

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

*Transparence et sécurité juridique
des contrats d'assurance en Europe*

par
Bernard DUBUISSON

Doc. 95/15

Rapport final présenté au XIIIème colloque
juridique international du Comité Européen des
Assurances de Dresde (6-9 octobre 1995)

**XIII^E COLLOQUE JURIDIQUE
INTERNATIONAL DU CEA**

ASSUREURS / MAGISTRATS

**6-9 octobre 1995,
Dresde**

THÈME II

**TRANSPARENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE
DES CONTRATS D'ASSURANCE EN EUROPE**

***Rapport final présenté par Bernard DUBUISSON,
Professeur à l'Université Catholique de Louvain
(Belgique)***



COMITÉ EUROPÉEN DES ASSURANCES

Version provisoire

**TRANSPARENCE ET SECURITE
JURIDIQUE DES CONTRATS
D'ASSURANCE EN EUROPE**

Thème II

SOMMAIRE

INTRODUCTION

**I. SECURITE JURIDIQUE ET
HARMONISATION DU DROIT
MATERIEL**

**II. SECURITE JURIDIQUE ET
REGLES DE CONFLIT DE LOIS**

1. La complexité des règles de conflit de lois
2. L'énigme des lois de police
3. L'imprévisibilité du for saisi du litige
4. Perspectives

**III. SECURITE JURIDIQUE ET
DROIT COMMUNAUTAIRE**

1. Liberté de prestation de services et
liberté d'établissement
2. L'énigme de l'intérêt général
3. Illustrations

CONCLUSION

INTRODUCTION

Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs,

Lorsque j'ai été engagé par le Comité Européen des Assurances il y a de cela 6 ans, la première tâche qui m'a été confiée consistait à préparer, avec l'appui des Associations membres, un tableau comparatif des dispositions essentielles relatives au contrat d'assurance dans l'Europe des douze. En dépit de la difficulté de cette tâche, le travail fut achevé l'année suivante et déboucha sur une publication du CEA.

Il ressortait de ce tableau qu'une convergence certaine existait entre les Etats membres concernant la réglementation des obligations contractuelles du preneur d'assurance et de l'assureur. L'on prit acte de cette convergence pour tenter de relancer le processus d'harmonisation du droit du contrat. Dans le contexte communautaire, l'arme était toutefois à double tranchant : si réellement une convergence pouvait être décelée, l'harmonisation devenait moins nécessaire...

Est-il possible de sortir de ce cercle vicieux ? Il en existe toujours pour plaider avec ardeur la nécessité d'une harmonisation ; des voix autorisées se sont exprimées en ce sens lors du Colloque d'Avignon ; elles n'ont pas été entendues puisque les travaux n'ont jamais repris. La Commission Européenne a, semble-t-il, préféré attendre les premières leçons du fonctionnement du Marché unique avant de prendre la décision de faire renaître le Phénix de ses cendres.

Le Marché unique étant devenu une réalité juridique depuis le 1^{er} juillet 1994, l'harmonisation des droits du contrat d'assurance se présente-t-elle sous un jour nouveau ? Voilà sans doute l'interrogation qui justifie que le thème abordé il y a quatre ans ait été à nouveau remis à l'ordre du jour. C'est dans cet esprit que je souhaite l'aborder.

Le thème retenu par la commission II, solidement étayé par le rapport de M. le Conseiller Pratis, évoque les notions de transparence et de sécurité des contrats d'assurance.

Ces deux notions, qui expriment un objectif souhaitable et commun à tous les Etats membres, cachent en réalité des contenus bien différents suivant les sensibilités et les cultures.

Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance transparent ? Pour certains, cette exigence fait référence à des contrats similaires sinon identiques dans leur contenu, de sorte que la concurrence devrait se reporter sur d'autres aspects de la relation d'assurance tels que les frais de gestion ou l'efficacité du règlement du sinistre. Pour d'autres, la transparence exige simplement que le preneur d'assurance soit convenablement informé du contenu du produit sans que ce produit doive présenter un contenu homogène. La première conception, défendable d'un point de vue théorique, est un pari sur la naïveté du consommateur ; la seconde est un pari sur sa clairvoyance.

C'est la seconde conception qui emporte clairement la préférence du droit communautaire, et ce pour une raison simple : cette approche est celle qui perturbe le moins le contenu du produit et qui favorise le plus la libre circulation des services d'assurance. C'est dans ce contexte et dans le cadre de ce pari sur la clairvoyance du consommateur qu'il convient de s'interroger sur les techniques propres à garantir la nécessaire protection du preneur d'assurance, des assurés et des tiers dans le Marché unique.

Le concept de sécurité juridique n'est pas moins ambigu que celui de transparence. De façon générale, la sécurité juridique fait référence à un environnement où les opérateurs connaissent à l'avance les règles du jeu et peuvent donc prévoir les conséquences de leur comportement sans crainte que leur anticipation ne soit perturbée par des facteurs extérieurs incontrôlables. Cette sécurité est revendiquée comme un droit par l'assureur aussi bien que par l'assuré, spécialement dans le secteur des assurances où la prévisibilité est primordiale.

Notre commission devait donc s'interroger sur ce qui menace la sécurité juridique des contrats d'assurance en Europe et sur la meilleure façon de la promouvoir. Cette question a été abordée à trois niveaux : celui du droit matériel, celui du droit international privé et celui du droit communautaire.

Ces trois niveaux fourniront la structure de mon rapport.

I. SECURITE JURIDIQUE ET HARMONISATION DU DROIT MATERIEL

Personne ne doute que l'harmonisation complète et détaillée du droit des Etats membres soit la voie la plus sûre pour garantir la sécurité juridique des parties contractantes. Tant l'assureur que l'assuré y trouvent leur avantage puisque cette harmonisation permet d'éviter les difficultés inhérentes à la diversité des ordres juridiques. L'adoption d'une loi uniforme en matière de contrat d'assurance, qui a été évoquée, constituerait à n'en pas douter l'état le plus achevé d'une telle harmonisation.

Cette perspective à laquelle tout le monde peut aisément se rallier se heurte néanmoins à des obstacles bien connus et qui n'ont pas manqué d'être rappelés par plusieurs intervenants.

Une telle harmonisation, possible lorsqu'il s'agit de rapprocher des droits issus de traditions similaires, serait sinon impossible, au moins très difficile à réaliser entre quinze Etats membres dont les conceptions restent, qu'on le veuille ou non, assez différentes. La fracture entre la "Civil law" et la "Common law" n'a pas été réduite en droit des assurances, ni plus généralement en droit des contrats. Comme le droit des assurances trouve ses fondements dans le droit des contrats, les milieux académiques pensent d'ailleurs que la convergence passe par une coordination des principes fondamentaux du droit des contrats dans l'espace communautaire. Outre que les bases juridiques d'une intervention de la Communauté en la matière ne sont pas certaines, un tel travail, certainement exaltant ne pourrait trouver d'issue avant plusieurs années.

On a aussi mis en doute l'utilité d'une harmonisation spécifique du droit des assurances au motif qu'une telle harmonisation ne pourrait être que minimale et partielle et ne supprimerait donc pas les difficultés liées au règlement des conflits de lois. Elle ne supprimerait pas non plus les divergences d'interprétation dans la jurisprudence des Etats membres.

A ces observations qui ne sont pas neuves et qui témoignent d'un perfectionisme très influencé par le droit national, s'ajoute un certain scepticisme quant à l'utilité même de l'harmonisation. Plusieurs intervenants ont fait valoir que la divergence des droits du contrat ne constituerait pas en définitive un obstacle déterminant à l'exercice des libertés communautaires. Les opérateurs économiques seraient davantage soucieux de l'harmonisation fiscale que de l'harmonisation du droit privé. L'assureur pourrait s'accommoder des divergences du droit privé en recourant à l'implantation d'un réseau d'agences ou de succursales, la liberté de prestation de services ne devant occuper qu'une place marginale. L'expérience prouverait d'ailleurs que les affaires conclues en libre prestation de services restent proportionnellement peu importantes et affectent peu les marchés nationaux.

Ces observations reposent sur un pari peut-être aventureux relatif au sous-développement de la libre prestation de services. Elles ne sont d'ailleurs pas vérifiées dans tous les pays. En Belgique par exemple, le nombre des assurances vie souscrites en libre prestation de services à partir du Luxembourg ne fait que croître.

D'autre part, elles ne tiennent pas compte du fait qu'un contrat d'assurance souscrit par un preneur d'assurance auprès d'une succursale qui est établie dans le pays d'activité, mais dont le siège social se situe dans un autre Etat membre est, d'un point de vue juridique, un contrat international soumis comme tel aux règles de conflit de lois.

Tous ces arguments mis bout à bout ne suffisent donc pas à condamner définitivement l'harmonisation. Son opportunité doit être appréciée non pas en fonction de l'idée fausse selon laquelle l'harmonisation communautaire devrait aboutir au degré de perfectionnement des droits nationaux, mais de façon plus modeste en fonction des effets positifs qu'elle pourrait avoir

sur la libre circulation des produits d'assurance. Demander à l'harmonisation de supprimer toutes les disparités entre les Etats membres condamne dès le départ toute tentative en ce sens. Lui assigner pour tâche de faciliter l'exercice des libertés communautaires sans perturber outre mesure le contenu des produits pourrait permettre de relancer le processus. Ceci oblige toutefois à repenser les objectifs, la méthode et l'objet de l'harmonisation.

a) Sur le plan des objectifs, il importe de rappeler que les autorités communautaires ne recherchent pas l'harmonisation pour l'harmonisation. Cette opération n'a de sens en droit communautaire que si elle permet d'atteindre plus facilement les objectifs du Traité. Dans le cas particulier de l'assurance, l'harmonisation du droit du contrat n'a de sens que parce qu'elle constitue le seul moyen de simplifier, non de supprimer le système de conflit de lois des Directives en le rendant plus clair et plus transparent. Une harmonisation même minimale devrait en effet renforcer la confiance mutuelle des Etats membres dans leur droit respectif et autoriser par conséquent l'extension du libre choix de la loi applicable, qui n'est que la traduction, dans la matière des conflits de lois, du principe de la reconnaissance mutuelle.

b) Sur le plan de la méthode, en vue d'éviter les errements d'autrefois, le principe de l'harmonisation minimale impose de repérer sur la base d'une analyse de droit comparé, les points de convergence et de divergence entre les droits des Etats membres, de façon à écarter des travaux d'harmonisation toutes les règles qui, sans être identiques, peuvent être réputées équivalentes. Le tableau comparatif synoptique réalisé par le CEA en 1991 sur la base du droit de douze Etats membres révélait à cette époque, une convergence certaine dans la réglementation du contenu des obligations contractuelles, mais des divergences importantes relativement aux sanctions et aux droits des tiers victimes. Ce tableau mériterait d'être remis à jour en tenant compte des nouvelles adhésions et des modifications législatives intervenues depuis lors.

c) L'objet de l'harmonisation se déduit de ces observations méthodologiques. Afin d'éviter une harmonisation pointilleuse sous forme d'un énoncé de règles impératives qui ne pourrait assurément pas recueillir l'assentiment des pays de "Common law", il conviendrait peut-être, comme certains membres de la commission l'ont proposé, de songer à l'adoption de règles communes reposant sur des techniques de protection moins perturbatrices du contenu des contrats.

Partant de la constatation que le besoin de protection du consommateur existe principalement lors de la conclusion du contrat et lors du règlement du sinistre, deux pistes non exclusives l'une de l'autre ont été explorées sans recueillir toutefois l'unanimité.

La première consisterait à renforcer l'obligation d'information incombant à l'assureur préalablement à la formation du contrat, éventuellement en imposant l'usage d'une fiche d'identification du produit proposé. Cette technique, déjà utilisée par la troisième Directive vie, se heurte cependant à des difficultés non négligeables en assurance non-vie. D'un point de vue pratique, elle s'accommode difficilement des méthodes modernes de conclusion des contrats d'assurance. D'un point de vue juridique, l'efficacité de pareil document dépend évidemment de son caractère synthétique et de la qualité de l'information qu'on y trouve. Or, il n'est pas certain que ces exigences puissent être satisfaites dans les différentes branches de l'assurance non-vie. On peut en effet émettre des doutes quant à la possibilité de réduire chaque type de contrats à une fiche signalétique. Pourrait-on se dispenser par exemple d'y faire apparaître toutes les clauses d'exclusion de risque ? En outre, il conviendrait d'analyser précisément les conséquences d'une erreur ou d'un manquement à l'obligation d'information en cas de sinistre. Il est douteux enfin que l'on puisse fonder une protection suffisante du consommateur sur la base d'une simple exigence de transparence.

Il faut donc songer à d'autres techniques de protection, respectueuses autant que possible des politiques juridiques divergentes des Etats membres. Sous cet aspect, la réglementation des refus d'intervention

opposés par l'assureur en cas de sinistre, les droits des tiers sur l'indemnité d'assurance et les délais de prescription paraissent devoir retenir l'attention. Il existe au Royaume-Uni des Codes de bonne conduite (Statement of General Practice) en assurance vie et non-vie qui atténuent les rigueurs du droit contractuel anglais (conditions and warranties) pour les preneurs d'assurance qui doivent être protégés. Ne pourrait-on pas partir de cette base acceptable par les pays de "Common law", quitte à en élargir et à en renforcer la portée pour dégager des principes généraux applicables dans le droit de tous les Etats membres ? Une directive pourrait parfaitement prévoir qu'une clause permettant à l'assureur de refuser son intervention ou de poursuivre la nullité du contrat dans l'hypothèse d'une fausse déclaration faite de bonne foi serait nulle et non avenue ; l'on pourrait aussi empêcher l'assureur d'opposer une déchéance de garantie, lorsque le manquement contractuel reproché à l'assuré ne présente pas de lien causal avec le sinistre ; l'obligation de formuler les clauses d'exclusion de façon claire, formelle et précise ou de prévoir limitativement les cas de faute grave qui peuvent entraîner le refus de la garantie pourrait également trouver sa place dans une directive. Une telle réglementation pourrait d'ailleurs avantageusement préciser l'impact de la Directive sur les clauses abusives qui est, rappelons-le, applicable à l'assurance.

En ce qui concerne le droit des tiers, il conviendrait de consacrer de façon générale l'action directe au profit des victimes dans toutes les assurances de responsabilité et de l'assortir d'un régime approprié d'opposabilité des exceptions. Au Royaume-Uni, cette action n'existe qu'en cas d'insolvabilité de l'assuré ; il conviendrait de l'étendre. Pour les délais de prescription des actions directes et des actions dérivant du contrat, il s'agirait de s'accorder sur des délais raisonnables et surtout gérables par les assureurs.

Une telle harmonisation suppose au préalable que l'on ait fixé de façon claire et précise le domaine de la protection, de façon à ne l'accorder que là où elle est nécessaire. Comme le démontre le rapport de M. Pratis, les critères tantôt objectifs fondés sur la nature du risque, tantôt subjectifs fondés sur

l'objectif poursuivi par le cocontractant, sont loin de faire l'unanimité parmi les Etats membres à l'intérieur des ordres juridiques nationaux.

Nous voyons néanmoins dans ces propositions, la dernière chance d'une harmonisation bien comprise dans ses modalités et ses objectifs.

II. SECURITE JURIDIQUE ET REGLES DE CONFLIT DE LOIS

La sécurité juridique en matière de droit international privé repose sur des règles de conflit de lois sûres et transparentes. L'on entend par là que la détermination de la loi applicable doit répondre à des critères clairs et précis, de façon que, dès la conclusion du contrat, les parties puissent savoir quel sera le régime juridique applicable au contrat d'assurance. S'agissant d'un contrat largement réglementé, la prévisibilité de la loi applicable est un élément essentiel de la sécurité juridique. Le contenu des obligations des parties en dépend.

L'exigence de sécurité requiert en second lieu que l'application de la loi désignée par la règle de conflit ne soit pas perturbée par l'intervention anarchique de lois ou de règles concurrentes du pays du for ou du pays du risque, qui voudraient s'appliquer immédiatement à la situation au nom d'un intérêt collectif jugé primordial (lois d'application immédiate ou lois de police).

En l'état actuel des directives, la sécurité juridique des contrats internationaux d'assurance est menacée par trois facteurs, qui n'ont pas manqué d'être relevés par les membres de notre commission :

- la complexité des règles de conflit de lois insérées dans les Directives LPS vie et non-vie,
- l'imprécision du concept de lois de police ou de règles internationalement impératives,
- la difficulté de déterminer les tribunaux qui pourraient être saisis d'un litige.

1. La complexité des règles de conflit de lois

La complexité des règles de conflit de lois adoptées dans le secteur des assurances communautaires a déjà largement été dénoncée lors du colloque précédent. Nous n'y reviendrons donc que brièvement.

Les règles de conflit de lois insérées dans les Directives de la seconde génération ont subi directement l'influence du droit communautaire. C'est ce qui fait leur originalité. En l'absence d'harmonisation du droit du contrat d'assurance, il est apparu légitime que dans un souci de protection, la règle de conflit garantisse à la partie faible l'application de la loi de sa résidence habituelle. Cette technique de protection largement répandue en droit international privé repose sur le postulat non démontré et à vrai dire peu convaincant, que cette loi, à défaut d'être la plus protectrice, est celle que le consommateur connaît le mieux. En revanche, lorsque la partie cocontractante n'a pas besoin de protection, la règle de conflit peut être plus libérale et ouvrir aux parties un choix plus ou moins large de la loi applicable. Les règles de conflit communautaires traduisent, dans un savant mélange, ces deux préoccupations divergentes dont l'une conduit à l'application de la loi du pays du risque, l'autre au libre choix de la loi applicable. On peut se demander toutefois si les règles de conflit adoptées en assurance vie ne portent pas la protection au-delà de ce qui est strictement nécessaire, car elles reposent sur une structure extrêmement rigide laissant très peu de place au choix de la loi applicable.

Quoi qu'il en soit, la sécurité juridique que l'on est en droit d'attendre de ces règles est mise à mal par un mécanisme compliqué d'élargissement du choix au second degré que même les spécialistes du droit international privé hésitent à expliquer, et par une transposition largement défectueuse dans plusieurs Etats membres, des règles de conflit liées précisément à une mauvaise compréhension du mécanisme de l'élargissement.

2. L'énigme des lois de police

Les règles de conflit communautaires réservent sans autre précision l'application des lois de police du for et du pays du risque.

Dans la théorie générale du droit international privé, les lois de police sont définies comme des lois dont la teneur ou le but appelle leur application à des situations internationales qui ne lui sont pas soumises par la règle de conflit. Dérégatoire à la règle de conflit, la technique des lois de police est avant tout l'expression d'un particularisme qui entend faire prévaloir les conceptions de l'Etat du for ou de l'Etat du risque sur les solutions normales des règles de rattachement. Utilisant la marge d'appréciation inhérente à cette notion fonctionnelle, l'autorité judiciaire ou administrative du pays d'accueil pourrait être tentée de recourir fréquemment à cette technique au nom d'un intérêt collectif, pour imposer l'application de sa propre loi au détriment de celle désignée par la règle de rattachement considérée comme inappropriée. La tentation sera particulièrement grande si la règle de rattachement laisse un choix même limité de la loi applicable en créant ainsi le risque d'une éviction des normes impératives du pays d'activités (pays du risque ou de l'engagement).

Sous l'angle du droit international privé, le recours à la technique des lois de police ne se justifie que pour préserver des intérêts nationaux que la règle de conflit ne permet pas de sauvegarder. Or, manifestement, les règles de conflit issues des directives tiennent compte du besoin de protection du preneur d'assurance. Si un choix a été laissé aux parties contractantes, c'est forcément que la protection n'a pas été jugée nécessaire et que le législateur a accepté implicitement le risque d'éviction des normes impératives. Il faut donc écarter du concept de lois de police toutes les règles impératives au sens du droit interne, dont l'unique objet est de protéger la partie contractante réputée faible en imposant un contenu déterminé au contrat d'assurance. Restent en lice de nombreuses dispositions qui s'écartent de ce seul objectif (droits des tiers victimes, couverture obligatoire de certains risques sur le territoire...) et pour lesquelles la technique des lois de police peut encore se justifier. Conçue comme une dérogation à la règle de conflit, cette technique doit recevoir une application exceptionnelle.

Le droit communautaire aboutit, par un raisonnement qui lui est propre, à la même solution. Le test de proportionnalité effectué dans le cadre du contrôle de l'intérêt général conduit en effet à condamner tout recours abusif au concept de loi de police, en vue d'imposer l'application de la loi du pays d'activités aux entreprises d'assurance bénéficiant des libertés communautaires. Nous reviendrons sur ce point dans la troisième partie de l'exposé.

3. L'imprévisibilité du for saisi du litige

Nous ne nous attarderons pas à cette nouvelle menace pour la sécurité juridique des contrats internationaux, qui n'a guère été envisagée lors des débats. Il faut rappeler cependant que les règles de compétence internationale qui se déduisent de la Convention de Bruxelles laissent au preneur d'assurance, demandeur au procès, la faculté d'assigner l'assureur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, soit devant les tribunaux de l'Etat où l'assureur a son domicile, soit devant le tribunal du lieu où il a son propre domicile, soit encore s'il s'agit d'assurances de responsabilité ou d'assurances portant sur des immeubles, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 8 et 9).

Ce choix laissé au preneur d'assurance ne permet pas de déterminer avec certitude le système de conflit de lois qui sera applicable au contrat en cas de litige, ni les lois de police qui pourraient devoir être respectées dans l'Etat du for.

Cette incertitude préjudiciable est encore accrue par le fait que le domicile du preneur doit être apprécié pour ce qui concerne le conflit de juridictions, au moment du litige et non au moment de la conclusion du contrat. Un changement ultérieur de domicile entraînera par conséquent une modification des fors compétents. Dans le domaine des conflits de lois en revanche, selon les règles généralement applicables au conflit mobile en matière contractuelle, un tel changement ne devrait pas avoir de conséquences sur le régime juridique qui s'appliquait initialement au contrat, sauf s'il entraîne une modification du risque couvert ou si le preneur souhaite adapter le contenu du contrat à la loi de son nouveau domicile.

Les incertitudes inhérentes aux conflits de juridictions ne peuvent être réduites que par l'insertion d'une clause contractuelle attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage. Alors que la première est sévèrement réglementée par la Convention de Bruxelles (art. 12 et 12 bis), la seconde est souvent considérée comme nulle et non écrite dans le droit interne des pays continentaux, tout au moins dans les relations de consommation.

4. Perspectives

Face à un tel constat, notre commission a dégagé deux voies de solution : l'une consisterait dans la simplification des règles de conflit des directives, l'autre dans un ralliement aux règles de la Convention de Rome.

a) La simplification des règles de conflit communautaires passe assurément par une extension du libre choix de la loi applicable qui, elle-même, dépend de l'état de l'harmonisation. La règle de rattachement fondée sur l'autonomie des volontés est sans doute celle qui convient le mieux à la libre circulation des produits d'assurance, mais elle se heurte, en l'absence d'harmonisation du droit applicable, à la nécessaire protection du consommateur.

Une harmonisation minimale du droit des contrats permettrait sans doute d'étendre le domaine du choix de la loi applicable. A défaut, l'on pourrait songer dès à présent à revoir les critères utilisés par les directives fondés sur la distinction entre grands risques et risques de masse de façon à permettre à certains risques de masse d'accéder au libre choix de la loi applicable. Il s'agirait d'identifier, dans le domaine des contrats couvrant des risques de masse, des hypothèses dans lesquelles le preneur, en raison de sa qualité ou de sa qualification, n'a pas besoin de la protection que lui accorde la loi du pays du risque ou du pays de la résidence habituelle. L'article 5 de la Convention de Rome, qui détermine la loi applicable aux contrats de consommation, met en oeuvre de tels critères.

Les représentants de la Commission Européenne ne paraissent pas opposés à une réflexion en ce sens.

- b) Une majorité des intervenants s'est déclarée favorable à un ralliement à la Convention de Rome qui régit, on le sait, la loi applicable aux obligations contractuelles. La Convention exclut en effet de son champ d'application les contrats d'assurance couvrant des risques situés dans la CE. Il s'agirait de les réintégrer dans son domaine.

Cette proposition présente l'avantage de la cohérence : elle supprime toute différence de traitement entre les contrats d'assurance selon que le risque couvert est ou n'est pas localisé sur le territoire d'un Etat membre de la CE. En outre, elle permet d'aligner le traitement de l'assurance sur celui réservé à l'ensemble des services financiers qui sont globalement soumis à la Convention de Rome.

Une telle option impose cependant de mesurer soigneusement les conséquences de l'application des règles de rattachement de la Convention de Rome aux contrats d'assurance communautaires sous l'angle de la sécurité juridique et de la transparence.

La Convention de Rome consacre assez largement le principe du libre choix de la loi applicable (art. 3). A défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4). Il est cependant présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Cette présomption qui, en l'absence de choix, aboutit à la désignation de la loi du pays où est établi l'assureur, serait sans doute critiquable au regard des exigences de protection, si la Convention de Rome ne prévoyait, en son article 5, une règle de rattachement spécifique pour les contrats de consommation. L'obligation d'information qui pèse sur l'assureur en vertu des directives, quant à la loi qui régira le contrat réduit d'ailleurs considérablement l'intérêt du rattachement à défaut de choix prévu par l'article 4.

C'est sans doute l'article 5 qu'il convient d'analyser avec précaution avant de prendre une décision définitive sur le ralliement à la

Convention de Rome. Tout d'abord, les critères utilisés pour définir le contrat de consommation et le domaine de la protection ne sont pas les mêmes que ceux utilisés par la Directive. La technique de rattachement utilisée diffère également : l'article 5 n'interdit pas le choix de la loi applicable pour régir le contrat de consommation, mais ce choix ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui procurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Le rattachement est dit alternatif car il permet au consommateur, dans les conditions fixées par l'article 5, de compter sur la protection la plus élevée, entre celle que lui fournit la loi choisie et celle que lui accorde la loi de sa résidence. Un tel rattachement est bien entendu favorable au consommateur, mais il introduit une insécurité juridique considérable dans le règlement du conflit de lois. Il conduit en effet, dans un litige déterminé, à une application ponctuelle, à chaque question litigieuse, de la règle la plus favorable au consommateur. Cette solution rompt l'équilibre de la relation contractuelle, perturbe les prévisions de l'assureur et introduit une discrimination difficilement justifiable entre les contrats internationaux et les contrats internes.

De l'avis de plusieurs membres de la commission, le retour à la Convention de Rome pourrait néanmoins être envisagé moyennant quelques retouches destinées à tenir compte des caractéristiques particulières du contrat d'assurance. En outre, des dispositions spécifiques pourraient être ajoutées pour les assurances collectives. Sur le plan de la politique législative, tous ces amendements nécessitent un double consensus des Etats membres, d'une part sur la suppression des règles de conflit prévues par les Directives, d'autre part sur les adaptations à apporter à la Convention de Rome. Cette Convention, il ne faut pas l'oublier, n'est pas un texte de droit communautaire.

Même si les raisons de préférer la Convention apparaissent parfaitement légitimes, on a observé qu'elle ne permettrait pas de régler la question des lois de police. Cette question est traitée de la même façon

dans les directives et dans la Convention de Rome. Sur ce point, l'article 7 reconnaît donc la primauté des lois de police du for et admet l'application des lois de police d'un Etat tiers, pour autant que l'Etat adhérent le prévoie. S'agissant d'une notion fonctionnelle, l'on ne pouvait en attendre davantage. Les lois de police continueront donc à menacer le règlement du conflit de lois.

III. SECURITE JURIDIQUE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Dans le contexte du droit communautaire, la sécurité et la transparence doivent permettre un exercice ordonné des libertés communautaires dans un environnement respectueux des directives européennes et du Traité lui-même.

Sous cet angle, les débats menés en commission ont révélé que ces exigences, particulièrement importantes pour les opérateurs économiques, étaient menacées d'une part, par une définition assez floue de la frontière qui sépare la liberté de prestation de services et la liberté d'établissement et d'autre part, par une interprétation extensive de la notion d'intérêt général.

1. Liberté de prestation de services et liberté d'établissement

Au plan théorique, la notion de prestation de services se distingue de celle d'établissement en ce que la première se caractérise, lorsqu'elle est exercée sur le territoire du pays d'accueil, par son caractère temporaire alors que la seconde suppose une installation durable dans le pays d'accueil.

Des problèmes pratiques se posent néanmoins lorsqu'il s'agit d'appliquer cette distinction à la diversité des circuits de distribution propres à l'assurance ainsi qu'aux méthodes modernes de promotion des ventes et de conclusion des contrats.

Le sujet n'ayant été qu'effleuré en commission, nous ne nous y attarderons pas. On rappellera seulement que la Cour de Justice dans l'un de ses arrêts du 4 décembre 1986 et les directives à sa

suite 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 d'une 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. Lorsque pour effectuer des activités d'assurance, l'entreprise non établie dans le pays d'activités s'appuie sur un intermédiaire ou sur du personnel appartenant à la société présent dans le pays d'activités, cet intermédiaire ou ce personnel sont à considérer comme un établissement au sens du Traité.

La situation de l'intermédiaire indépendant peut, quant à elle, être appréciée par référence à la jurisprudence qui s'est développée à propos de l'interprétation de la notion d'agence prévue par l'article 5, 5° de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il ressort de cette jurisprudence que "la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement."

Cette jurisprudence doit, bien entendu, être transposée au cas particulier des intermédiaires d'assurance indépendants, mais on aura compris qu'elle peut avoir des conséquences importantes sur la répartition des affaires conclues en liberté d'établissement et en liberté de prestation de services.

Il reste à souhaiter qu'une communication de la Commission Européenne, comparable à celle qui existe dans le secteur bancaire, permette de clarifier la situation des réseaux d'intermédiaires et des circuits de distribution.

2. L'énigme de l'intérêt général

Le concept d'intérêt général a retenu longtemps l'attention de notre commission. Il est apparu que dans un climat de pessimisme économique et de scepticisme européen, le concept d'intérêt général risquait d'être utilisé par certaines autorités nationales pour exprimer un désaccord fondamental sur les principes qui ont servi de base à l'élaboration des Directives. Sur certains points, celles-ci sont perçues comme étrangères à la culture, aux traditions et à la conception de l'assurance prévalant dans le pays d'activités. L'intérêt général s'offre alors comme l'ultime moyen de discipliner un marché soumis aux excès de la concurrence ou du libre échange. Une telle attitude, si elle n'est pas contrôlée, risque cependant de saper à la base tout l'édifice européen patiemment construit au cours des trois générations de Directives, et de faire renaître le cloisonnement des marchés nationaux.

Qu'il y ait à la question posée des enjeux économiques nationaux déterminants ne fait aucun doute. Encore faut-il que les règles du jeu soient claires et bien comprises. Par-delà les options politiques, les listes des réglementations considérées comme relevant de l'intérêt général dans chaque Etat membre témoignent d'un embarras généralisé et, il faut bien le reconnaître, de certains excès. Ce qui surprend avant tout c'est le manque de justifications juridiques apportées par les autorités nationales et les opérateurs économiques à la définition de l'intérêt général, comme si le droit n'y avait aucune part.

Dans un contexte aussi embrouillé, notre commission s'est attachée à restituer au concept d'intérêt général sa véritable portée.

a) L'intérêt général, notion fonctionnelle de droit communautaire

Dans le contexte précis du droit communautaire, l'intervention de l'intérêt général ne se conçoit que par référence à une mesure qui constitue une entrave à la libre circulation des biens, des personnes ou des services. Propre au droit communautaire, cette notion ne se confond avec aucun autre concept hérité du droit interne ou du droit international privé. Opérant comme une exception au principe de la liberté des échanges, elle n'est nullement l'expression

d'une vérité normative. Elle repose plutôt sur un raisonnement pragmatique dont les étapes sont définies par le droit communautaire et qui procède d'un arbitrage entre les intérêts légitimes d'un Etat déterminé et les intérêts prédominants des libertés économiques définies par le Traité de Rome.

L'intérêt général, au sens où nous l'examinons ici, se réfère à l'ensemble des conditions posées par le droit communautaire pour justifier une réglementation nationale dont l'application dans le pays d'accueil constitue une entrave à l'exercice d'une des libertés économiques consacrées par le Traité de Rome. Il apparaît avant tout comme une notion fonctionnelle dépourvue de contenu normatif précis.

A l'intérieur des espaces non harmonisés, les Etats membres conservent certes le pouvoir de prendre ou de maintenir sur leur territoire les mesures et réglementations qui leur paraissent nécessaires à la sauvegarde d'un intérêt collectif ressenti dans l'ordre juridique national (protection des consommateurs, loyauté des transactions commerciales, cohésion fiscale...), mais ce pouvoir ne peut être exercé que dans le respect des conditions strictement définies par le droit communautaire qui prime le droit national.

Toute l'ambiguïté de la notion se trouve là : elle fait référence à un intérêt ressenti dans l'ordre juridique national, mais cet intérêt doit être apprécié par référence à un droit qui lui est supérieur. L'intérêt général comporte en ce sens une obligation de bonne foi des autorités nationales, législatives, judiciaires ou administratives du pays d'activité à l'égard du droit communautaire et des libertés qu'il consacre.

Agissant comme un filtre de la législation nationale, le test de l'intérêt général oblige les autorités du pays d'accueil, avant d'imposer le respect de leur réglementation au libre prestataire ou à la succursale d'une entreprise étrangère, à analyser la conformité de cette réglementation avec le Traité.

Comme la régulation par le marché et par la concurrence constitue le mode de régulation principal de l'économie communautaire, les mesures restrictives ne peuvent intervenir

qu'au titre d'un correctif en vue de garantir la protection d'intérêts légitimes. S'agissant d'une exception à un principe de liberté, il appartient à celui qui la soulève de justifier la légitimité de l'entrave qui résulte de la réglementation en appliquant les critères de non discrimination, de causalité, de nécessité et de proportionnalité dégagés par la Cour de Justice.

b) Les censeurs de l'intérêt général

Les débats très intéressants qui ont eu lieu en commission sous la présidence du Juge Edward, ont fait apparaître que personne ne voulait véritablement s'ériger en censeur de l'intérêt général.

Les Directives de la troisième génération demandent certes aux autorités de contrôle du pays d'activités de communiquer aux autorités de l'Etat membre du siège social de l'entreprise d'assurance, les dispositions qui, pour des raisons d'intérêt général, doivent être respectées par la succursale dans son pays d'établissement. Cette information, apparemment facultative, qui se justifie pour des raisons évidentes de transparence, place cependant les autorités nationales de contrôle dans une situation d'arbitrage extrêmement délicate, puisqu'elles doivent s'ériger tout à la fois en garant des intérêts nationaux et en défenseur des libertés communautaires. Il est d'ailleurs apparu que la Constitution de certains Etats membres s'opposait à ce que l'autorité administrative s'érige en censeur du pouvoir législatif. Bien qu'il ne s'agisse pas de jeter le discrédit sur la législation du pays d'activités mais simplement de contrôler la légitimité de l'entrave qu'elle fait naître à l'égard des bénéficiaires des libertés communautaires, on trouvera là la source principale des réticences des autorités de contrôle à s'engager dans l'exercice du contrôle de l'intérêt général.

S'il est vrai que le droit communautaire n'interfère pas dans la répartition constitutionnelle des pouvoirs, il y a lieu de rappeler cependant que l'article 5 du Traité oblige les Etats membres à prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du Traité et à s'abstenir de toutes mesures

susceptibles de mettre en péril la réalisation de ses buts.

Face à ces réticences, les autorités nationales tournent un regard accusateur vers la Commission Européenne à laquelle il appartiendrait de prendre ses responsabilités. Tout en ne refusant pas de donner un avis sans valeur juridique sur la base d'une communication effectuée par les Etats membres, la Commission fait, quant à elle, observer que les autorités nationales sont les mieux placées pour analyser la conformité de leur législation nationale avec le droit communautaire. Refusant de s'engager dans un travail titanesque, elle se tourne à son tour vers la Cour de Justice, qui dispose, en dernier ressort, du pouvoir d'interprétation des notions de droit communautaire.

Face à ces sollicitations, M. le Juge Edward a rappelé avec pertinence les limites inhérentes à la fonction de juger. La Cour se prononce dans un cas d'espèce et dans un contexte déterminé. Elle n'est pas outillée pour résoudre des questions techniques ni pour trancher des questions politiques. On ne peut lui demander plus qu'elle ne peut donner. Enfin, vu la lenteur des procédures, s'en référer à la jurisprudence de la Cour, revient à reporter la solution des problèmes à quatre ans, voire plus. L'on ne peut y consentir sans un certain cynisme.

Face à de telles difficultés, on ne peut que regretter que les Directives n'aient pas mis en place des procédures spécifiques destinées à garantir la participation de tous les acteurs du marché à l'arbitrage de ces conflits d'intérêts. A défaut de vérité normative, ce sont en effet les garanties procédurales qui deviennent essentielles.

3. Illustrations

Dans le cours des débats, notre commission s'est essayée elle-même à appliquer le test de proportionnalité à l'un ou l'autre obstacle rencontré actuellement par les opérateurs sur les marchés.

a) *Lois et réglementations relatives au contrat d'assurance terrestre*

Il est surprenant de constater que l'ensemble de la législation relative au contrat d'assurance terrestre est classée par les autorités nationales dans la liste des normes d'intérêt général.

Parmi les règles qui régissent impérativement le contrat d'assurance, il importe pourtant de distinguer de prime abord, celles qui sont inspirées du souci de protéger la partie faible dans la relation contractuelle et qui règlent impérativement le contenu des obligations des parties, de celles qui poursuivent des objectifs dépassant la seule sauvegarde de la justice contractuelle. Les règles de la première catégorie forment une part importante de la législation relative au contrat d'assurance dans les pays continentaux. Dans le contexte actuel de la jurisprudence de la Cour de Justice, il est peu probable qu'elles puissent relever de l'intérêt général au sens du droit communautaire.

Considérées individuellement, on peut tout d'abord douter de leur effet restrictif sur les échanges. Ensuite, si la règle de conflit tient déjà compte du souci de protection de la partie faible en lui garantissant l'application de la loi de sa résidence habituelle, imposer le respect des règles de droit matériel inspirées d'un souci de justice contractuelle dans le pays d'activités au titre de règles de police, alors même que la règle de conflit permet de choisir une autre loi, pourrait constituer un double emploi prohibé par le test de proportionnalité. Si cette règle de conflit permet de désigner une autre loi, c'est que la protection du preneur ou de l'assuré n'a pas été considérée comme nécessaire. Il est inutile d'y revenir par un recours abusif à la technique des lois de police. L'application systématique de la loi du pays d'accueil régissant le contrat d'assurance conduirait à étendre la protection au-delà de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de cet objectif. En décider autrement reviendrait d'ailleurs à ruiner l'effort d'harmonisation réalisé par l'adoption de règles de conflit communes.

b) *Langue du contrat*

Face à l'internationalisation des relations d'assurance, il semble que les Etats membres soient de plus en plus enclins à réglementer l'usage de la langue du contrat d'assurance et à tenir cette réglementation pour une réglementation de police applicable dans le pays d'accueil quelle que soit la loi régissant le contrat. A priori, cette réglementation peut se prévaloir d'un souci légitime de protection du consommateur auquel les directives font elles-mêmes écho pour ce qui concerne la notice d'information remise au preneur d'assurance. Encore faut-il que le domaine d'application matériel et spatial de cette réglementation protectrice soit défini proportionnellement à cet objectif.

La même argumentation que celle développée ci-dessus peut être utilisée dans l'application du test de l'intérêt général. La question devrait exclusivement dépendre de la loi contractuelle.

Ensuite, sous l'angle du droit matériel, le champ d'application de cette réglementation doit être défini de façon appropriée. Son effet restrictif serait probablement excessif si des dérogations n'étaient pas prévues lorsque le preneur, en raison de sa nationalité, de sa compétence, ou de son expérience particulière, partage une langue commune avec l'assureur. Concrètement, la réglementation de l'emploi des langues devrait prévoir des exceptions lorsque la protection du preneur ne se justifie pas et réserver l'usage d'une autre langue si le preneur le demande, quitte à prévoir des conditions de forme précises pour l'expression de cette renonciation.

L'Annexe II de la troisième Directive vie ainsi que la loi espagnole ont été citées comme exemples d'une réglementation conforme à l'intérêt général.

La réglementation sur l'emploi des langues peut, il est vrai, répondre à d'autres objectifs, comme celui de préserver l'identité culturelle d'une communauté linguistique, nationale ou régionale. Au regard du test de proportionnalité, on ne voit cependant pas en quoi l'usage d'une langue étrangère dans des relations contractuelles internationales

impliquant une entreprise établie à l'étranger pourrait mettre en danger les objectifs culturels poursuivis par ce type de réglementation.

c) *Système de personnalisation a posteriori de la prime en assurance automobile*

Selon l'interprétation donnée par les représentants de la Commission Européenne, le test de l'intérêt général oblige à considérer comme contraire au Traité, toute tentative visant à imposer une structure tarifaire obligatoire aux libres prestataires de services et sans doute aussi aux établissements secondaires d'une entreprise dont le siège social est établi dans un autre Etat membre. L'intérêt général ne peut être invoqué à l'encontre d'un principe harmonisé par les directives communautaires. C'est le cas du principe de liberté tarifaire qui se dégage clairement de la troisième Directive non-vie et de ses considérants.

De la question de la compatibilité des réglementations tarifaires obligatoires dépend notamment la survie du système bonus-malus, tout au moins dans les pays minoritaires où son application résulte d'une clause-type insérée dans le contrat d'assurance obligatoire. C'est le cas, semble-t-il, en Belgique, en France et en Grèce. Dans les autres Etats membres, le système résulte d'un accord de marché ou relève de la libre appréciation de l'assureur. Encore faut-il observer que l'échelle bonus-malus est parfaitement dissociable d'une structure tarifaire obligatoire. Une échelle commune est en réalité un moyen de garantir une continuité dans l'appréciation des risques entre les assureurs successifs.

Dans les Etats où il est obligatoire, les représentants des assureurs considèrent que le système bonus-malus permet au consommateur de s'assurer à un prix raisonnable. On a fait observer que cette argumentation ne paraissait pas pouvoir constituer un motif d'intérêt général susceptible d'être reconnu par la Cour de Justice. L'intérêt du consommateur peut tout aussi bien se trouver dans la liberté de concurrence. On avance aussi en faveur du système, le fait qu'il remplirait un objectif louable de prévention des sinistres. Sur ce

point, on s'est interrogé sur l'existence d'un véritable rapport de causalité et de nécessité entre le contenu de la réglementation et cet objectif. Une comparaison entre la sinistralité des pays où le système bonus-malus résulte d'un simple accord de marché au dépend de la libre appréciation de l'assureur, et celle des pays où ce système est rendu obligatoire prouverait vraisemblablement le contraire. Enfin, les multiples passe-droits accordés aux assurés par les assureurs ou les intermédiaires paraissent démontrer que le système bonus-malus ne répond pas réellement à un objectif d'intérêt général.

Le système, ajoute-t-on, serait inspiré d'un principe d'équité qui imposerait de faire varier la prime selon que l'assuré est un bon ou un mauvais conducteur. La Commission Européenne s'est déclarée sceptique quant à cette argumentation. La segmentation relève, selon elle, d'un principe de bonne gestion de la mutualité des assurés dont l'assureur est seul responsable.

Si l'exception d'intérêt général devait intervenir en la matière, ce serait peut-être pour éviter une segmentation incontrôlée qui aboutirait à la dilution de la solidarité entre les assurés et à l'impossibilité pour certains d'entre eux de trouver une assurance. En ce qui concerne le bonus-malus, le représentant de la Commission Européenne a toutefois fait observer qu'il paraissait conforme à l'intérêt général qu'un assuré mauvais conducteur soit exclu de l'assurance. On remarquera cependant qu'une telle prise de position ne manquerait pas d'entraîner une aggravation des défauts d'assurance déjà préoccupants actuellement dans plusieurs Etats membres.

Le reproche que l'on peut songer à adresser aux Directives à ce sujet est qu'en privilégiant une conception anglo-saxonne de l'assurance, elles éludent presque complètement la fonction sociale qu'elle remplit dans pays continentaux. Le déséquilibre croissant de la Sécurité sociale ne fera probablement qu'accentuer à l'avenir le recours à l'assurance privée dans sa fonction sociale. On peut dès lors légitimement se demander si l'organisation de la mutualité doit toujours relever d'une décision individuelle et souveraine de l'entreprise d'assurance ou si elle ne doit pas

parfois répondre à des objectifs sociaux dont la prise en compte pourrait obliger l'autorité publique, au nom de l'intérêt général, à imposer des limites à la segmentation.

CONCLUSION

Le Colloque d'Avignon s'est achevé il y a quatre ans sur le souhait que l'Europe communautaire ne devienne pas l'Europe des juges. Si les débats qui ont eu lieu à Dresde ont permis de clarifier la portée de certains concepts, il n'est pas sûr qu'ils permettent de lever cette hypothèque. Le recours au juge paraît en effet s'imposer comme la solution ultime des questions que les autorités nationales ou communautaires n'ont pas voulu trancher.

Il s'avère en effet que la sécurité juridique des contrats internationaux d'assurance se trouve menacée par la multiplication des notions fonctionnelles dépourvues de contenu normatif précis. Il en va ainsi du concept de lois de police en droit international privé et de l'intérêt général en droit communautaire. Force est de constater que seule une harmonisation bien comprise permettrait de réduire cette menace qui relève d'une équation simple : moins il y a d'harmonisation, plus il y a matière à intervention incontrôlée des lois de police et des lois d'intérêt général. Ceci entraîne naturellement des perturbations considérables dans le fonctionnement du marché unique.

Ce serait travestir le contenu des débats que d'y trouver l'expression d'un véritable élan en faveur de l'harmonisation. Tout au moins, les discussions ont-elles permis de poser clairement les enjeux d'un manque d'harmonisation. Certes, il serait illusoire de penser que l'harmonisation du droit des contrats d'assurance permettrait d'éliminer tous les inconvénients liés à la divergence des droits des Etats membres, mais elle permettrait probablement d'en réduire l'impact tout en renforçant la sécurité juridique. La décision finale paraît dépendre d'une appréciation des coûts économiques résultant du défaut de coordination du droit des contrats. S'il devait exister encore une seule chance de progresser dans le sens de cette coordination, c'est probablement maintenant qu'il faudrait la tenter.