique des conditions générales et spéciales des polices d'assurance ni des tarifs. Les Etats membres ne peuvent plus prévoir qu'une communication non systématique *a posteriori* de ces conditions sans que cette exigence puisse constituer pour l'entreprise une condition préalable à l'exercice de ses activités (art.118, §12). Une exception est cependant prévue pour les assurances obligatoires pour lesquelles le régime d'approbation préalable peut être maintenu (art.18, §13, c).

Les risques de masse – qui appellent une protection particulière!– peuvent au contraire, *si l'Etat membre le souhaite*¹¹³, être soumis à un agrément préalable dans le pays de la prestation (*host country control*)!¹¹⁴. Conformément aux arrêts de la Cour, cet agrément ne peut toutefois être subordonné à un établissement dans ce pays (art.115). Le pays où le risque est situé peut, *s'il le souhaite*, soumettre les tarifs et les conditions d'assurance à une approbation préalable ou à un contrôle systématique, à condition toutefois que les règles de l'Etat membre de l'établissement ne suffisent pas pour atteindre le niveau de protection nécessaire et que les exigences de l'Etat membre de la prestation n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet égard (art.118, §11).

Quelle que soit la nature des risques couverts (grands risques ou risques de masse), le contrat est exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales grevant les primes d'assurance dans l'Etat où le risque est situé (art.125)!¹¹⁵.

- l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle ou, si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte, dans les autres cas.

113 Si l'Etat membre de la prestation ne subordonne pas les risques de masse situés sur son territoire (ou certains d'entre eux) à un agrément administratif, la procédure simplifiée de notification prévue pour les grands risques est applicable (art.116, §14).

114 L'agrément administratif était requis par les législations allemande (sauf pour les assurances par correspondance), belge, danoise, espagnole, française, grecque, irlandaise, italienne, luxembourgeoise et portugaise. Seuls le Royaume-Uni et les Pays-Bas n'ont pas exigé cet agrément pour la couverture des risques de masse sur leur territoire (Doc. Comité Européen des Assurances, MC 138 (10/92) Etat des options exercées par les Etats membres mis à jour au 1er octobre 1992).

115 Ce système de territorialité de l'impôt permet de neutraliser les effets de distorsions de concurrence liés à des fiscalités divergentes. Les entreprises couvrant des risques en libre prestation de services sur le territoire d'un Etat membre sont soumises à la même fiscalité indirecte que les entreprises établies. La directive laisse toutefois aux Etats membres le soin d'organiser le contrôle de la correcte perception de la

31. *LPS passive et LPS active en assurance vie.* Bien qu'elle s'inspire de la même logique de libéralisation à deux vitesses propre aux directives dites de «la deuxième génération!» et qu'elle soit, à ce titre, dans un lien de filiation directe avec les arrêts de la Cour du 4 décembre 1986, la directive liberté de prestation de services en assurance vie du 8 novembre 1990 (ci-après LPS vie), entrée en vigueur le 20 novembre 1992!¹¹⁶, repose sur un critère différent de celui utilisé par les directives LPS vie et LPS auto!¹¹⁷.

Il est apparu en effet, qu'en assurance vie, le bénéficiaire était presque toujours une personne physique et que cette personne méritait d'être protégée comme telle, quelle que soit la qualité du preneur!¹¹⁸. Cette argumentation, qui justifie le rejet de la distinction entre grands risques et risques de masse, ne rend toutefois pas compte de façon cohérente

taxe. Dans le procès verbal du Conseil, il est indiqué que ce contrôle peut prendre la forme d'une représentation permanente de l'entreprise dans le pays où le risque est situé ou d'un listing des contrats souscrits en prestation de services.

116 Deuxième directive 90/619/CEE du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE, *JOCE*, n°IL1330 du 29 novembre 1990, p.150.

La directive LPS vie a été transposée dans la plupart des Etats membres sauf en Espagne et en Grèce. Elle l'a été en Autriche (loi modifiant la loi de contrôle de 1992, *BGGI* 769/92), en Belgique (arrêté royal du 8 janvier 1993 modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automobiles, arrêté royal du 11 janvier 1993 modifiant l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.* du 19 février 1993, p.12878), en Allemagne par le biais de la transposition des directives de la troisième génération (loi du 21 juillet 1994), au Danemark (loi n° 272 du 6 mai 1993 et loi du 26 août 1994), en Finlande (amendements à la loi sur les compagnies d'assurance n°1742 du 9 août 1993, à la loi sur les opérations des compagnies d'assurance n° 484 du 11 juin 1993, à la loi sur la libre prestation de services n° 1488 du 23 décembre 1992 et à la loi applicable à certains contrats d'assurance à caractère international n° 483 du 8 janvier 1993), en France (loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, *J.O.* du 17 juillet 1992, p.19576, décret n°193-469 et n° 93-470 du 23 mars 1993, *J.O.* du 26 mars 1993), au Royaume-Uni (amendements à la législation sur les compagnies d'assurance de 1992), en Irlande par le biais de la transposition des directives de la troisième génération, en Italie (décret législatif n°115 du 23 décembre 1992, *G.U.*, 31 décembre 1992, n°1306), au Luxembourg (loi du 18 décembre 1993, *Mém.*, 28 décembre 1993, A/n° 102, p. 2149), aux Pays-Bas (amendements à la WTV, *Stbl.*, 1992/491), en Norvège et au Portugal (Décret-loi 102/94 du 20 avril 1994). Sources! COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, *Veille européenne*, n°135, juillet-août 1994.

L'Allemagne n'a pas cru nécessaire de transposer la directive LPS vie dans les délais impartis parce qu'elle estimait que le régime de la LPS passive y était déjà d'application, lorsqu'aucun intermédiaire n'intervenait dans la souscription du contrat (assurances par correspondance). L'Irlande, quant à elle, a attendu l'issue d'un recours sur la constitutionnalité de la transposition des directives par voie de règlements d'exécution.

117 Pour un commentaire détaillé de la directive LPS vie, voy. outre les références citées *supra* note 46, B. DUBUISSON, «!Régulation ou dérégulation de l'assurance-vie en Europe! opportunités d'innovation!?!», *Bull. Ass.*, 1990, pp.126-57; M. KUHN, «!Dienstleistungsfreiheit in der Lebensversicherung!», *R.S.A.*, 1989, pp.113-121; ; G. LEVIE, «!Quelle liberté de prestation de services pour l'assurance vie!?!», Rapport au Colloque Eurosaf du 16 mars 1989 non publié; A. FAVRE-ROCHEX, «!De la libre prestation de services en assurance sur la vie à l'assurance de navigation lacustre!», *Gaz. Pal.*, 22-23 janvier 1993, Doct., pp.113-17; G. KLEIN, «!Où en est l'Europe de l'assurance-vie!?!», *Gaz. Pal.*, 6-7 août 1993, doct., pp.123-26; Voy. également les Actes du Colloque organisé par l'Université Catholique de Louvain (UCL-KUL) les 16 et 17 février 1990 sur la liberté de prestation de services en assurance-vie, *Ann. Dr. Louv.*, 1990, 231 pp., spécialement G. LEVIE, «!La proposition de 2ème directive "assurance vie"!», pp.17-37; H. CLAASSENS et H. COUSY, «!Quelques aspects nationaux dans la perspective de la libre prestation des services en assurance vie!», pp.147-67; G.E. FITCHEW, «!The Achievement of the Community's insurance market!», pp.139-46.

118 On peut s'étonner que le même argument n'ait pas été retenu dans d'autres domaines comme celui des assurances de la responsabilité civile.

34.

du critère finalement retenu. La directive LPS vie retient en effet une distinction, fondée non plus sur des critères objectifs, qualitatifs ou quantitatifs, tenant à la nature du risque ou à la qualité du preneur ou du bénéficiaire, mais sur les modalités de souscription du contrat suivant que celui-ci a été conclu à l'initiative du preneur (LPS passive) ou de l'assureur (LPS active).

Le preneur qui prend l'initiative de s'adresser à un assureur établi dans un autre Etat est censé manifester ainsi la volonté de se soustraire à la réglementation de son pays de résidence et renoncer à la protection que celle-ci lui accorde. Le contrat conclu selon ce procédé peut par conséquent échapper à la réglementation de contrôle du pays de la prestation!¹¹⁹, pour être soumis, comme les grands risques en assurance non-vie, à la réglementation du pays d'établissement de l'assureur (*home country control*)!¹²⁰. Pour éviter toute surprise, avant la souscription de l'assurance, le preneur est tenu de signer une déclaration formelle selon laquelle il prend acte que l'engagement est soumis aux règles de contrôle de l'Etat d'établissement de l'assureur (art.13, §2, le texte de la déclaration figure au point B de l'annexe). La libre prestation de services est dite «!passive!» car la compagnie d'assurance n'a en principe procédé à aucune démarche commerciale personnalisée pour susciter la souscription. La souscription de l'engagement doit avoir lieu sans contact préalable pris par l'entreprise d'assurance ni au moyen d'un intermédiaire d'assurance ou d'une personne mandatée par elle ni au moyen d'une promotion commerciale qui lui aurait été adressée personnellement (art.13). Seule une politique d'information générale peut être mise en œuvre (par voie de publicité dans la presse écrite ou audiovisuelle, de campagne d'affichage ou de participation à des salons!...).

En revanche, lorsque l'assureur établi à l'étranger a fait des démarches de nature commerciale (promotion commerciale adressée personnellement au particulier, intervention d'un intermédiaire d'assurance ou d'une personne mandatée par l'entreprise d'assurance!...) pour inciter le preneur à conclure le contrat, on ne peut évidemment déduire des conditions de la souscription une renonciation tacite du preneur à la protection que lui accorde la loi de son pays de résidence habituelle. Les contrats souscrits à l'intervention de l'entreprise

¹¹⁹ Selon l'article!2, *litt.!g*, l'Etat membre de prestation de services est l'Etat membre de l'engagement lorsque cet engagement est pris par un établissement situé dans un autre Etat membre. L'Etat membre de l'engagement est lui-même défini par l'article!2, *litt.!e*, comme l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle ou si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte. Les notions d'entreprise et d'établissement sont définies de la même façon que dans la directive LPS non-vie. Les agences et succursales d'entreprises relevant de pays tiers n'ont donc pas accès à la libre prestation de services (art.12, *litt.!b* et *c*).

¹²⁰ Certains Etats membres admettaient déjà un tel régime libéral pour ce type de souscription directe faite à l'initiative du preneur. Il s'agissait du Royaume-Uni et des Pays-Bas. C'était aussi le cas en Allemagne pour les contrats conclus par correspondance, mais non pour ceux conclus par l'intermédiaire d'un courtier.

d'assurance seront donc soumis à la réglementation de contrôle du pays de la prestation (*host country control*), comme les risques de masse en assurance non-vie (art.114)!¹²¹.

Afin de se procurer des informations sur des contrats d'assurance offerts par des entreprises établies dans d'autres pays de la Communauté et de souscrire éventuellement un engagement auprès de ces entreprises, le preneur peut s'adresser à un courtier établi dans le pays de sa résidence habituelle, tout en bénéficiant du régime de contrôle assoupli prévu en régime de libre prestation de services passive (article13, §1). La référence au courtier, à l'exclusion d'autres intermédiaires, s'explique dans l'esprit de la directive par son statut d'indépendance, seul à même de préserver l'initiative du preneur!¹²². Afin de prévenir les fraudes, le preneur est toutefois tenu de signer, avant que tout contact soit pris avec l'entreprise d'assurance, une déclaration standardisée attestant qu'il souhaite que le courtier recherche des formules d'assurance dans un ou plusieurs Etats membres, autres que celui où il a sa résidence habituelle (article13, §1; le texte de la déclaration figure au point A de l'annexe)!¹²³.

§ 2. LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE DANS UN REGIME DE LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES SURVEILLEE

A. La définition du champ d'application spatial des lois de contrôle

¹²¹ La distinction entre LPS passive et LPS active n'était guère facile à appliquer en pratique. Elle n'a eu de toute façon qu'une durée d'existence réduite puisque la troisième directive vie qui est entrée en vigueur le 1er juillet 1994 la supprime complètement.

¹²² L'intervention des courtiers non visée explicitement par le texte se déduit d'une référence à l'article12, §1, *litt.a*, de la directive 77/92/CEE (*JOCE*, n°L26 du 31 janvier 1977, p.114) qui définit l'activité professionnelle visée comme «l'activité des personnes qui mettent en rapport des preneurs et des entreprises d'assurance ou de réassurances sans être tenues dans le choix de celles-ci, en vue de la couverture des risques à assurer ou à réassurer, préparent la conclusion des contrats d'assurance et aident éventuellement à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre!».

¹²³ Il subsiste une hésitation quant à savoir si ce délai a été ou non abrogé implicitement par la troisième directive en assurance vie. Certains, dont la Commission, considèrent que les dispositions transitoires prévues par l'article 27 de la directive LPS vie sont devenues sans objet compte tenu de la suppression de la distinction entre LPS passive et LPS active. Voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, *Codification des directives européennes sur l'assurance*, Ed. CEA, 1994. En raison du danger d'évasion qu'elle comportait, la possibilité accordée aux courtiers d'intervenir en LPS passive a entraîné de vives oppositions de la part de certains Etats arguant du caractère parfois théorique de l'indépendance du courtier à l'égard des compagnies d'assurance et de l'absence ou de l'insuffisance de conditions légales d'accès à la profession dans plusieurs Etats membres. Ces oppositions ont été surmontées par l'introduction d'une période transitoire durant laquelle les Etats pouvaient exclure l'intervention du courtier en LPS passive et limiter par conséquent les engagements souscrits selon cette modalité aux cas dans lesquels le preneur avait, lui-même, sans intermédiaire, pris l'initiative de souscrire à l'étranger (art.127, §12). Le report de l'intervention du courtier en LPS passive était autorisé jusqu'au 20 mai 1996. Dans l'intervalle, par une déclaration actée au procès verbal du Conseil CEE, les Etats membres se sont engagés à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la qualification professionnelle et l'indépendance des courtiers. Dans ce but, la Commission CEE a adopté le 18 décembre 1991 une Recommandation sur les intermédiaires d'assurance invitant les Etats membres à soumettre les intermédiaires à certaines exigences professionnelles et à un système d'immatriculation dont les modalités sont définies en annexe (*JOCE*, n°L19 du 28 janvier 1992).

32. *Les arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986!*¹²⁴. Etant donné la nature même du contrôle exercé par la Cour de Justice, il paraît hasardeux de prétendre déduire des arrêts du 4 décembre 1986 des critères clairs et définitifs propres à délimiter le champ d'application spatial des législations de contrôle des Etats membres. Il n'entraîne pas dans la mission de la Cour de procéder à une telle répartition des compétences étatiques. A cet égard, les conséquences ne sont qu'indirectes et se déduisent, comme nous le verrons, du principe d'équivalence et de l'interdiction des doubles emplois.

La Cour était par ailleurs tenue par la configuration spatiale de la situation qui lui était présentée. Elle a ainsi limité son examen aux assurances contre des risques se situant dans l'Etat membre où le preneur d'assurance a sa résidence ou son établissement, Etat qu'elle désigne comme étant celui du destinataire de la prestation, tout en reconnaissant qu'il peut se poser des problèmes particuliers lorsque le risque couvert par le contrat d'assurance est situé sur le territoire d'un Etat autre que celui du preneur d'assurance. Elle a ainsi laissé ouverte la question des compétences qui pourraient être revendiquées par l'Etat où le risque est localisé, lorsque le preneur n'a pas sa résidence ou son établissement dans le même Etat (attendu n°123).

33. Saisie sur la base des articles 59 et 60 du Traité, la Cour de Justice s'est prononcée essentiellement sur la légitimité de l'exigence d'un agrément et d'un établissement dans le pays d'accueil et non sur l'adéquation d'un critère territorial servant à délimiter le champ des lois de contrôle. Il n'en reste pas moins que le principe d'équivalence qui guide le raisonnement de la Cour revient à accorder une préférence implicite à l'Etat où est établi l'entreprise prestataire dans l'exercice des pouvoirs de réglementation et de contrôle!¹²⁵. La conception même de la liberté de prestation de services au sens du Traité conduit à cette conséquence annoncée par les arrêts antérieurs et clairement traduite dans le Livre blanc de la Commission européenne. Dans le cadre du principe de la reconnaissance mutuelle des réglementations et des contrôles, la compétence principale doit être accordée à l'autorité administrative du pays d'établissement de l'assureur, l'autorité du pays de la prestation n'exerçant plus qu'une compétence auxiliaire ou accessoire. En étendant insensiblement son contrôle aux mesures indistinctement

¹²⁴ Précités, note 89.

¹²⁵ On ne peut manquer d'être étonné par certains arguments soulevés par les gouvernements allemand et belge fondés sur la souveraineté nationale. Ceux-ci estimaient qu'il manquait une base juridique dans le Traité, à défaut de coordination, pour qu'un agrément délivré souverainement dans un autre Etat membre puisse produire des effets juridiques en R.F.A. (Rapport d'audience, *Rec.*, 1986, pp.13774 et 3776). L'effet direct des articles 59 et 60 du Traité CEE privait ces arguments de toute pertinence.

applicables dans le pays destinataire de la prestation, la Cour annonce le principe de l'Etat d'origine.

Dans le domaine de la compétence législative, elle a néanmoins expressément affirmé compte tenu du défaut d'harmonisation, que les considérations basées sur la protection des preneurs et des assurés justifiaient que l'Etat membre d'activités ou d'accueil assure *l'application de sa propre législation* en ce qui concerne notamment les conditions d'assurance, dans le respect du principe de proportionnalité (attendu n°141). Les directives du 22 juin 1988 et du 8 novembre 1990 commentées ci-dessus traduisent clairement cet enseignement. Elles se devaient néanmoins d'être plus précises sur la répartition des compétences étatiques et sur les critères spatiaux nécessaires à cette répartition.

34. *Les directives LPS de la deuxième génération.* Il apparaît aux termes des directives de la deuxième génération que les pouvoirs de réglementation et de contrôle administratifs se répartissent entre les Etats membres en fonction du lieu d'établissement de l'entreprise!¹²⁶ et du lieu où se localise le risque s'il s'agit d'assurances non-vie!¹²⁷ ou l'engagement s'il s'agit d'assurances vie!¹²⁸. De ces différents critères territoriaux dépend la délimitation des compétences respectives des autorités administratives de chaque Etat membre dans le contexte de la liberté de prestation de services.

Pour les activités relatives à des grands risques ou à des engagements souscrits en LPS passive, la compétence décisionnelle et réglementaire est concentrée entre les mains des autorités du pays d'établissement de la compagnie d'assurance tant en ce qui concerne les aspects financiers, que techniques et contractuels, moyennant toutefois une coopération étroite avec les autorités du pays destinataire de la prestation.

Pour les activités relatives à des risques de masse ou à des engagements souscrits en LPS active, en revanche, les compétences de contrôle sont réparties entre les autorités du pays d'établissement de l'assureur en ce qui concerne le contrôle financier, et celles du pays du risque ou de l'engagement en ce qui concerne le contrôle des provisions techniques, des conditions contractuelles et des tarifs!¹²⁹. Dans le domaine du contrôle

¹²⁶ La notion d'établissement et d'entreprise est définie par les articles!2, litt.!b et c des directives LPS vie et non-vie. Voy. *supra*, notes 109, 110 et 119.

¹²⁷ Le lieu où se localise le risque est défini par l'article!2, litt.!d de la directive LPS non-vie. Voy. *supra*, note 112.

¹²⁸ Le lieu où se localise l'engagement est défini par l'article!2, litt.!e de la directive LPS vie. Voy. *supra*, note 119.

¹²⁹ Les compétences administratives reconnues à l'autorité de contrôle du pays du risque ne peuvent toutefois être exercées, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, que dans le respect des conditions de nécessité et de proportionnalité.

administratif on ne peut donc véritablement parler d'une attribution exclusive des compétences au profit des autorités du pays du risque. On y verra plutôt une répartition souple, directement liée à l'état de l'harmonisation et à l'objectif d'intégration, entre les autorités de contrôle du pays du risque et du pays d'établissement de l'assureur.

Le lieu du risque ou de l'engagement sert aussi à la délimitation de la compétence fiscale, tant sur le plan de la réglementation applicable que sur celui du contrôle. Toutefois, dans ce domaine, la compétence des autorités fiscales du pays du risque ou de l'engagement est exclusive et non partagée. La distinction entre grands risques et risques de masse ou entre LPS passive et active n'a plus aucune incidence.

35. Les directives communautaires ne distinguent pas la compétence décisionnelle de la compétence réglementaire. Tant dans le régime des grands risques que dans celui des risques de masse, l'attribution de la compétence réglementaire s'aligne sur les mêmes critères que ceux utilisés pour la répartition des pouvoirs de surveillance!¹³⁰. Les directives aboutissent ainsi à une certaine uniformisation des critères territoriaux servant à la délimitation du champ d'application spatial des lois de contrôle, autour du lieu du risque et du lieu d'établissement.

On ne peut manquer de remarquer toutefois que les critères sur lesquels s'appuient les directives ne sont pas ceux dont s'inspirent les articles 59 et 60 du Traité CE. Cette distorsion appelle quelques observations.

36. *Les articles 59 et 60 du Traité.* Une lecture attentive des articles 59 et 60 CE révèle que la configuration spatiale de la libre prestation de services s'appuie sur plusieurs éléments clés, tantôt de nature personnelle, tantôt de nature territoriale. Le prestataire doit tout d'abord être ressortissant d'un Etat membre. Cette condition n'est cependant pas requise du destinataire de la prestation. En outre, le prestataire et le destinataire doivent être établis sur le territoire d'un Etat membre et ceux-ci doivent en principe être distincts. Le sens du contact entre le prestataire et le destinataire n'importe pas.

Selon l'article 12 de la directive LPS non-vie en revanche, les dispositions particulières relatives à la libre prestation de services sont applicables lorsqu'une entreprise couvre à partir d'un établissement situé dans un Etat membre, un risque situé dans un autre Etat membre, ce dernier étant considéré comme l'Etat de la prestation de services au sens

¹³⁰ On verra par la suite que cet amalgame est source de difficultés en matière contractuelle où la compétence administrative et la compétence législative ne répondent pas aux mêmes techniques d'applicabilité.

de la directive. L'article 10 de la directive LPS vie spécifie de la même manière que les dispositions particulières relatives à la liberté de prestation de services sont applicables lorsqu'une entreprise prend à partir d'un établissement situé dans un Etat membre, un engagement dans un autre Etat membre.

Il ressort à première vue d'une analyse comparée que la configuration internationale de la libre prestation de services n'est pas définie selon les mêmes critères dans le Traité et dans les directives. Alors que l'article 59 s'appuie sur les lieux d'établissement ou de résidence du destinataire, les articles 10 et 12 se réfèrent au lieu du risque ou de l'engagement¹³¹.

La discordance n'est qu'apparente lorsque le lieu du risque ou de l'engagement se définissent précisément par le biais de la résidence habituelle ou de l'établissement du preneur s'il s'agit d'une personne morale (directive LPS non-vie, art. 2, *litt. d*, 4ème tiret; directive LPS vie, art. 2, *litt. e*). Une telle coïncidence s'observe en toute hypothèse en assurance vie où la définition de la localisation de l'engagement est univoque et se réfère à la résidence du preneur. La définition donnée par l'article 10 de la directive ne s'écarte donc pas du domaine d'application de l'article 59 CE¹³². La même coïncidence ne se rencontre pas toujours en assurance non-vie. Dans trois cas particuliers, la directive LPS non-vie dissocie en effet le lieu du risque de celui de la résidence habituelle ou de l'établissement du preneur; ainsi en va-t-il des assurances relatives à des immeubles ou à des véhicules et leur contenu (critère du lieu de situation des biens) des assurances relatives à des véhicules de toute nature (critère du lieu d'immatriculation du véhicule) et des assurances d'une durée inférieure ou égale à quatre mois relatives à des risques encourus au cours d'un voyage ou de vacances (critère du lieu de conclusion du contrat).

Comment expliquer cette anomalie? On l'attribue parfois à la difficulté de déterminer en assurances le véritable destinataire de la prestation (preneur d'assurance, assuré ou tiers)¹³³, mais cette explication repose elle-même sur une confusion entre la notion de destinataire et de bénéficiaire de la prestation. Les critères retenus ne paraissent d'ailleurs pas rendre compte de ces difficultés, puisqu'ils sont exclusivement de nature territoriale et ne se réfèrent ni à l'assuré ni au tiers. En réalité, on peut croire que les directives sont restées très influencées par les critères territoriaux utilisés auparavant par les lois nationales de contrôle des Etats membres centrées, on l'a vu, sur la localisation de

¹³¹ En ce sens, W.H. ROTH, «EEC Treaty article fifty nine and its Implications for Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts!», *Duke Jour. CIL*, 1992, pp. 134 et 135. Egalement, «Art. 59 EEC Treaty and its implications for the Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts!», in *International Insurance Contract Law in the E.C.*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, pp. 63-64.

¹³² W.H. ROTH, *Grundlagen...*, *op. cit.*, note 46, pp. 112-113.

¹³³ A. GIANNELLA, *op. cit.*, note 46, p. 123.

l'activité d'assurance. Le caractère alternatif de ces critères traduisait déjà la difficulté de localiser précisément cette activité. L'incertitude rejaillit ici sur la notion de libre prestation de services par la définition du lieu où est censé se situer le risque couvert.

37. D'après l'article 12 de la directive LPS non-vie, les dispositions particulières relatives à la libre prestation de services pourraient régir des situations non visées explicitement par l'article 59 du Traité: celles dans lesquelles le risque est situé dans un Etat membre différent de celui de l'établissement de l'assureur, alors que le prestataire et le destinataire sont établis dans un même Etat membre (assureur établi dans un pays x assurant un immeuble situé dans un pays y, le preneur résidant dans le pays x)¹³⁴. Cette discordance ne porte toutefois pas à conséquence car l'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de prestation de services démontre que le caractère simplement transfrontalier de la prestation suffit à la faire entrer dans le champ de l'article 59. Ce n'est donc que lorsque tous les éléments pertinents de l'activité en cause se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre que les dispositions du Traité relatives à la liberté de prestation de services ne s'appliquent pas¹³⁵.

Cette solution extensive inspirée de l'objectif d'un Marché commun libéré au niveau de l'ensemble des activités économiques intracommunautaires¹³⁶ paraît prendre en compte comme critère relevant de la liberté de prestation de services, le lieu d'exécution de la prestation, indépendamment de la résidence ou de l'établissement du prestataire et du destinataire. Elle pourrait sans doute être étendue par analogie au cas où un assureur établi dans un Etat membre souscrit un contrat d'assurance avec un preneur résidant dans le même Etat membre pour couvrir un risque situé dans un autre Etat membre. Le lieu de situation du risque apparaîtrait dès lors comme celui où la prestation doit être exécutée¹³⁷.

38. Si la définition de l'article 12 peut être jugée compatible avec l'article 59 du Traité, la légitimité du contrôle administratif que l'Etat où se localise le risque prétendrait exercer sur la prestation de services exécutée sur son territoire dans les hypothèses de défaut de concordance entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur pourrait

¹³⁴ A. OTTOW, *op. cit.*, note 46, p. 516; B. DIRICK, *op. cit.*, note 94, p. 404; W.H. ROTH, «!EEC Treaty!...!», *op. cit.*, note 130, p. 139; W.H. ROTH, «!Grundlagen...!», *op. cit.*, note 46, p. 115, W.H. ROTH, «!Art. 59 EEC Treaty!...!», *op. cit.*, note 131, p. 7.

¹³⁵ CJCE, 8 mars 1980, *Debauxe*, précité, note 71, attendu n° 9.

¹³⁶ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Lenz sous les arrêts du 26 février 1991, note 62, *Rec.*, 1991, I, 669, n° 116 et 17.

¹³⁷ Cette observation peut être mise en rapport avec l'attendu n° 29 de l'arrêt Walrave selon lequel «!La règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure où ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté. Arrêt précité, note 73.

néanmoins être mise en doute. Dans ses conclusions relatives aux arrêts concernant les activités des guides touristiques!¹³⁸, l'avocat général Lenz a en effet observé que les intérêts de l'Etat d'accueil sont moins affectés dans le cas où le prestataire et le destinataire du service résident dans le même Etat.

On sait que la Cour dans ses arrêts de 1986 a écarté cette hypothèse de son examen, bien qu'elle ait reconnu que des problèmes particuliers pouvaient se poser à cet égard!¹³⁹. Toutefois, il semble permis de déduire de l'attendu n°141 que cette compétence de réglementation et de contrôle devrait à tout le moins être justifiée par des raisons de protection du preneur ou de l'assuré. Tel est en effet l'objectif reconnu de la réglementation de contrôle des activités d'assurance!¹⁴⁰. Or, le critère du lieu du risque, lorsqu'il se dissocie du lieu de résidence habituelle du preneur, ne semble satisfaire aucun but de protection!¹⁴¹.

On ne peut sans doute pas complètement exclure que l'application des règles et pratiques de contrôle de l'Etat membre du risque puisse se justifier par d'autres raisons d'intérêt général susceptibles d'être reconnues par la Cour, comme l'intérêt des tiers victimes, mais il reste à savoir si le critère du lieu d'immatriculation du véhicule, du lieu de situation de l'immeuble ou du lieu de conclusion du contrat sont appropriés à la poursuite d'un tel objectif de protection.

Comme on l'a observé, le choix du critère du lieu du risque paraît tributaire à la fois des critères territoriaux qui servaient jusque là à la délimitation du champ d'application spatial des lois de contrôle et de considérations purement fiscales. C'est pourquoi les directives LPS de la deuxième génération sont encore fortement imprégnées de l'idée de souveraineté de l'Etat sur l'ensemble des activités se déroulant sur son territoire. Cette idée, qui a également influencé les solutions de conflit de lois, reste déterminante pour la délimitation des compétences fiscales, mais l'est-elle encore pour la délimitation des compétences administratives dans le cadre d'un Marché unique!? Une traduction correcte des enseignements de la Cour aurait sans doute dû conduire à un réajustement des critères spatiaux en fonction des objectifs poursuivis par les législations de contrôle. L'erreur du législateur communautaire est sans doute d'avoir aligné la délimitation des compétences

¹³⁸ Arrêts précités, note 62.

¹³⁹ Elle a ainsi pu éviter la question délicate de la place à accorder à la réglementation en vigueur dans le pays où le risque est localisé, voy. B. DIRICK, *op. cit.*, note 94, p.1408.

¹⁴⁰ On observera en effet que la Cour de justice a apprécié l'intérêt général uniquement sous l'angle de la protection du preneur d'assurance. Le rôle de l'assurance dans la vie économique et financière des Etats membres n'a pas été considéré. La Cour n'était cependant pas invitée à se prononcer à ce sujet. Voy. J. STEENBERGEN, *op. cit.*, note 79, pp.1550 et 557.

¹⁴¹ Si le contrat entend couvrir plusieurs risques classés dans la catégorie des risques de masse, l'assureur pourrait être soumis cumulativement à plusieurs réglementations de contrôle et être ainsi contraint d'obtenir plusieurs agréments dans les différents pays où il entend exercer des activités.

fiscales, administratives ainsi que les solutions de conflits de lois sur le même critère territorial!: celui du lieu du risque!¹⁴².

B. L'obligation de disposer d'un établissement autonome dans le pays d'activités

39. Sur la question de la nécessité de l'exigence d'un établissement dans le pays destinataire de la prestation, les arrêts de la Cour du 4 décembre 1986 ont donné une réponse sans équivoque!: les considérations relatives à la protection du preneur d'assurance et de l'assuré ne rendent pas indispensables une telle exigence, qui ne se justifie que par des raisons de commodités administratives. Les directives de la deuxième génération suivent cet enseignement, puisqu'elles autorisent les Etats membres qui le souhaitent à soumettre à un agrément administratif l'accès aux activités d'assurance directe dans tous les cas où la protection du preneur d'assurance et de l'assuré se justifie à l'exclusion de toute condition d'établissement.

La disparition de la condition d'établissement qui limitait considérablement l'internationalisation du contrat remet ainsi à l'avant-plan les questions de droit international privé en assurance, comme en témoigne l'insertion de règles de conflit de lois dans les directives de la deuxième génération (directive LPS non-vie, art.7; directive LPS vie, art.4). Dans l'espace communautaire, elle empêche également que la nullité du contrat d'assurance puisse être prononcée du seul chef d'un défaut d'établissement de l'assureur. Cette sanction civile ne se conçoit, dans le cadre des deuxièmes directives, qu'à propos des contrats souscrits auprès d'une entreprise d'assurance non établie et non agréée dans le pays, lorsqu'un tel agrément peut être requis. L'on pouvait craindre en effet que certaines entreprises n'utilisent les incertitudes de la distinction entre grands risques et risques de masse et le caractère insuffisamment rigoureux de la distinction entre LPS passive et LPS active pour exercer des activités d'assurance dans un pays où elles ne disposaient d'aucun agrément.

C. Le contrôle matériel des conditions d'assurance

40. *Influence du contrôle matériel sur le droit international privé.* Les développements qui précèdent ont permis de déterminer les critères qui se dégagent des

¹⁴² W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, op. cit., note 4, p.733.

directives de la deuxième génération pour la définition du champ d'application spatial des lois de contrôle.

Bien que le lien ne soit qu'implicite, on a observé que ces directives alignaient systématiquement le traitement de la compétence réglementaire sur celui de la compétence juridictionnelle! les critères territoriaux qui servent à la répartition des pouvoirs entre les autorités administratives sont aussi ceux qui servent à la définition de la compétence législative, en sorte que l'autorité de contrôle à laquelle sont attribués ces pouvoirs les exerce par référence à sa propre législation. Cet alignement est une conséquence apparemment logique de l'unilatéralisme des lois administratives (voy. *supra* n°15). Il cesse cependant d'être un évidence lorsque le contrôle administratif porte sur des règles de droit privé répondant à des techniques d'application différentes. Appliquée au droit privé, ce même alignement imposerait en effet que chaque autorité exerce sa mission de contrôle des conditions d'assurance par rapport à sa propre législation, de sorte que l'applicabilité de la loi contractuelle dépendrait en définitive des critères définissant le champ d'application de la loi de contrôle. Cette tendance a été constatée dans toutes les lois comportant un contrôle matériel des conditions d'assurance. Il reste à examiner si les arrêts de la Cour du 4 décembre 1986 et les directives de la deuxième génération apportent un changement à cette forme critiquable d'attraction exercée par le droit administratif sur le droit international privé.

41. *Les arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986.* A aucun moment, la Cour de de Justice dans l'arrêt allemand du 4 décembre 1986!¹⁴³, n'a véritablement remis en cause le lien de dépendance existant entre le droit administratif et le droit privé. Elle n'avait sans doute pas à le faire dans le cadre du litige qui lui était soumis. Dans le contexte de la compatibilité d'une réglementation administrative avec le droit communautaire, l'application des règles impératives de droit contractuel apparaît, à la lecture de certains attendus, comme une conséquence implicite de l'exercice du contrôle matériel.

Dans l'attendu n°140, la Cour constate ainsi que les deux directives de coordination relatives au droit d'établissement ne comportent aucune harmonisation des conditions d'assurance et laissent à chaque Etat membre «!le soin de veiller *au respect de ses propres règles impératives* par rapport aux activités exercées sur son territoire!» (c'est nous qui soulignons). Elle poursuit en observant que la proposition de deuxième directive relative à l'harmonisation du droit du contrat d'assurance détermine le champ d'application

¹⁴³ Précité, note 89.

de telles règles impératives et exclut leur application à certaines assurances de caractère commercial qui sont définies de manière détaillée!¹⁴⁴.

Dans l'attendu n°141, elle estime en conclusion qu'il y a lieu de reconnaître qu'en l'état actuel du droit communautaire, «!les considérations sur la protection des preneurs d'assurance et des assurés!... justifient que l'Etat membre destinataire assure l'application de sa propre législation en ce qui concerne les réserves ou provisions techniques et *les conditions d'assurance*, dès lors que les exigences de cette législation ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des preneurs d'assurance et des assurés!» (c'est nous qui soulignons).

42. Il apparaît donc que la Cour n'a pas envisagé le problème du droit applicable au contrat de façon autonome. L'application des règles impératives est toujours considérée comme un corollaire du contrôle des conditions d'assurance. Jamais la force d'attraction exercée par le droit administratif n'a été discutée, ni même effleurée. Il est vrai que les questions posées concernaient seulement la légitimité de l'agrément et de l'établissement requis par la législation du pays d'activités, agrément qui comportait l'approbation préalable des conditions d'assurance destinées à être commercialisées sur le territoire.

Si la Cour s'est prononcée indirectement sur l'applicabilité des règles impératives relatives au contrat d'assurance, elle l'a fait au départ de l'analyse d'une réglementation administrative propre à un marché national largement cloisonné, où la dépendance de la loi applicable au contrat par rapport à la loi de contrôle était de règle. C'est pourquoi il nous paraît difficile et hasardeux de dégager de cet arrêt, et notamment des attendus n°140 et 41, des règles de conflits de lois, sauf à souscrire à l'idée de nationalisation des contrats soumis au contrôle matériel défendue par MM.!Picard et Besson (voy. *supra* n°!10). A titre principal, la Cour s'est contentée de subordonner le principe même du contrôle des conditions contractuelles au besoin de protection du preneur et de l'assuré et au respect de la condition de proportionnalité, sans se demander par rapport à quelle loi un tel contrôle devait être effectué.

43. *Les directives LPS de la deuxième génération.* Si la Cour a pu éviter, dans les limites de son examen, les questions du droit applicable au contrat, il ne pouvait en être de même du législateur communautaire appelé à organiser la liberté de prestation de services

¹⁴⁴ Cette référence à la proposition de directive présentée par la Commission le 30 décembre 1975 (*JOCE*, n°!C!32 du 12 février 1976, p.!2), indique clairement que la Cour vise bien par les termes «!règles impératives!», les règles impératives de droit interne dont l'application était prescrite par l'article!5, §!1, à l'exception toutefois des contrats couvrant des risques commerciaux définis à l'article!6.

en assurance. L'adoption indispensable, suite à l'échec des tentatives d'harmonisation du droit matériel!¹⁴⁵, de règle de conflit de lois spécifiques au contrat d'assurance (directive LPS non-vie, art.17; directive LPS vie art.14) annonçait l'affranchissement du droit international privé par rapport à l'exercice du contrôle matériel (directive LPS non-vie, art.18; directive LPS vie, art.19).

Il ne pouvait en être autrement. Qu'auraient signifié des solutions de conflit de lois directement dépendantes des compétences de l'autorité chargée du contrôle des conditions d'assurance pour les pays qui ne connaissaient pas un tel contrôle (Pays-Bas, Royaume-Uni) et qui, pour cette raison, laissaient aux parties la liberté de choix du droit applicable!? Dans le souci d'éviter des tensions entre la loi applicable au contrat et le contrôle des conditions d'assurance, il était néanmoins concevable de s'inspirer des critères spatiaux utilisés par la législation de contrôle pour la solution des conflits de lois!¹⁴⁶. Il semble d'ailleurs que ce souci de cohérence ait orienté les premiers travaux de la Commission sur le droit international privé.

Dans le commentaire de l'avant-projet soumis à la Commission des Communautés européennes par les experts du Comité Européen des Assurances (C.E.A.)!¹⁴⁷ en 1967, on lit en effet, sous la plume du professeur Besson, que «!dans l'élaboration de cette règle de droit international privé, la commission juridique s'est efforcée de prévoir, dans la mesure du possible, des critères valables, afin d'éviter que pour un même contrat d'assurance soient applicables deux législations différentes, à savoir, d'une part, la loi régissant dans un pays déterminé les rapports contractuels d'assurance et, d'autre part, la loi en vigueur dans un autre pays en matière de contrôle de l'exercice de l'assurance!»!¹⁴⁸. De tels propos n'étonneront pas dans le chef d'un ardent défenseur de la thèse de la nationalisation du contrat d'assurance (voy. *supra* n°!10).

La proposition de directive relative à l'exercice effectif de la libre prestation de services en assurance non-vie présentée par la Commission au Conseil le 30 décembre 1975 n'y est pas restée insensible puisqu'elle n'octroyait le libre choix de la loi applicable aux parties que pour les contrats dispensés de toute approbation préalable par l'autorité

¹⁴⁵ Proposition de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le contrat d'assurance, *JOCE*, n°!C!190 du 28 juillet 1979, p.12; voy. également la proposition modifiée de directive présentée au Conseil le 30 décembre 1980, *JOCE*, n°!C!355 du 31 décembre 1980, p.30. L'absence d'harmonisation du droit matériel a aussi contraint le législateur communautaire à formuler ces règles de conflit en tenant compte du besoin de protection de certains preneurs ou assurés (voy. *infra*, n°!815 et ss.).

¹⁴⁶ W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 4, p.1719.

¹⁴⁷ Créé en 1953, le Comité Européen des Assurances est la Fédération des associations professionnelles d'assureurs des pays d'Europe à économie de marché. Il compte actuellement 24 membres dont les Associations des quinze Etats de la Communauté.

¹⁴⁸ A. BESSON, «!Loi applicable aux contrats d'assurance dans le cadre de la liberté de prestation de services!», *R.G.A.T.*, 1967, p.1242.

administrative. A la suppression du contrôle matériel *a priori* correspondait donc le principe du libre choix de la loi applicable!¹⁴⁹.

Les règles de conflit finalement insérées dans les directives adoptées le 22 juin 1988 (LPS non-vie, art. 7) et le 8 novembre 1990 (LPS vie, art. 4) restent profondément marquées par des considérations de droit administratif et par la volonté à peine dissimulée d'aligner les critères de rattachement de la loi applicable au contrat sur ceux utilisés en matière de contrôle. On explique ainsi l'influence déterminante du critère du lieu du risque dans les solutions de conflit de lois, critère qui, jusque là, n'avait pratiquement joué aucun rôle dans la jurisprudence de droit international privé (voy. *infra* n° 159 et ss.). On comprend aussi que le principe du libre choix de la loi applicable ait été, dans un premier temps, seulement reconnu en assurance non-vie lorsque le contrat couvre certains grands risques (risques maritimes, d'aviation, de transport), qui ne peuvent précisément plus être soumis à une approbation préalable dans le pays de la prestation (directive LPS non-vie, art. 18, § 2). En revanche, cette cohérence minimale fait défaut dans la directive LPS vie, puisque les contrats souscrits en LPS passive bien que dispensés de l'approbation préalable dans le pays de la résidence habituelle du preneur, sont néanmoins rattachés à la loi de ce pays.

44. L'orientation donnée aux règles de conflit de lois ne garantit toutefois pas que l'autorité administrative sera toujours en mesure d'exercer le contrôle matériel selon sa propre loi!¹⁵⁰. Si la cohérence de l'action administrative a pu être préservée en ce qui concerne les réserves techniques où l'on constate une identité complète entre les règles nationales applicables aux provisions techniques et l'autorité de contrôle chargée de les appliquer, le même résultat n'a pu être atteint que partiellement en ce qui concerne les conditions d'assurances.

La raison doit en être trouvée dans l'ouverture du choix de la loi applicable. La consécration même limitée du principe d'autonomie des volontés dans le domaine des contrats soumis à un contrôle matériel détruit en effet l'identité entre l'action administrative et la loi applicable au contrat. Pour peu que ce choix s'écarte de la loi du pays du risque, les autorités nationales seront amenées à contrôler la conformité d'un contrat soumis à un droit étranger.

¹⁴⁹ Proposition de directive précitée note 175. Voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 4, p. 1724.

¹⁵⁰ Voy. cependant M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, note 7, pp. 195 et 199, qui estime que lorsque le contrôle des conditions générales est dévolu aux autorités du pays d'établissement, il faut en déduire implicitement la possibilité de soumettre le contrat à la loi de ce pays. De façon à notre avis critiquable, l'auteur utilise la thèse de la nationalisation des contrats pour élargir le choix de la loi applicable, contrairement au prescrit de l'article 7 de la directive LPS non-vie.

Une telle éventualité peut se présenter tant dans le contexte d'un contrôle *a priori* que d'un contrôle *a posteriori*. Dans les deux cas, le principe de l'autonomie des volontés fait naître certains doutes sur l'efficacité même du contrôle des conditions d'assurance, dès lors que les parties pourraient désigner une loi qui ne serait ni celle du pays d'établissement de l'assureur, ni celle du pays du risque ou de l'engagement. Plusieurs auteurs ont observé que les autorités de contrôle sont mal équipées pour juger de la conformité d'un contrat avec un droit qui n'est pas le leur et qu'elles ne seraient donc pas en mesure de garantir l'application correcte de la loi d'un autre Etat membre!¹⁵¹. L'observation est pertinente, tout au moins sur un plan pratique, lorsqu'on considère la complexité croissante du droit du contrat d'assurance dans plusieurs Etats membres.

45. L'objection a été partiellement rencontrée dans les directives de la deuxième génération, par l'organisation d'une procédure de coopération entre les autorités de contrôle du pays d'établissement et du pays de la prestation (directive LPS non-vie, art.19; directive LPS vie, art.20).

On notera que la procédure envisagée n'a cependant pas réglé les problèmes pratiques liés à d'éventuelles divergences d'appréciation entre les autorités de contrôle compétentes de l'Etat d'établissement et de la prestation. Les autorités de l'Etat membre d'établissement allaient-elles aisément accepter de prendre des mesures administratives uniquement sur la base d'informations données par les autorités de l'Etat de la prestation!¹⁵²? De plus, l'instauration d'une procédure de coopération entre les autorités de l'Etat membre de l'établissement et celles de l'Etat membre de la prestation ne résoud pas les difficultés liées au contrôle (a priori ou a posteriori) de la conformité d'un contrat régi par une loi tierce (loi d'un Etat membre ou d'un Etat non-membre). L'examen des règles de conflit auxquels on procédera plus tard ne permet pas d'écarter une telle hypothèse qui, il est vrai, sera peu fréquente dans le domaine des risques de masse.

En réalité, le contrôle matériel ne retrouve toute son efficacité que lorsque la loi contractuelle déclarée applicable correspond à la loi nationale de l'autorité administrative déclarée compétente. Dans le cadre des directives de la deuxième génération, une telle coïncidence est garantie dans la plupart des cas par la prédominance du critère du lieu du risque comme facteur de rattachement du contrat d'assurance.

¹⁵¹ J. BIGOT et G. PARLEANI, *op. cit.*, note 105, p.139; W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, note 4, pp.715-716; E. STEINDORFF, «Insurance and Freedom to provide Services!», *Comm. Mark. L.R.*, 1977, p.1142; J. RIPOLL, *op. cit.*, note 18, p.1178.

¹⁵² Voy. E. STEINDORFF, *op. cit.*, note 151, p.1142.

SECTION 3. LA TROISIEME GENERATION DE DIRECTIVES : LES DIRECTIVES « LICENCE UNIQUE »

§ 1. LE SYSTEME DE LA LICENCE UNIQUE EN ASSURANCES VIE ET NON-VIE

46. *Caractéristiques générales.* Les textes communautaires issus des arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986, on l'a vu, ne réalisent qu'une ouverture partielle du marché européen de l'assurance. D'une part, en ce qui concerne le droit d'établissement, les agences et succursales des entreprises d'assurances communautaires restaient soumises intégralement à la législation de contrôle du pays d'accueil. D'autre part, en ce qui concerne la liberté de prestation de services, seuls les risques qui ne nécessitaient pas une protection particulière dans le pays destinataire de la prestation bénéficiaient du régime de contrôle du pays d'origine. L'extension d'un tel régime aux autres risques dépendait, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour, d'une harmonisation complémentaire¹⁵³. Les directives dites de « troisième génération » en assurances vie¹⁵⁴ et non-vie¹⁵⁵ (ci-après troisième directive non-vie et troisième directive vie) marquent le point d'aboutissement du processus d'intégration¹⁵⁶.

Entrée en vigueur le 1er juillet 1994, les directives de la troisième génération ont été transposées dans la majorité des Etats membres de l'Union européenne. Au 30 avril 1996, les pays suivants avaient adapté leur législation: les Pays-Bas¹⁵⁷, le Royaume-Uni¹⁵⁸, l'Allemagne¹⁵⁹, le Portugal¹⁶⁰, le Danemark¹⁶¹, la France¹⁶², la Belgique¹⁶³,

¹⁵³ Arrêts du 4 décembre 1986 précités, note 69.

¹⁵⁴ 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.11.

¹⁵⁵ 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.11.

¹⁵⁶ La Commission a présenté le 28 juillet 1993 au Conseil une nouvelle proposition de Directive modifiant les directives adoptées dans le domaine des établissements de crédit, des entreprises d'assurances vie et non-vie et des entreprises d'investissement en vue de renforcer la surveillance sur les grands groupes financiers (transparence de la structure du groupe, présence du siège statutaire et de l'administration centrale dans un même Etat membre, échange des informations entre autorités de contrôle). Par ailleurs, en vue de renforcer la surveillance prudentielle des entreprises financières appartenant à un même groupe, la Commission poursuit ses réflexions sur l'organisation générale du contrôle des conglomérats. Elle prépare une directive destinée à contrôler, sur une base consolidée, l'activité des groupes financiers en vue d'empêcher leur sous-capitalisation, le cumul des risques, les risques de contagion à l'intérieur d'un même groupe.

¹⁵⁷ Loi du 9 mars 1994 remplaçant la loi de contrôle de 1993, dernièrement modifiée par la loi du 6 avril 1994 (*Staatsblad*, 1994, 252 et 278), 4 décrets du 25 avril 1994 (*Staatsblad*, 1994, 314 à 317), 3 décrets du 13 juin 1994 (*Staatsblad*, 1994, 448, 449 et 478), 2 arrêtés du Ministère des Finances du 24 mai 1994 et un arrêté du 29 juin 1994 (*Staatsblad*, 1994, 448). L'ensemble de ces réglementations est entré en vigueur le 1er juillet 1994.

¹⁵⁸ The Insurance Companies (Third Insurance Directives) Regulations 1994 (*Statutory Instruments*, 1994/1996); The Insurance Companies Regulations 1994 (*Statutory Instruments*, 1994/1996).

¹⁵⁹ Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften du 21 juillet 1994 (*Bundesgesetzblatt*, 1994, I, pp. 1630 à 1669), entrée en vigueur le 27 juillet.

l'Irlande!¹⁶⁴, le Luxembourg!¹⁶⁵, l'Espagne!¹⁶⁶, la Finlande!¹⁶⁷ et l'Autriche!¹⁶⁸. En Italie, une loi du 22 février 1994!¹⁶⁹ – dite de procuration!– avait donné mandat au gouvernement pour transposer les troisièmes directives dans un délai d'un an en tenant compte des options arrêtées par le législateur. Les décrets-loi n° 174 et 175 du 17 mars 1995 entrés en vigueur le 19 mai contiennent ces mesures d'exécution!¹⁷⁰. En Grèce, il n'existe pour l'instant qu'un projet de transposition. Parmi les pays de l'Espace Economique Européen!¹⁷¹, la Norvège!¹⁷² a déjà adopté – en tout ou en partie!– son dispositif de contrôle. En Islande et en Suède, la transposition est sur le point de s'achever!¹⁷³.

¹⁶⁰ Décret-Loi n° 102/94 du 20 avril 1994 (*Diario da Republica*, n°192 du 20 avril 1994, pp.1860 et ss.), Décret-Loi n°176 du 26 juillet 1995, *Diario da Republica* du 26 juillet 1995; Réglementation n° 1152-D/94 du 27 décembre 1994, *Diario da Republica* du 27 décembre 1994.

¹⁶¹ Loi n°1963 du 29 novembre 1994 sur les activités d'assurance (*Lovtidende* n°1963 du 29 novembre 1994). Loi n°1369 du 14 juin 1995 modifiant la loi n°1963 du 29 novembre 1994 (*Lovtidende*, n° 369 du 14 juin 1995).

¹⁶² Loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 (*J.O.*, 5 janvier 1994), loi n° 94-679 du 4 janvier 1994 (*J.O.*, 10 août 1994); décret n° 94-635 du 25 juillet 1994 (*J.O.*, 25 juillet 1994); arrêté du 8 août 1994 (*J.O.*, 23 août 1994); arrêté du 21 juin 1994 (*J.O.*, 30 juin 1994).

¹⁶³ Loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance modifiée par la loi du 19 juillet 1991 (*M.B.*, 9 août 1991); arrêtés royaux du 12 août 1994 (*M.B.*, 16 septembre et 12 octobre 1994) et un arrêté royal du 22 novembre 1994 (*M.B.*, 21 décembre 1994); arrêté royal du 3 mars 1995 (*M.B.*, 18 mai 1995).

¹⁶⁴ *European Communities Life Insurance*, Framework Regulations du 29 novembre 1994, *Statutory Instruments* 1994/360; *European Communities Non-Life Insurance*, Framework Regulations du 29 novembre 1994, *Statutory Instruments*, 1994/360.

¹⁶⁵ Lois du 8 décembre 1994 (*Mém.* du 24 décembre 1994 et *Mém.* du 28 décembre 1994); Règlement du 14 décembre 1994 (*Mém.*, n° 117 du 24 décembre 1994).

¹⁶⁶ Loi 389/1995 du 17 mars 1995 modifiant la loi sur les entreprises d'assurance (*Suomen Säädoskokoelma* 1995, n°1389); Loi 398/1995 du 17 mars 1995 sur les entreprises d'assurance étrangères (*Suomen Säädoskokoelma* 1995, n°1398); Loi 451/1995 du 24 mars 1995 modifiant la loi sur les associations d'assurance ((*Suomen Säädoskokoelma* 1995, n°1451).

¹⁶⁸ Nouvelle zum Versicherungsaufsichtsgesetz-VAG Nouvelle 1994, (*Bundesgesetzblatt* n°1652/1994); Nouvelle zum Kraftfahrzeughafpflicht Versicherungsgesetz-KHUG Nouvelle 1994 (*Bundesgesetzblatt* n°1651/1994).

¹⁶⁹ *G.U.*, 4 mars 1994.

¹⁷⁰ *G.U.*, 18 mai 1995, n°114, supplément ordinaire; textes publiés dans la revue *Assicurazioni*, 1995, pp.199 et ss.

¹⁷¹ Depuis le 1er juillet 1994, le marché unique de l'assurance est une réalité juridique dans tous les Etats membres de l'Espace Economique Européen, vaste zone de libre échange entre les Etats membres des CE et 5 pays de l'AELE (l'Autriche, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède et le Liechtenstein). Une décision du Comité mixte de l'EEE du 21 mars 1994 (*JOCE* n°L-160 du 28 juin 1994) a en effet rendu l'ensemble de la législation communautaire adoptée jusqu'au 31 décembre 1993, applicable dans l'EEE. Près de 43.000 compagnies d'assurance peuvent désormais exercer leurs activités dans cet espace intégré, le plus grand du monde, au profit de quelque 380 millions de consommateurs. Le régime prévu par les troisièmes directives fait partie de l'acquis communautaire et est donc, lui aussi, applicable dans l'EEE depuis le 1er juillet 1994. La Finlande bénéficiait toutefois d'une dérogation transitoire en ce qui concerne l'assurance non-vie. Depuis, l'Autriche, la Finlande et la Suède sont devenus membres de l'Union européenne.

¹⁷² Ot. prp. n° 70 et 71q (1993-1994) du 16 juin 1994. Le 7 juillet 1994, le Ministère des Finances a publié une série de réglementations relatives à l'exercice d'activités en L.P.S. sur le territoire norvégien; d'autres réglementations doivent encore être adoptées pour intégrer complètement les troisièmes directives.

¹⁷³ Les retards constatés en matière de transposition ont conduit la Commission européenne à s'interroger sur un éventuel effet direct de ces directives au 1er juillet 1994. Le document rédigé à cette occasion distingue selon que l'Etat en défaut est celui du pays d'activités ou du pays d'origine. Si l'Etat membre d'origine (pays du siège social de l'entreprise d'assurance) a transposé les directives, l'assureur qui a son siège social dans ce pays pourrait, de l'avis de la Commission, bénéficier directement des avantages de la licence unique sur tous les autres marchés, y compris ceux qui n'ont pas intégré ces directives (en ce sens également, M. FRIGESSI DI RATTALMA, «Freedom to provide crossborder insurance services!», *Int. Ins. L.R.*, 1994, 4, p. 162). Aucun agrément n'étant plus nécessaire dans le pays d'activités, seule la réserve de l'intérêt général permettrait à l'Etat d'accueil de s'opposer aux activités envisagées. A l'inverse, tant que l'Etat membre d'origine n'a pas effectué la transposition, l'assureur ne pourrait pas se prévaloir de l'agrément obtenu dans son propre pays pour exercer des activités sur d'autres marchés, même si les

La conception et la structure des directives de la troisième génération découlent clairement des trois principes fondamentaux énoncés par le Livre blanc, à savoir la coordination des règles essentielles de contrôle, la reconnaissance mutuelle, sur la base de cette harmonisation, des agréments des entreprises d'assurance et des systèmes de contrôle des différents Etats membres, et l'octroi d'un agrément administratif unique valable dans toute la Communauté permettant la surveillance de l'ensemble des activités de l'entreprise par les autorités de l'Etat d'origine, c'est-à-dire du siège social de l'entreprise d'assurance. Sous le couvert de cet agrément délivré par les autorités du pays du siège social, les entreprises d'assurance communautaires ou faisant partie de l'Espace Economique Européen (EEE) peuvent commercialiser l'ensemble de leurs produits d'assurance dans tous les Etats membres de cet espace économique intégré en étant soumises, pour l'essentiel, à la réglementation administrative et technique et au contrôle du pays d'origine!¹⁷⁴.

Sur le plan de la technique législative, elles procèdent par voie d'amendements ou d'ajouts aux directives précédemment adoptées!¹⁷⁵. En bref, les modifications essentielles découlent en régime d'établissement, de l'attribution du contrôle des activités des agences ou succursales aux autorités de contrôle de l'Etat membre du siège social et en régime de prestation de services, de la suppression quasi complète de la dualité des règles applicables aux grands risques et aux risques de masse en assurance non-vie ainsi qu'aux engagements pris en LPS passive et en LPS active en assurance vie!¹⁷⁶.

Pour se conformer aux observations de la Cour de Justice, ces directives procèdent à une harmonisation minimale des règles applicables aux provisions techniques. La troisième directive non-vie s'appuie à cet effet sur les dispositions prévues par la directive adoptée le 19 décembre 1991 relative aux comptes annuels et consolidés des

législations de ces pays sont en conformité avec les directives. La situation juridique serait alors celle qui prévaut aux termes des directives de première et de deuxième générations, et la succursale pourrait donc être soumise à agrément dans le pays d'activités.

Même dans le premier cas, on peut toutefois se demander si les dispositions des directives sont suffisamment claires et précises pour faire naître directement des droits dans le chef des entreprises d'assurance à l'égard des autorités administratives de contrôle, alors que les mécanismes de coopération entre le pays d'accueil et le pays d'activités ne peuvent par hypothèse pas fonctionner. Si l'on ne peut se passer de cette coopération entre les autorités administratives n'est-ce pas le signe que les directives ne sont pas suffisamment claires et précises et inconditionnelles pour faire naître des droits directs!?

¹⁷⁴ L'Etat membre d'origine est défini comme l'Etat membre dans lequel est situé le siège social de l'entreprise d'assurance qui couvre le risque ou qui prend l'engagement (troisième directive non-vie, art.1, *litt.1c*; troisième directive vie, art.1, *litt.1d*).

¹⁷⁵ Voy. pour une consolidation de ces textes, voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, Codification des directives européennes sur l'Assurance, Ed. CEA, 1994. La Commission prépare une codification officielle de l'ensemble des textes.

¹⁷⁶ Ces distinctions subsistent néanmoins dans quelques domaines particuliers: ainsi en va-t-il en assurance non-vie, des règles de conflit de lois (troisième directive non-vie, art.127) et des règles concernant l'information du consommateur (troisième directive non-vie, art.143). En assurance vie, par contre, la distinction entre LPS passive et LPS active disparaît complètement (troisième directive vie, art.137).

entreprises d'assurance!¹⁷⁷. Comme cette directive fixe en revanche peu de règles pour la détermination des provisions techniques en assurance vie, la troisième directive vie procède à une harmonisation limitée des règles de calcul sur le fondement de principes actuariels généraux, à l'exclusion de toute harmonisation des méthodes et des bases de calcul. Celles-ci doivent cependant faire l'objet d'une publication (art.18 à 20). Les directives relatives à l'assurance vie et à l'assurance non-vie coordonnent aussi les règles relatives à l'admission, à la diversification, à l'évaluation et à la congruence des actifs représentatifs des provisions techniques. Chaque Etat membre conserve toutefois la faculté d'interdire aux entreprises dont le siège social est situé sur son territoire et qu'il a agréées, l'utilisation de certaines catégories d'actifs. Il lui appartient aussi d'établir, s'il échet, des règles plus détaillées fixant les conditions d'utilisation des actifs admissibles (troisièmes directives vie et non-vie, art.21 et 22)!¹⁷⁸.

47. Abandonnant l'idée d'une spécialisation stricte des activités d'assurance dans la ligne du principe interventionniste de l'économie solidaire, les troisièmes directives témoignent d'une conception nouvelle de la surveillance inspirée très clairement d'un modèle d'économie de marché, plus proche à ce titre du modèle anglo-saxon que du modèle continental!¹⁷⁹. Le cadre réglementaire proposé, qui ne diverge plus fondamentalement de celui qui est imposé aux autres secteurs de l'économie (notamment les services bancaires), favorise la déspecialisation et entraîne une dérégulation profonde des activités d'assurance, de même qu'un transfert de la responsabilité de l'Etat, collectivité publique, vers les entreprises privées!¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Directive 91/674/CEE du 19 décembre 1991 concernant les comptes annuels et consolidés des entreprises d'assurance, *JOCE*, n°L374 du 31 décembre 1991, p.17.

¹⁷⁸ Ces dispositions entraînent déjà en elles-mêmes une dérégulation considérable. On a pu affirmer qu'une telle libéralisation témoigne d'un abandon d'une conception de l'assurance fondée uniquement sur la sécurité des engagements. Voy. H. SCHULTE-NOELLE, «Le Marché unique européen et l'assurance vie allemande!», *Risques*, 1991/7, p.155. Pour un commentaire de ces dispositions et une analyse comparée des législations de transposition, voy. l'excellent article de J.M. BINON, *op. cit.*, note!46, p.180, n° 22.

¹⁷⁹ M. ALBERT, «L'avenir de l'assurance: modèle alpin ou modèle maritime!», *Risques*, 1991; H. COUSY et H. CLAASSENS, «Ex post Control of Insurance in Belgium!», *Geneva Papers on risk and Insurance*, janvier 1994, p. 50; H. COUSY, «Le Marché intérieur de l'assurance en Europe!», «Aspects structurels et juridiques!», *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1994/3, p. 309.

¹⁸⁰ Pour un commentaire de ces directives, voy. M. ALBERT, «L'avenir de l'assurance!: modèle alpin ou modèle maritime!», *Risques*, 1991/5, pp.181-193; L. BRITTAN, «Financial Solvency and Liberalisation of the Insurance Industry before the 21st Century!», *VW.*, 1992, pp.1671-675; L. BRITTAN, «Troisième directive vie!: agrément unique programme des euro-retraites!», *Risques*, 1991/7, pp.141-49; H. DRABBE, «L'Europe de l'Assurance serait-elle trop libérale!», Centre des Hautes Etudes d'Assurances (CHEA), Paris, 24 juin 1992, 12!pp.; du même auteur, «The Internal Market for Insurance: a Reality!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, avril 1994, pp. 134-143; J.M. DELPORTE, «La coopération des contrôles!», in *Les assurances de l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp.1607-634; B. DUBUISSON, «Le consommateur européen face au marché unique de l'assurance!: mythes et réalités!», *D.C.C.R.*, 1992, p.1080-1119; H. SCHULTE-NOËLLE, «Le Marché unique européen et l'assurance vie allemande!», *Risques*, 1991/7, pp.151-64; G. LEVIE, «La liberté de prestation de services en assurance dans la CEE aujourd'hui et demain!», *R.S.A.*, 1990, pp.1261-278; Voy. également les Actes du colloque organisé par l'Université Catholique de Louvain (UCL-KUL) sur «L'Europe de l'assurance!: les directives de la troisième génération!», *Maklu/Academia/Bruylant*, 1992 (spéc. H. CLAASSENS et H. COUSY, «Le cadre général des directives de la troisième génération!», pp.145-70; G.E. FITCHEW, «Objectives and perspectives for insurance legislation!», pp.173-83; J.J. MARETTE, «Contrôle de l'assurance et marché

La volonté clairement affirmée des autorités communautaires est en effet de libérer les marchés de l'assurance de l'intervention de l'Etat en suscitant une offre optimale sur le plan des prix et des prestations. Le droit au choix le plus large possible entre des produits d'assurance novateurs au meilleur prix est perçu comme la meilleure garantie de protection du consommateur. Aux termes des directives de la troisième génération, l'adaptation des mécanismes de contrôle aux exigences d'un véritable marché intérieur a pour effet d'accroître la liberté des entreprises dans leur politique commerciale (tarifs et conditions contractuelles), mais entraîne corrélativement un renforcement de la surveillance financière (solvabilité).

48. *Le contrôle de la solvabilité.* La surveillance financière comprend la vérification pour l'ensemble des activités de la compagnie d'assurance – y compris celles qui sont exercées par le biais de succursales et en prestation de services!– de son état de solvabilité, de la constitution des provisions techniques et du placement des actifs représentatifs conformément aux règles ou aux pratiques établies dans l'Etat membre d'origine.

La vérification de la solvabilité repose principalement sur la marge de solvabilité dont le principe et les méthodes de calcul ont été fixés par les directives relatives à l'établissement en assurance vie et non-vie. Les troisièmes directives y apportent quelques modifications destinées à tenir compte de l'évolution des instruments financiers (troisième directive non-vie, art.124; troisième directive vie, art.125).

unique!», pp.185-96; H. DRABBE, «!De bepalingen inzake tarieven, technische provisies, dekkingswaarden en de fiscaliteit met betrekking tot de levensverzekering!», pp.153-163; A.D. WILKIE, «!The actuarial principles on the third life directive!», pp.165-169; E. COPPOLA DI CANZANO, «!Some Strategic Issues in the Insurance Industry Today!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, avril 1994, pp. 127-134; H; COUSY, «!Le Marché intérieur de l'assurance en Europe, aspects structurels et juridiques!», *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1994/3, pp.1297-318; B. BAILLOT, «!La dernière étape du Marché unique de l'assurance vie!», *Gaz. Pal.*, 6 mai 1993, Rec. bim., Doct., pp. 550-554; J.L. BELLANDO, «!Bienvenue à la réforme de 1993!... en attendant 1994 et l'Europe!», *R.G.A.T.*, 1994/1, pp.113-33; J.M. BINON, «!Au lendemain du 1er juillet 1994: la réalité des marchés à l'épreuve de la nouvelle conception européenne de l'assurance!», *Bull. Ass.*, 1995, pp.163-93; M. DASSESSE, «!The Third Non-life Insurance Directive: An Overview!», *Int. Ins. L.R.*, 1993, p.194; M. DASSESSE, «!The Third Life Assurance Directive: an Overview!», *Int. Ins. L.R.*, 1994, pp.128-32; R. VAN GOMPEL, «!Considérations générales sur le contrôle des entreprises d'assurances dans le cadre de l'évolution de la réglementation européenne!», *Bull. Ass.*, 1994, pp.1326-340; F. LOHEAC, «!Le Marché unique de l'assurance: opportunités, limites et perspectives!», *Rev. Marché Commun*, 1994, pp.1592-599; F. LOHEAC, «!Le démarrage du Marché unique des assurances ou de la coupe aux lèvres!...!», *Risques*, avril-juin 1995, pp.143-49; M. DE MARTINO, «!Décalogue à l'adresse des autorités de contrôle et du marché de l'assurance en général!», *Ass. Fr.*, 1994, pp.1223-232; E. JANNOTT, «!Effects of the Deregulation of Supervision on the Selling of Insurance!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, Janvier 1995, pp.17-15; J. FINSINGER et F.A. SCHMIDT, «!Prices, Distribution Channels and Regulatory Intervention in European Insurance Markets!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, janvier 1994, pp.122-36; C.J. BERR, «!Droit européen de l'assurance!», *R.T.D.Eur.*, 1995, pp.1561-576; J.L. BELLANDO, «!La solvabilité des entreprises d'assurance dans le Marché unique européen!», *Les cahiers MTF/Haute-Finance*, mars 1995, n° 11.

Davantage axé sur la solvabilité de l'entreprise que sur les produits, la surveillance financière s'accompagne d'un contrôle portant sur l'honorabilité et la qualification professionnelle des dirigeants responsables, ainsi que sur l'identité et la qualité de l'actionnariat, afin de garantir une gestion saine et prudente (troisième directive non-vie, art.18 et 15; troisième directive vie, art.17 et 14).

49. *Le contrôle des tarifs.* Comme le dit clairement l'exposé des motifs!: «!une fois réalisée la coordination des éléments essentiels du calcul des provisions techniques et des règles de placement, l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine devient garante de la solvabilité globale de l'entreprise. C'est à elle qu'il appartient de surveiller que la politique financière de l'entreprise ne mette pas en péril cette solvabilité. La mission principale de l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine est de vérifier que la compagnie d'assurance a constitué des provisions techniques suffisantes pour faire face à l'ensemble de ses engagements, placé les actifs représentatifs de ces provisions conformément aux règles en vigueur et alimenté correctement sa marge de solvabilité. Au-delà de ce socle prudentiel, qui garantit la sécurité des produits offerts, l'intérêt du consommateur est de profiter de la concurrence la plus large sur les primes!»¹⁸¹.

Ainsi, aux termes des troisièmes directives vie et non-vie, les Etats membres ne peuvent prévoir de dispositions exigeant l'approbation préalable ou la communication systématique des tarifs même sous la forme d'un contrôle *a posteriori*. En assurance non-vie, les Etats membres ne peuvent maintenir ou introduire la notification préalable ou l'approbation des majorations de tarifs qu'en tant qu'élément d'un système général de contrôle des prix (troisième directive non-vie, art.16, 29 et 39, troisième directive vie, art.15, 29 et 39).

Compte tenu des spécificités des produits d'assurance vie, la troisième directive vie atténue à divers égards le principe de la liberté des tarifs. L'Etat membre d'origine, et lui seul, *peut* fixer un taux d'intérêt technique maximal soit sur une base prospective (par référence au rendement anticipé des actifs de l'entreprise), soit sur une base rétrospective (par référence au rendement des emprunts d'Etat), taux qui devra être respecté par toutes les entreprises qui dépendent de son contrôle pour le calcul des bases des provisions techniques. Le même Etat membre peut en outre exiger de ces entreprises la notification préalable et systématique des bases techniques utilisées pour le calcul des tarifs et des provisions techniques (taux d'intérêt technique, tables de mortalité). Ces exigences ne

¹⁸¹ Ces propos sont repris de l'exposé des motifs (non publié au JOCE) des propositions de troisièmes directives vie et non-vie.

peuvent cependant en aucun cas constituer un préalable à l'exercice des activités (troisième directive vie, art. 5 et 29).

50. *Le contrôle des conditions contractuelles.* Quel que soit le mode d'exercice des activités d'assurance, les directives de la troisième génération suppriment également le régime d'approbation préalable et de communication systématique des conditions contractuelles même sous la forme d'un simple dépôt des documents contractuels. Ce type de contrôle est jugé incompatible avec la logique du Marché unique dans la mesure où il s'apparente à un label de qualité délivré par l'administration nationale à un produit d'assurance. Dans le but de vérifier le respect de ses dispositions nationales relatives au contrat d'assurance, l'Etat membre peut uniquement exiger de toute entreprise souhaitant effectuer des opérations d'assurance sur son territoire, en régime d'établissement (siège social, agence ou succursale) ou en régime de libre prestation de services, la communication non systématique des conditions qu'elle se propose d'utiliser!¹⁸². Cette exigence ne peut en aucun cas constituer un préalable à l'exercice de l'activité (troisième directive non-vie, art.16, 29 et 39; troisième directive vie, art.15, 29 et 39)!¹⁸³.

Des exceptions sont cependant prévues au profit des assurances obligatoires et des assurances maladie souscrites en substitution à un régime légal de sécurité sociale, où une communication préalable et systématique des conditions reste autorisée. Cette exception se justifie par la nature et les conséquences sociales de ces contrats qui appellent une protection particulière (troisième directive non-vie, art.130 et 54)!¹⁸⁴.

§ 2. LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE DANS UN REGIME DE LICENCE UNIQUE

A. La définition du champ d'application spatial des lois de contrôle

¹⁸² Sur les mérites respectifs du contrôle *ex ante* et du contrôle *a posteriori*, P.O. BJUGGREN, D. MAGNUSSON, C.M. ROOS, «Should a Regulatory Body Control Insurance Policies Ex Ante or Is Ex Post Control More Effective?!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, janvier 1994, pp.137-45; H. COUSY et H. CLAASSENS, «Ex post control of insurance in Belgium!», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, janvier 1994, pp.146-59.

¹⁸³ Une période transitoire est accordée à la Grèce, à l'Espagne et au Portugal pour introduire ces mesures (troisième directive non-vie, art.150; troisième directive vie, art. 46). Jusque là ces pays peuvent continuer à exiger la communication préalable des conditions contractuelles en risques de masse non-vie et en assurance vie.

¹⁸⁴ Sur la transposition de ces dispositions dans la législation des Etats membres voy. J.M. BINON, *op. cit.*, note 180, p.

51. Dans le prolongement direct des principes inscrits dans le Livre blanc de la Commission présenté en juin 1985, les directives de la troisième génération concentrent les pouvoirs de contrôle entre les mains de l'autorité du pays du siège social de l'entreprise d'assurance qui couvre le risque ou qui prend l'engagement (Etat membre d'origine).

Elles rompent ainsi clairement et définitivement avec les critères territoriaux fondés sur la localisation de l'activité d'assurance ou la localisation du risque dont la seule présence sur le territoire ne suffit plus à justifier l'exercice des pouvoirs de contrôle, du moins à titre principal.

Dorénavant, le critère spatial délimitant le champ d'application dans l'espace des lois de contrôle des Etats membres est celui du lieu du siège social de l'entreprise d'assurance, ce contrôle s'étendant non seulement aux activités exercées en libre prestation de services pour la couverture de risques situés sur le territoire d'autres Etats membres, mais aussi à celles qui sont exercées par voie d'agence ou de succursale établie dans un Etat membre différent de celui du siège social.

Le principe de la territorialité matérielle absolue des lois de contrôle et l'idée de la souveraineté de l'Etat sur son territoire, qui justifiaient une délimitation centrée sur la localisation des activités d'assurance, sont donc logiquement abandonnés. Ils sont remplacés par le principe de l'Etat d'origine, seul à même de concrétiser une politique d'intégration des marchés nationaux d'assurance. En cas d'exercice des activités par voie de succursale, les directives de la troisième génération en assurance vie et non-vie autorisent par exemple les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine à procéder elles-mêmes, ou par l'intermédiaire de personnes qu'elles mandatent à cet effet, à la vérification sur place des informations nécessaires pour la surveillance financière de l'entreprise. Les autorités de l'Etat membre de la succursale sont informées de cette démarche et peuvent participer à la vérification (troisième directive non-vie, art.10; troisième directive vie, art.16).

Dans le contrôle de l'accès et de l'exercice des activités d'assurance par voie de succursale ou en libre prestation de services, l'Etat membre d'accueil ne joue plus qu'un rôle limité. Il est clair cependant que les autorités de contrôle du pays du siège social ne peuvent espérer exercer une surveillance efficace qu'avec l'appui des autorités de contrôle du pays où les activités sont menées. Celles-ci ont l'avantage incontestable de la proximité. Etant le mieux placées pour apprécier l'impact et les conditions d'exercice des activités locales, elles sont appelées à jouer un rôle important d'auxiliaire. C'est pourquoi des procédures de coopération et d'échange d'informations sont mises en place par les troisièmes directives vie et non-vie (troisième directive non-vie art.140; troisième directive vie, art.140). Une bonne partie de l'efficacité du système de la licence unique dépendra en

56.

pratique de l'efficacité de cette coopération. Il faut reconnaître qu'elle reste pour l'instant à l'état embryonnaire. Un groupe de travail constitué au sein de la Conférence des autorités de contrôle des Etats membres de la CEE a toutefois mis au point en novembre 1993 un protocole unique d'application de l'ensemble des directives vie et non-vie destiné précisément à mettre en place cette coopération entre les autorités de contrôle!¹⁸⁵. La Commission européenne envisage par ailleurs de créer un réseau informatique transeuropéen dont l'accès serait strictement limité aux autorités administratives afin d'améliorer la circulation de l'information et renforcer l'efficacité des contrôles.

B. L'obligation de disposer d'un établissement autonome dans le pays d'activités

52. Les directives de la troisième génération qui organisent le régime de la licence unique ne reviennent évidemment pas sur l'interdiction clairement énoncée par la Cour de justice, de subordonner l'accès aux activités d'assurance en libre prestation de services, à l'exigence d'un établissement dans le pays destinataire de la prestation. Sous l'angle du droit international privé, en permettant à un assureur non établi de couvrir des risques et des engagements localisés à l'étranger, les directives favorisent, comme on l'a observé, l'internationalisation des contrats d'assurance.

Si elle n'y est pas obligée, l'entreprise d'assurance dont le siège social se situe dans un Etat membre peut aussi choisir de s'établir dans un autre Etat membre sous la forme d'une agence ou d'une succursale. Même dans ce cas l'établissement secondaire relèvera au plan administratif des réglementations administratives du pays du siège social et des autorités chargées de veiller à leur respect!¹⁸⁶. Il ne sera tenu qu'au respect des

¹⁸⁵ Ce protocole a été publié en français dans la *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1994/4, pp.1251-1283.

¹⁸⁶ La soumission au contrôle du pays d'origine tant des activités exercées par des agences succursales que celles exercées par voie de liberté de prestation de services réduit assurément la distinction entre la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services mais ne la prive pas de tout intérêt. Celles-ci restent deux modes d'exercice différents des activités non salariées dans le marché intérieur et répondent à ce titre à des régimes administratifs différents.

La distinction entre les deux libertés dans le domaine des services financiers n'est toutefois pas chose facile eu égard à la diversification des méthodes et des canaux de distribution. La pratique révèle une confusion croissante entre les deux régimes: ainsi des assureurs utilisent et mandatent en permanence des structures locales dans le pays de la prestation pour des activités de marketing, de prospection et de promotion commerciale, mais concluent généralement les affaires en LPS à partir du siège social, en échappant ainsi aux contraintes de l'établissement. La confusion s'accroît encore depuis que les directives permettent de cumuler, sur un même marché, l'exercice d'activités par la voie d'un établissement et en libre prestation de services.

Conformément à une jurisprudence constante, un Etat membre a le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 du Traité soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il était établi sur le territoire de cet Etat (*CJCE*, 3 décembre 1974,

dispositions légales d'intérêt général prévues par l'Etat membre où elles sont établies (sur le test de l'intérêt général, voy. *infra*, n°1). Une telle conséquence, d'une importance déterminante pour l'activité des entreprises d'assurance, se déduit incidemment de la disposition selon laquelle avant que la succursale de l'entreprise d'assurance ne commence à exercer ses activités, l'autorité compétente de l'Etat membre de la succursale dispose de deux mois pour indiquer à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine, le cas échéant, «!les conditions dans lesquelles, *pour des raisons d'intérêt général*, ces activités doivent être exercées dans l'Etat membre de la succursale (troisième directive non-vie, art.32, §!4; troisième directive vie, art.32, §!4).

Le respect des seules dispositions légales d'intérêt général par les agences et succursales de sociétés dont le siège social se situe dans un autre Etat membre témoigne d'une extension du contrôle des entraves à l'exercice de la liberté d'établissement aux mesures nationales indistinctement applicables. Une telle extension commandée certes par le principe de la licence unique marque néanmoins une avancée certaine du droit communautaire dérivé par rapport à l'interprétation traditionnelle de l'article!52 du Traité. En prévoyant que les Etats membres d'accueil ne pourront plus appliquer aux établissements d'entreprises d'assurances l'ensemble des dispositions nationales même non discriminatoires qui régissent non seulement l'accès mais aussi l'exercice des activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle, le législateur communautaire anticipe quelque peu sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice (voy. *supra* n°!16 à 19)!187/!188.

53. On notera cependant que les directives de la troisième génération maintiennent comme condition d'établissement d'une succursale la désignation d'un mandataire général, qui doit être doté des pouvoirs suffisants pour engager l'entreprise à l'égard des tiers et pour la représenter vis-à-vis des autorités et des juridictions de l'Etat membre de la succursale!¹⁸⁹ (troisième directive non-vie, art.32, §!2; troisième directive vie, art.32, §!2).

Van!Binsbergen, aff. 33/74, *Rec.*, 1974, p. 1299 et récemment encore *CJCE*, 3 février 1993, *Veronica*, aff.!C148/91, *Rec.*, 1991, I, p. 487.

On sait par ailleurs que les directives, transposant un attendu des arrêts rendus par la Cour de justice le 4 décembre 1986 assimilent à une agence ou succursale «!toute présence permanente d'une entreprise sur le territoire d'un Etat membre, même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou agence mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour l'entreprise comme le ferait une agence!». Pour plus de détails, voy. *infra*, titre!III, note!7.

¹⁸⁷ Une règle similaire se trouve dans la deuxième directive de coordination bancaire précitée note 60, article!19, §!4.

¹⁸⁸ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, note 79, p.!42. Comme le remarque l'avocat général Van!Gerven, le fait que l'agrément unique obtenu dans le pays du siège social ne couvre que les agences et succursales favorise cette forme d'établissement au détriment des filiales et infléchit par conséquent le choix de la forme juridique de l'établissement qui doit normalement pouvoir être effectué en toute liberté par les entreprises.

¹⁸⁹ En ce qui concerne le Lloyd's, les compétences du mandataire général doivent, en particulier, couvrir la possibilité d'être attiré en justice en cette qualité avec pouvoir d'engager les souscripteurs intéressés du Lloyd's. Voy. pour un cas particulier de compétence internationale, Paris, 19 février 1992, *Dall.*, 1992,

Ceci n'empêche que l'élément d'extranéité issu du lieu d'établissement du siège social de l'entreprise suffit à justifier dans le cadre de l'agrément unique, l'application des règles de contrôle de cet Etat.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne le droit applicable au contrat. Les directives de la troisième génération maintiennent pratiquement inchangées!¹⁹⁰, les règles de conflit prévues par les directives de la deuxième génération qui orientent le rattachement du contrat vers la loi du pays du risque. Aucune attention n'est portée au lieu du siège social de l'entreprise d'assurance ni à celui de l'établissement de sa succursale, en tant que facteur de rattachement objectif. Néanmoins, le régime de la licence unique a au moins pour effet de conférer à l'élément d'extranéité résultant de l'établissement du siège social un caractère suffisamment significatif pour rendre le contrat international et le soumettre par conséquent aux règles de conflit de lois (voy. *infra*, n°!).

54. Quant à la sanction de nullité qui pourrait affecter les contrats souscrits auprès d'une entreprise d'assurance non agréée, celle-ci devient à première vue d'un intérêt pratique plus limité dès lors que les compétences sont attribuées de façon claire et uniforme aux autorités du pays du siège social quel que soit le mode d'exercice des activités de l'entreprise. La sanction de nullité qui visait historiquement à empêcher la souscription de contrats d'assurance auprès d'une entreprise d'assurance non établie ou non agréée sur le territoire, sera sans doute d'une application moins fréquente dans un espace intégré. A l'intérieur de cet espace, elle pourrait néanmoins trouver à s'appliquer pour sanctionner un contrat souscrit par la voie de la liberté de prestation de services, lorsque toutes les formalités administratives n'ont pas été accomplies dans le pays d'accueil. Encore conviendra-t-il de s'interroger sur les conditions d'application de cette sanction civile prévue par la loi du pays d'accueil à un contrat international et sur le respect du critère de proportionnalité associé au contrôle de la légitimité d'une entrave en droit communautaire (voy. à cet égard *infra*).

C. Le contrôle matériel des conditions d'assurance

55. Dans la ligne des arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986!¹⁹¹, on aurait pu s'attendre à ce que la suppression du contrôle *a priori* des conditions contractuelles

Jur., p.483, note H. CLARET; Cass. Fr. (1ère Ch. civ.), 27 avril 1994, *R.G.A.T.*, 1995, p. 720, note M. GORE.

¹⁹⁰ La seule modification résulte en assurance non-vie de l'extension de la liberté de choix du droit applicable à l'ensemble des grands risques (troisième directive non-vie, article!27).

¹⁹¹ Précités, note 70.

s'accompagne d'une harmonisation minimale du droit du contrat d'assurance afin de permettre, dans ce domaine également, la reconnaissance mutuelle des réglementations de chaque Etat membre. Tel n'est cependant pas le cas aux termes des directives. Après plusieurs tentatives infructueuses, les autorités communautaires considèrent désormais que l'harmonisation du droit du contrat d'assurance n'est pas une condition préalable de la réalisation du marché intérieur des assurances (considérant n°18).

A défaut d'une harmonisation même minimale, l'Etat membre d'accueil reste donc justifié à imposer l'application de ses propres dispositions impératives, dans le respect toutefois des exigences de la libre circulation des services (voy. *infra* n°811 et ss.). Les directives de la troisième génération maintiennent par conséquent les règles de conflit prévues par les directives LPS vie et non-vie orientées dans un but de protection de la partie faible!¹⁹². Elles complètent la protection du consommateur par une obligation d'information imposée à l'assureur concernant certains éléments du contrat, au moment de sa conclusion et pendant le cours de son exécution!¹⁹³. L'organisation de la transparence des produits d'assurance par le biais d'une obligation d'information s'inscrit de façon cohérente dans la conception générale d'une surveillance fondée sur la suppression du contrôle matériel *a priori* des conditions d'assurance. Cette technique perturbe peu la commercialisation des produits!: elle n'intervient pas impérativement pour dicter un contenu déterminé au contrat et laisse au consommateur le soin de choisir, sur la base des informations qui lui sont données, le produit le mieux adapté à ses besoins. On ne peut toutefois manquer d'observer que les autorités communautaires font à cet égard un pari aventureux sur la capacité de discernement du preneur!¹⁹⁴.

56. La suppression de l'approbation préalable et de la communication systématique des conditions d'assurance pour l'ensemble des risques d'assurance, y compris ceux qui, aux termes des directives LPS vie et non-vie, étaient censés requérir une protection

¹⁹² Comme nous le verrons, les règles de conflit de lois prévues par les directives de la deuxième génération laissent en effet la possibilité aux Etats membres de soumettre le contrat conclu avec un consommateur à la loi du pays où se localise le risque (assurance non-vie) ou l'engagement (assurance vie), c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à la loi de la résidence habituelle du preneur. Les directives de la troisième génération n'apportent que de très légères modifications à ces règles et n'en prévoient en tout cas aucune pour la souscription d'engagements ou la couverture de risque nécessitant une protection particulière dans le pays de la prestation. A cet égard, la distinction entre grands risques et risques de masse en assurance non-vie conserve toute son importance.

¹⁹³ Les directives de la deuxième génération comportaient peu de dispositions relatives à l'information du consommateur. L'article 21 de la directive LPS non-vie et l'article 22 de la directive LPS vie se limitaient à exiger l'identification claire et précise du cocontractant du preneur d'assurance, pour éviter que celui-ci ne se trompe sur l'établissement qui lui propose le contrat. En ce qui concerne l'assurance R.C. auto obligatoire, l'Etat de la prestation pouvait exiger aussi que le nom et l'adresse du représentant de l'entreprise d'assurance opérant en libre prestation de services figurent dans les documents remis au preneur (directive LPS auto, art. 8). Ce régime d'information centré sur l'identité du cocontractant est maintenu dans les troisièmes directives et étendu aux succursales établies dans le pays de résidence du preneur.

¹⁹⁴ J.L. BELLANDO, «Bienvenue à la réforme de 1993...!», *op. cit.*, note 180, p. 28.

particulière dans le pays de la prestation, constitue un élément central des directives de la troisième génération.

De notre point de vue, elle consacre le divorce déjà annoncé par les directives de la deuxième génération entre le droit administratif et le droit international privé. La loi applicable au contrat d'assurance est ainsi libérée de l'attraction exercée par la loi de contrôle. Les deux questions sont désormais traitées différemment et reçoivent des solutions distinctes. Il faut remarquer d'ailleurs sur un plan pratique que la coïncidence entre l'action administrative et la loi applicable garantie par un contrôle systématique et préalable ne peut plus l'être aussi efficacement dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*.

On a déjà relevé que l'application des règles de droit international privé en raison de l'absence d'harmonisation du droit matériel du droit du contrat s'inspire d'une logique toute différente de celle des règles de droit administratif. Les critères d'applicabilité retenus par les unes et par les autres s'appuient sur des facteurs divergents. Il suffit de constater pour le moment que le critère du lieu du siège social de l'assureur ne joue aucun rôle comme facteur objectif de rattachement dans les règles de conflit communautaires. De plus, en élargissant quelque peu le rôle laissé au principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé tout au moins en assurance non-vie (art.127), les directives de la troisième génération rendent plus fréquentes les hypothèses de discordance des solutions de droit administratif et de droit privé.

57. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle *a posteriori*, l'autorité de surveillance du pays du siège social devra donc souvent se prononcer sur la conformité d'un contrat régi par la loi du pays de la prestation ou par la loi du pays d'établissement de la succursale ou encore par une loi tierce. Cette perspective rend indispensable une coopération étroite entre les autorités du pays du siège social et celles du pays d'activités. Les directives de la troisième génération organisent cette coopération selon des modalités identiques à celles prévues par les directives LPS. Elles se contentent d'adapter la procédure à la nouvelle répartition des pouvoirs de contrôle pour l'étendre aux activités exercées par une agence ou une succursale établie dans un Etat membre différent de celui du siège social de l'entreprise (troisième directive non-vie, art.140, §13 à 5; troisième directive vie, art.140, §13 à 5). Le protocole d'application adopté en novembre 1993 par la Conférence des autorités de contrôle définit la procédure à suivre lorsqu'une entreprise ne respecte pas les règles de droit de l'Etat membre dans lequel elle exerce une activité. Si cela paraît utile, l'autorité de l'Etat de la succursale est habilitée à effectuer ce contrôle sous sa

propre responsabilité, mais en informant préalablement l'autorité du pays du siège social!¹⁹⁵.

A la différence des directives LPS vie et LPS non-vie, les directives de la troisième génération prévoient explicitement que l'urgence peut justifier une intervention immédiate des autorités du pays de la prestation ou d'établissement de la succursale en passant outre à la procédure de coopération. Cette intervention peut, le cas échéant, consister dans l'interdiction de souscrire de nouveaux contrats. La notion d'urgence devra sans doute être interprétée strictement à peine de faire naître un écueil important dans le régime de la licence unique (troisième directive non-vie, art.40, §6; troisième directive vie, art.40, §6).

58. Outre les interrogations liées aux conséquences qui seront pratiquement réservées aux informations données par les autorités de l'Etat membre de la prestation ou de la succursale, ainsi qu'à la solution des divergences possibles d'appréciation entre autorités de contrôle, la procédure de coopération elle-même ne peut plus garantir l'efficacité du contrôle matériel, lorsque la loi choisie est celle d'un Etat membre qui n'est ni celui du siège social, ni celui de la prestation, ni celui de l'établissement de la succursale. Il en est de même lorsque la loi régissant le contrat n'a pas été choisie par les parties et que sa détermination dépend des liens plus ou moins étroits que l'une ou l'autre loi entretient avec la situation contractuelle.

Dans ces conditions, on peut penser que le contrôle des conditions contractuelles aura tendance à se limiter à la vérification de l'application correcte des règles de conflit de lois et éventuellement à la conformité du contrat aux règles de police contractuelle qui s'imposent aux parties dans le pays d'activités. Encore ces règles devront-elles satisfaire un but d'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice (voy. *infran*!).

CONCLUSION DU TITRE I

¹⁹⁵ Ce protocole est publié en français à la Revue Générale des Assurances Terrestres, 1994/4, pp. 1251-1283. Pour plus de détails, voy. J.M. DELPORTE, «La coopération des contrôles!», *op. cit.*, note 180, pp.607 et ss.; du même auteur: «Un pour douze, douze pour un!», *Ass. Fr.*, 1994, pp.226-229. Ce protocole reconnaît de façon assez large aux autorités du pays de la succursale le pouvoir d'effectuer des contrôles sur place pour vérifier le respect des règles de droit applicables. Les directives limitent en réalité ce pouvoir à des situations d'urgence. En outre, il ne peut certainement pas être exercé à titre préventif.

59. L'examen de quelques lois de contrôle réputées contraignantes a permis de constater que l'étouffement des conflits de lois en matière d'assurance était lié, avant le décloisonnement des marchés nationaux, à l'effet conjugué de trois facteurs présents dans ces réglementations!: une définition unilatérale assez extensive du domaine d'application spatial de la loi dans un but de protection des preneurs et des assurés; l'obligation pour toute entreprise souhaitant exercer des activités d'assurance sur le territoire national de disposer d'un établissement autonome dans ce pays; l'existence d'un contrôle matériel des conditions d'assurance effectué par référence à la loi nationale de l'autorité chargée de ce contrôle.

En répartissant les pouvoirs de surveillance selon des critères uniformément définis, en supprimant l'obligation d'établissement dans le pays d'activités et en écartant progressivement le système de l'approbation préalable des conditions d'assurance, les directives communautaires ont créé les conditions favorables à une expansion du droit international privé dans le secteur des assurances, comme en témoigne d'ailleurs la présence de règles de conflit de lois spécifiques dans les directives de la deuxième génération.

60. Le contrat international d'assurance n'a pas pour autant rompu tous ses liens avec le droit administratif. L'approbation préalable des conditions contractuelles ayant été maintenue, dans un premier temps, pour les risques nécessitant une protection des preneurs ou des assurés, les règles de conflits de lois restent animées par le souci d'une certaine cohérence entre la compétence des autorités de contrôle et la loi applicable au contrat. C'est pourquoi, les facteurs de rattachement du contrat d'assurance sont manifestement influencés par les critères territoriaux servant à la délimitation du champ d'application spatial des lois de contrôle et donc, plus généralement, par le principe de souveraineté de l'Etat sur l'ensemble des activités exercées sur son territoire.

Si un semblant de cohérence a pu être maintenu dans le cadre des directives de la deuxième génération où les autorités du pays du risque ou de l'engagement conservent certains pouvoirs lorsqu'une protection du preneur ou de l'assuré se justifie dans le pays d'activités, cette cohérence disparaît avec les directives de la troisième génération qui concentrent les pouvoirs de contrôle entre les mains des autorités du pays d'origine. Dans ces conditions, l'efficacité du contrôle matériel repose uniquement sur une procédure de coopération renforcée entre les autorités du pays du siège social de l'entreprise et celles du pays d'activités.

61. Il est permis de douter de l'efficacité d'un tel contrôle dans un régime de droit international privé qui s'ouvre progressivement à la liberté de choix du droit applicable. Alors que l'instauration d'un contrôle *a priori* des conditions contractuelles avait contribué à la marginalisation du droit international privé en assurance, l'ouverture de la matière aux conflits de lois et, même partiellement, au principe d'autonomie des volontés, risque d'aboutir à la marginalisation du contrôle des conditions d'assurance. La dissociation progressive dans les directives communautaires, des questions de droit administratif et de droit international privé revient en effet à saper la cohérence interne du contrôle matériel et à le remettre en cause en tant que technique de protection du consommateur. L'attention se reporte dès lors tout naturellement sur des techniques de protection moins perturbatrices de la libre circulation des services (obligation d'information du preneur, réglementation des clauses abusives!...).

Cette évolution était d'ailleurs annoncée dans l'arrêt de la Cour de Justice du 4 décembre 1986 rendu contre l'Allemagne!¹⁹⁶. Dès ce moment, la Commission estimait que les conditions matérielles de l'activité d'assurance ne nécessitaient pas un contrôle au cours de la procédure d'agrément. Selon elle, un contrôle exercé de façon permanente ou *a posteriori* suffisait dans le contexte de la LPS, un tel contrôle pouvant d'ailleurs s'exercer dans le cadre du mécanisme de protection de la loi allemande du 9 décembre 1976 réglementant le droit des conditions générales d'affaires (AGB-Gesetz)!¹⁹⁷!¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Arrêt précité, note 70, Rapport d'audience, *Rec.*, 1986, p.13772.

¹⁹⁷ Bundesgesetzblatt, 15 décembre 1976, I, 3317; traduction française, *D.P.C.I.*, 1977, p.1393.

¹⁹⁸ Voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 4, p.1669; J. BASEDOW et W. DRASCH, «!Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht!», *N.J.W.*, 1991, p.1786; V. HAHN, *Das 'Europäischen' Kollisions-normen für Versicherungsverträge*, *VfW Karlsruhe*, 1992, p.1165.