

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

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

**La loi applicable aux contrats d'assurance non
vie dans l'espace communautaire.
Vicissitudes d'une transposition**

par
Bernard DUBUISSON

Doc. 97/17

*A paraître dans l'Encyclopédie de l'Assurance, Ed.
Economica, Paris*

LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS D'ASSURANCE NON VIE DANS L'ESPACE COMMUNAUTAIRE

VICISSITUDES D'UNE TRANSPOSITION

INTRODUCTION

1 . L'intervention des autorités communautaires dans le domaine du droit du contrat d'assurance se fonde sur l'idée, souvent affirmée, mais rarement démontrée, que la divergence des droits du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne constitue une entrave aux échanges. Cette divergence est réelle, mais ne doit pas être exagérée, comme le démontre la contribution de Jean-Marc Binon dans ce même ouvrage.

Sous l'angle de la politique juridique, la décision d'insérer des règles de conflits de lois spécifiques dans les directives destinées à réaliser la liberté d'établissement et de prestation de services résulte clairement de l'échec des tentatives d'harmonisation du droit matériel du contrat d'assurance. Dans l'esprit des autorités communautaires, le rapprochement des règles de rattachement devait à tout le moins permettre qu'à une situation contractuelle internationale déterminée, corresponde une seule et même solution de conflit de lois, quel que soit le juge ou l'autorité administrative chargée de déterminer l'ordre juridique compétent.

Les directives de la deuxième et troisième générations ayant été transposées dans la plupart des Etats membres de la Communauté européenne et de l'Espace économique européen ¹, la question est à présent de savoir si cet objectif a été atteint. Tel est l'objet de notre contribution.

Dans un espace aussi limité, il n'est bien entendu pas possible d'examiner dans le détail et sous tous ses aspects, la transposition réalisée dans chacun des Etats membres. Après un bref rappel de la structure des règles de conflit de lois insérées dans la directive LPS non-vie du 22 juin 1988, légèrement modifiées par la directive du 18 juin 1992 (section 1), on s'attachera à dégager les grandes tendances observées dans les lois de

¹ Pour un état récent des législations de transposition, voy. Comité Européen des Assurances, *Le marché unique de l'assurance non-vie, Vademecum de l'opérateur en licence unique*, Comité Européen des Assurances (éd.), 1996.

transposition. Celles-ci laissent apparaître un certain nombre de divergences liées principalement à une mauvaise compréhension du rattachement impératif (section 2), à un usage étonnant de la méthode unilatéraliste (section 3), à une maîtrise incomplète du mécanisme d'élargissement du choix au second degré (section 4) et à une interprétation extensive du concept de lois de police (section 5).

Nous ne traiterons pas ici des règles de conflit applicables aux activités d'assurance vie. L'examen de leur transposition confirmerait les tendances observées en assurance non-vie.

SECTION 1. PRÉSENTATION DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS INSÉRÉES DANS LA DIRECTIVE LPS NON-VIE DU 22 JUIN 1988

§ 1. UNE STRUCTURE ORIGINALE

1. Une lecture rapide de l'article 7, § 1, de la directive LPS non-vie du 22 juin 1988 ¹ indique clairement que le législateur communautaire a eu recours, pour résoudre les problèmes de droit international privé liés à l'internationalisation du contrat d'assurance, à la technique traditionnelle des règles de rattachement bilatérales ou règles de conflit de lois ².

Sous l'angle du droit international privé, ces règles présentent d'emblée une structure originale par rapport à la structure dualiste classique – loi applicable en cas de choix ou à défaut de choix – généralement retenue en matière de contrats internationaux. Le principe de l'autonomie des volontés qui, selon la conception la plus largement répandue à l'heure actuelle, permet aux parties à un contrat international de choisir la loi qui sera applicable au contrat en le soumettant ainsi à un ordre juridique donné, n'y est en effet retenu qu'au titre d'une dérogation à une règle de conflit première qu'on pourrait

¹ 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, *J.O.C.E.*, n° L172, du 4 juillet 1988, p. 1.

² Ces règles figurent en annexe de la présente contribution.

qualifier pour cette raison « d'impérative » ¹. Dans la directive LPS non-vie, cette règle première fait appel à une coïncidence de deux facteurs de rattachement territoriaux définis objectivement (le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle ou d'administration centrale du preneur), chacun devant se concrétiser dans un Etat membre (art. 7, § 1, *litt. a*, 1ère phrase).

Le principe de l'autonomie des volontés n'apparaît qu'au second rang, et dans des proportions variables quant à l'étendue du choix offert aux parties. Les concessions qui sont faites à ce principe sont de trois ordres. Un choix est tout d'abord ouvert dans des hypothèses déterminées marquées par une dispersion de certains facteurs de rattachement (directive LPS non-vie, art. 7, § 1, *litt. b, c et e*). Encore ce choix est-il limité entre deux ou plusieurs lois entretenant un lien objectif avec la situation. Ce choix limité peut toutefois être élargi au terme d'une technique originale mais fort complexe, si et dans la mesure où un choix plus large est autorisé par une règle de droit international privé de l'Etat dont la loi est rendue applicable par la règle de conflit primaire (directive LPS non-vie art. 7, § 1, *litt. a*, 2ème phrase, et *litt. c*). Une liberté complète de choix, au sens où on l'entend généralement en droit international privé n'est accordée, à titre exceptionnel, que pour les contrats couvrant certains risques limitativement définis (directive LPS non-vie, art. 7, § 1, *litt. f*, modifié par l'article 27 de la troisième directive en assurance non-vie).

On constate par conséquent que le système de droit international privé inséré dans les directives communautaires ne fonctionne que sous la forme de concessions ponctuelles accordées dans des cas particuliers et selon des proportions variables, au principe de l'autonomie des volontés. Celui-ci n'est consacré au sens plein, c'est-à-dire au sens que lui attribue l'article 3 de la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles ², que pour certains contrats, les contrats d'assurance transport auxquels sont venus s'adjoindre, depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive non-vie ³, tous les contrats couvrant des grands risques au sens de l'article 5, *litt. d*, de la directive LPS non-vie.

Classiquement, la consécration du principe du libre choix complet ou limité de la loi applicable appelle une règle de rattachement subsidiaire applicable lorsque les parties

¹ LOUSSOUARN Y., "Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988", *R.G.A.T.*, 1989, p. 302.

² *J.O.C.E.*, n° L266 du 9 octobre 1980.

³ Directive 92/96/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, *J.O.C.E.*, n° L228 du 11 août 1992, p. 1.

n'ont pas exprimé de choix. La règle de conflit impérative constituant une référence obligée dans les situations qu'elle vise, la règle de rattachement subsidiaire ne peut jouer qu'un rôle complémentaire à un troisième niveau, lorsqu'un choix était ouvert aux parties mais qu'elles n'en ont pas fait usage. Un tel rattachement subsidiaire est prévu par la directive LPS non-vie (art. 7, § 1, *litt. h*).

§ 2. UN SYSTÈME DE RATTACHEMENT INFLUENCÉ PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE

2. A l'évidence, les règles de conflit de lois précitées sont davantage inspirées de finalités matérielles que du principe de proximité cher au droit international privé. Cette conséquence étonnante au plan de la théorie générale s'inscrit dans la logique de l'insertion des règles de conflit de lois dans un texte communautaire destiné à faciliter l'exercice de la libre prestation de services en assurance. Dès lors que la divergence des droits du contrat d'assurance est perçue comme un obstacle à l'exercice de cette liberté, les normes destinées à harmoniser le règlement des conflits de lois dans les Etats membres s'inscrivent nécessairement dans la dialectique propre au droit communautaire opposant les exigences de la libre circulation et les impératifs de la protection du consommateur.

Transposée en droit international privé, cette dialectique conduit à une tension constante entre le libre choix de la loi applicable et l'application impérative de la loi de l'Etat du risque dans un but de protection de l'assuré. Cette confrontation se résout dans la directive LPS non-vie, par un dosage subtil de la liberté de choix de la loi applicable, partant d'un rattachement impératif excluant toute possibilité de choix, passant par un choix limité dans des situations définies marquées par une dispersion des facteurs de rattachement significatifs, pour arriver à une liberté complète de choix dans les situations qui ne nécessitent pas une protection particulière du preneur. Afin de rencontrer les exigences des pays libéraux qui ne souhaitent pas restreindre la liberté des parties, un mécanisme complexe de renvoi vient compléter le système, permettant aux parties de bénéficier d'un choix plus étendu au second degré lorsque l'Etat membre désigné par la règle de conflit primaire l'autorise.

L'influence du droit communautaire s'observe aussi dans l'organisation du rattachement du contrat à défaut de choix de la loi applicable (art. 7, § 1, *litt. h*). Les dérogations apportées par la directive LPS non-vie au système de rattachement subsidiaire prévu par l'article 4 de la Convention de Rome démontrent que la détermination de la loi

applicable à défaut de choix des parties répond elle-même à un souci de protection du preneur et des assurés. Alors que l'article 4 de la Convention de Rome établit une présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, l'article 7, § 1, *litt. h*, lui substitue une présomption en faveur de la loi du pays du risque.

3 . L'organisation du système de rattachement et le choix des critères territoriaux fait donc songer immanquablement à une politique de protection de la partie réputée faible. Le critère du lieu du risque, apparemment étranger à une telle politique, y est au contraire étroitement lié, par le biais de l'influence persistante du droit du contrôle sur le droit international privé. Le lieu du risque était en effet couramment utilisé par les lois de contrôle nationales avant l'intégration des marchés pour déterminer leur domaine d'application dans l'espace.

A cet égard, on ne peut manquer d'observer que l'hypothèse visée par l'article 7, § 1, *litt. a*, correspond exactement à celle qui fit l'objet de l'examen de la Cour de Justice dans l'arrêt allemand du 4 décembre 1986, à laquelle celle-ci a d'ailleurs expressément limité la portée de sa décision ¹. Cette coïncidence troublante permet d'établir avec une certaine vraisemblance que le législateur communautaire a conçu les règles de conflit de lois dans le prolongement des arrêts de la Cour de Justice. D'après la Cour en effet, l'application de la loi du pays du risque, c'est-à-dire du pays d'activités, se justifie lorsqu'elle est indispensable pour garantir un but de protection du preneur ou de l'assuré. Par ailleurs, le critère de la résidence habituelle du preneur sur lequel s'appuie également la règle de conflit impérative est traditionnellement retenu en droit international privé pour exprimer un objectif de protection ². Enfin, la définition résiduaire du lieu du risque comme étant celui où se situe la résidence habituelle ou l'établissement du preneur auquel le contrat se rapporte (art. 2, *litt. d*, directive LPS non-vie) favorise clairement la coïncidence dont dépend l'application de cette loi en vertu de l'article 7, § 1, *litt. a*, et opère ainsi un effet restrictif sur les possibilités de choix de la loi applicable.

¹ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission cl RFA*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755, attendu n° 23, dans lequel on peut lire : "L'examen suivant ne concerne donc que les assurances contre les risques se situant dans l'Etat membre du preneur d'assurance".

² ROTH W.H., *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, JCB Mohr/Tübingen, 1985, p. 738-739; REICHERT-FACILIDES F., "Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrecht", *IPRax*, 1990, p. 11; IMBUSCH S., "Das IPR der Versicherungsverträge über innerhalb der EG belegene Risiken", *VersR.*, 1993, p. 1062.

4. La technique utilisée peut, il est vrai, surprendre. On aurait pu s'attendre à un rattachement alternatif inspiré de celui prévu par l'article 5 de la Convention de Rome, qui admet le choix de la loi applicable dans le domaine des contrats de consommation, pour autant que ce choix n'ait pas pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Au lieu de cela, l'article 7, § 1, *litt. a*, procède à un rattachement rigide, écartant toute possibilité de choix tout au moins pour la mise en œuvre de la règle de conflit primaire. Cette exclusion du principe d'autonomie, bien que préconisée par une certaine doctrine en matière d'assurance ¹, reste peu fréquente dans le secteur des contrats internationaux, y compris dans les contrats de consommation. C'est peut-être une des raisons pour lesquelles elle a été si mal perçue lors de la transposition de la directive dans la législation des Etats membres.

SECTION 2. L'EFFACEMENT DU RATTACHEMENT IMPÉRATIF AU PROFIT D'UNE AUTRE TECHNIQUE DE PROTECTION

§ 1. PRINCIPE

5. Lorsque les facteurs de rattachement du lieu du risque et de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur se concrétisent dans un même Etat membre la loi applicable au contrat d'assurance ne peut être que celle de cet Etat (art. 7, § 1, *litt. a*). Sous réserve des dérogations autorisant un choix limité, complet ou élargi, toute clause contractuelle dérogeant à ce rattachement sera donc réputée non écrite. Cette caractéristique est bien rendue par les termes « nonobstant toute clause contraire ... » ² ou « loi applicable à l'exclusion de toute autre » ³, utilisés par certaines lois de transposition. Puisqu'elle écarte toute possibilité de choix de la loi applicable, cette règle

¹ En Italie, les exigences de protection ont été considérées comme tellement pressantes en assurance, qu'elles ont mené une partie de la doctrine à proposer l'exclusion pure et simple du choix de la loi applicable. Voy. MONACO R., "L'efficacia della legge nello spazio", Torino, 1964, p. 348, cité par FORLATI-PICCHIO L., "La legge applicabile ai contratti di assicurazione e diritto comunitario", *Dir. comm. e scam. int.*, 1983, p. 48 et 52; du même auteur, "La legge applicabile ai contratti di assicurazione", in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, A cura di Tullio Treves, Padova, Cedam, 1983, p. 154 et 160. Voy. également l'évolution des conceptions du professeur LANDO, "Contracts", in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Chap. 24), Mohr/Tübingen, 1976, p. 144, n° 270 et ss.; "Party-autonomy in the EEC Convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations", in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 199.

² Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, *Mém.*, 23 décembre 1991, p. 1761, art. 45, § 1; Arrêté royal belge du 22 février 1991 modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, *Mon. belge*, 11 avril 1991, p. 7477, art. 28 ter.

³ Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, *J.O.*, 3 janvier 1990, p. 63, art. L181-1, 1°.

de rattachement a bien un caractère impératif ¹. De même que la règle impérative de droit interne déroge au principe de l'autonomie des volontés qui autorise les parties à aménager leurs relations au mieux de leurs intérêts, la règle de conflit de lois impérative déroge au principe de l'autonomie des volontés en droit international privé.

6. Répondant à l'objectif d'harmonisation poursuivi par les autorités communautaires, la plupart des Etats membres ont repris dans leur législation nationale l'hypothèse visée par l'article 7, § 1, *litt. a*, fondée sur la coïncidence entre le lieu où le risque est situé et le lieu où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale.

Toutefois, certains d'entre eux, peu convaincus ou désorientés par la technique originale du rattachement impératif, ont préféré revenir lors de la transposition à une structure dualiste classique (loi applicable à la suite d'un choix et loi applicable à défaut de choix). Cette modification, qui paraît difficilement compatible avec le caractère contraignant des directives, s'accompagne généralement d'une substitution de la technique de protection rigide préconisée par la directive, par une technique de rattachement alternatif inspirée de l'article 5 de la Convention de Rome. Celle-ci permet de consacrer d'entrée de jeu la liberté de choix du droit applicable pour tous les contrats d'assurance, tout en réservant l'application des dispositions protectrices de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur.

Dépourvu de son caractère impératif, le rattachement prévu par l'article 7, § 1, *litt. a*, est alors utilisé au titre d'un rattachement objectif destiné uniquement à opérer à défaut de choix de la loi applicable. Cette seconde mutation est, elle-même, incompatible avec l'art. 7, § 1, *litt. h*, qui était précisément destiné à régler cette hypothèse dans la directive. Les législations autrichienne et finlandaise fournissent une illustration de cette tendance à l'effacement du rattachement impératif.

¹ Voy. en ce sens, FALLON M., "La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988", *R.G.A.T.*, 1989, p. 251, n° 24, qui parle de désignation de plein droit; VAN HUIZEN H.J.G., "Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijk recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverrichting", *Verz. Arch.*, 1989, p. 166; LOUSSOUARN Y., *op. cit.*, p. 298 et 302; BASEDOW J. et DRASCH W., "Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht", *N.J.W.*, 1991, p. 790; SMULDERS B. et GLAZENER P., "Harmonization in the field of insurance law through the introduction of community rules of conflict", *Comm. Mark. L.R.*, 1992, p. 781; HAHN V., "Die 'europäischen' Kollisions-normen für Versicherungsverträge", *VfW Karlsruhe*, 1992, p. 28-29; MORSE C.G.J., "Party autonomy in International Insurance Contract Law", in *International Insurance Contract Law in the EC*, REICHERT-FACILIDES F. et JESSURUN D'OLIVEIRA H.U. (éd.), Kluwer, 1993, p. 39. L'avant-projet du Comité Européen des Assurances présenté à la Commission en 1967 allait déjà dans ce sens. Voy. BESSON A., "Loi applicable aux contrats d'assurance dans le cadre de la liberté de prestation de services", *R.G.A.T.*, 1967, p. 240-241.

§ 2. ILLUSTRATIONS

7. *La loi autrichienne* consacre d'entrée de jeu et de façon très large le principe du libre choix de la loi applicable lorsque le risque et la résidence habituelle du preneur se localisent en Autriche, en dérogeant ainsi apparemment (cette dérogation pourrait en effet s'autoriser de l'élargissement du choix de la loi applicable permis par la directive, voy. à cet égard *infra*) au rattachement impératif prévu par la directive. Ensuite, en vertu d'une disposition spécifique relative à la protection du preneur d'assurance, elle prévoit concurremment que si le contrat est conclu à la suite d'un démarchage de l'assureur ou d'un intermédiaire habilité à agir en son nom dans l'Etat de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur d'assurance, le choix de la loi applicable ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives de cet Etat, visant à la protection du preneur d'assurance. La technique et la formule utilisées font inmanquablement songer à celle utilisée par l'article 5 de la Convention de Rome ¹.

Ayant ainsi effacé le rattachement impératif du système de conflit de lois, la loi autrichienne réintroduit l'hypothèse sur laquelle celui-ci était fondé dans la règle de rattachement subsidiaire : le § 10 (1) prévoit en effet que si, au moment de la conclusion du contrat, le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale dans l'Etat membre où le risque est situé, la loi applicable au contrat est, *à défaut de choix*, celle de cet Etat. En réalité, l'article 7, § 1, *litt. a*, de la directive européenne est bien plus qu'une règle de conflit applicable à défaut de choix : il s'agit d'une règle de conflit qui exclut tout choix de la loi applicable.

8. *La loi finlandaise* s'inspire d'une technique similaire. Elle insère, elle aussi, le rattachement impératif dans le cadre du rattachement objectif applicable à défaut de choix. Selon le § 7 en effet, *lorsque les parties ne sont pas convenues de la loi applicable au contrat*, la loi applicable au contrat est celle de l'Etat où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale, si le risque est également situé sur le territoire de cet Etat. Le § 12 reprend à son compte l'objectif de protection poursuivi par le rattachement impératif. Celui-ci réserve, en cas de choix de la loi applicable, l'application des dispositions protectrices du droit finlandais, lorsque le preneur d'assurance est un

¹ *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, (Vers. VG), Bundesgesetzblatt, n° 89/1993, § 5 (1) et (2); § 9 (1).* La disposition protectrice n'est pas applicable lorsque le preneur d'assurance est une entreprise et que le contrat porte sur les grands risques visés par l'annexe B de la loi (§ 9 (2)).

consommateur qui a sa résidence habituelle en Finlande et que le contrat a été conclu à la suite d'un démarchage commercial de l'assureur ou de son représentant en Finlande ¹.

Même si elles présentent l'avantage de proposer des solutions plus harmonieuses au regard de la Convention de Rome, il n'est pas certain que ces transpositions soient compatibles avec la directive. Celle-ci impose en effet des obligations précises aux Etats membres. Elle ne permet vraisemblablement pas de remplacer la technique de protection prévue par l'article 7, § 1, *litt. a*, par une autre jugée, à tort ou à raison, plus efficace. La compatibilité de ces règles nationales ne pourrait être affirmée que si la possibilité d'élargissement du choix laissé aux Etats membres par l'article 7, § 1, *litt. a in fine*, pouvait se comprendre comme une faculté générale de dérogation à la règle de conflit primaire impératif ou si la solution retenue par la directive devait être considérée comme une entrave injustifiable à la liberté de prestation de service.

SECTION 3. LE RETOUR À UN RAISONNEMENT UNILATÉRALISTE

§ 1. LOIS NATIONALES EMPRUNTANT À L'UNILATÉRALISME

9. Alors que la directive LPS non-vie contient manifestement des règles de conflit de lois multilatérales désignant la loi applicable quel que soit le lieu où se concrétisent les facteurs de rattachement, y compris lorsqu'il s'agit d'un Etat étranger, on trouve parmi les législations nationales quelques transpositions teintées d'unilatéralisme (France ², Espagne ³, Grèce ⁴, Luxembourg ⁵ et Portugal ⁶). Censées transposer l'hypothèse de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur prévue par l'article 7, § 1, *litt. a*, ces lois visent uniquement l'hypothèse dans laquelle les deux facteurs de rattachement précités se localisent sur le territoire du for, sans prévoir explicitement aucune solution dans l'hypothèse inverse où

¹ Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, sur la loi applicable à certains contrats d'assurance internationaux, *Suomen Sääddösk okoelma*, 1993, n° 91.

² Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989, art. L181-1 (1°).

³ Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, *BOE* num. 304 du 20 décembre 1990, p. 37.977, art. 107, § 1.

⁴ Décret présidentiel n° 252 du 19 août 1996, art. 4, § 2.

⁵ Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, art. 45, § 1.

⁶ Décret-loi portugais 352/91 du 20 septembre 1991, *Diario de Republica*, 1 série A du 20 septembre 1991, p. 4968, art. 41, § 1 devenu depuis le décret-loi n° 102/94 du 20 avril 1994 du 20 avril 1994, l'article 180, § 1.

les deux facteurs sont situés dans un autre Etat membre. La loi française en fournit un exemple : « Lorsque le risque est situé au sens de l'article L351-3 sur le territoire de la République française et que le souscripteur y a sa résidence principale ou son siège de direction, la loi applicable est la loi française à l'exclusion de toute autre ». Confrontées aux hypothèses de choix limité prévues par les art. 7, § 1, *litt. b, c et e*, ces mêmes lois continuent à prendre pour présupposé de la règle de conflit, la localisation du risque sur le territoire du for.

Dans un premier temps, le *législateur belge* s'était, lui aussi, rallié à cette méthode ¹. Se rendant compte des lacunes qu'une telle transposition ne manquerait pas de créer en droit privé en cas de localisation du risque à l'étranger, une disposition complémentaire a été prévue selon laquelle « le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé lorsqu'il est relatif à des risques situés dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable ».

La modification apportée pour combler les lacunes du texte initial ne remplit malheureusement pas l'objectif de bilatéralisation poursuivi et embrouille plus qu'elle ne clarifie, puisqu'elle ne prend plus pour base la coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur. En outre, par les termes « lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable », l'article 28ter, § 2 laisse croire *a contrario* qu'un choix serait ouvert aux parties dans l'hypothèse d'une coïncidence vérifiée à l'étranger, ce qui, sous réserve d'un élargissement du choix par l'Etat désigné que lui seul peut formuler, est formellement contredit par la directive. Enfin, en visant l'hypothèse d'une absence de choix, l'article 28ter, § 2, contredit aussi la solution prévue dans ce cas particulier par l'article 28ter, § 7, transposant l'article 7, § 1, *litt. h* de la directive LPS non-vie (rattachement à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits).

§ 2. UN UNILATÉRALISME ACCIDENTEL ET IRRÉFLÉCHI

10. Le règlement du conflit de lois par référence à la localisation du risque sur le territoire du for a heurté à juste titre certains commentateurs, qui y ont vu une concession à la théorie unilatéraliste restée minoritaire dans la doctrine de droit international privé ².

¹ Arrêté royal du 22 février 1991, art. 16 insérant un article 28ter, § 1 dans la loi de contrôle, modifié par l'art. 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1993.

² LAGARDE P., Présentation de la directive du 22 juin 1988 relativement à la loi applicable au contrat d'assurance, *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 147-149; AUDIT B., "Implementation of the Second Directive on

Selon la doctrine unilatéraliste, chaque législateur national doit se borner à déterminer le domaine spatial de ses propres règles de droit matériel sans chercher à définir celui des règles étrangères, la volonté d'application ainsi exprimée devant être respectée dans tous les ordres juridiques où la question de l'applicabilité de la loi est posée. Le règlement du conflit de lois est dès lors uniquement conçu sous la forme d'une délimitation dans l'espace des diverses normes matérielles appartenant à l'ordre juridique national, sans qu'aucune attention doive être accordée à la compétence de la loi étrangère dont l'applicabilité ne peut dépendre que du législateur étranger. Ces normes étrangères peuvent être accueillies dans l'ordre juridique national, mais affectées des limites spatiales qui les assortissent dès l'origine. Le principe fondamental du système est donc que le domaine d'application dans l'espace de toute règle de droit est déterminé par l'ordre juridique auquel la règle appartient ¹.

11. Même si certains législateurs nationaux ont transposé les règles de conflit de façon unilatérale, il est douteux que l'on puisse y voir l'expression d'une adhésion même implicite à la doctrine unilatéraliste du droit international privé. Cet unilatéralisme doctrinal est resté largement théorique à défaut de pouvoir trouver appui dans la pratique législative ou conventionnelle ². Il serait curieux qu'il resurgisse ici alors même que les règles communautaires sont formulées depuis l'origine de façon bilatérale. Il est vrai qu'il ne pouvait en être autrement à ce niveau, à défaut pour le législateur communautaire de pouvoir se référer à un ordre juridique national déterminé.

Loin de manifester une adhésion plus ou moins consciente aux thèses unilatéralistes, la méthode de transposition adoptée s'explique en réalité par une influence malencontreuse des techniques propres au droit administratif, favorisée d'ailleurs, dans certains pays, par l'insertion des règles de conflit dans la réglementation de contrôle. On sait que la méthode unilatérale est traditionnelle en droit administratif, car en ce domaine, il s'agit toujours et exclusivement pour le législateur de délimiter la compétence de ses propres autorités nationales, sans s'occuper de celle des autorités étrangères. Vu

Choice of Law Issues : The French Statute of December 31, 1989", in *International Insurance Contract Law in the EC*, REICHERT-FACILIDES F. et JESSURUN D'OLIVEIRA H.U. (éd.), Kluwer, 1993, p. 84.

¹ Sur cette doctrine, voy. GOTHOT P., "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1971, p. 1-36, 209-243, 415-450; du même auteur, "La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats", *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1979, p. 5-22; BATIFFOL H. et LAGARDE P., *Traité*, t. I, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 253; LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Précis de droit international privé*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1993, n° 108; MAYER P., *Traité*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 116 à 119.

² Voy. notamment RIGAUX F., *Précis de droit international privé*, t. I, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 179, n° 269.

l'intervention marquée de la puissance publique dans la relation d'assurance, il n'est pas étonnant qu'on retrouve certaines traces de cet unilatéralisme administratif dans le règlement des conflits de lois. Certains législateurs nationaux ont, semble-t-il, été victimes de cet amalgame engendré par le règlement concomitant des conflits d'autorités et des conflits de lois sur la base d'un critère territorial identique : celui du lieu du risque.

12. Le fait que la transposition unilatérale de la règle de conflit prévue par l'article 7, § 1, *litt. a*, résulte davantage d'une erreur d'appréciation que d'un parti pris en faveur de la doctrine unilatéraliste est attesté par l'impossibilité d'y recourir, lorsqu'il s'agit de transposer les autres règles de conflit communautaires fondées non plus sur une coïncidence, mais sur une dispersion des facteurs de rattachement dans plusieurs Etats.

Par exemple, pour transposer l'article 7, § 1, *litt. b*, les législations précitées continuent certes à prendre pour hypothèse de la règle de conflit la localisation du risque sur le territoire du for, mais le critère de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur ne peut, quant à lui, se concrétiser que dans un pays étranger ¹. Cette règle ne peut donc plus être qualifiée d'unilatérale puisqu'elle ne se refuse pas à désigner une loi étrangère. Confrontée à une situation de dispersion de deux facteurs de rattachement, la *loi française* va même plus loin puisqu'elle distingue deux catégories de situations : celles où c'est le risque qui est situé en France et celles où c'est la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur qui se trouve sur le territoire français ². Une lacune subsiste néanmoins dans les cas où ni le risque ni la résidence habituelle du preneur ne se trouvent en France ³.

Comme en atteste les lois de transposition, il en va de même pour la transposition de l'article 7, § 1, *litt. c*, qui vise l'hypothèse d'une dispersion des risques sur le territoire de plusieurs Etats membres. Il est impossible de traduire une telle règle en termes unilatéraux, même si l'on prend pour hypothèse la localisation d'un des risques sur le territoire du for ⁴. Par la force des choses, une telle transposition comporte encore une lacune, lorsqu'aucun des risques couverts n'est localisé sur le territoire du for.

¹ Décret-loi portugais 352/91 du 21 septembre 1991, art. 42, § 1 devenu art. 181, § 1, depuis l'adoption du décret n° 102/94 du 20 avril 1994. Arrêté royal belge du 22 février 1991, art. 28 ter, § 2. Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, art. 107, § 2, *litt. a*, devenu art. 107, § 3, *litt. a* dans la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995. Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, art. 45, § 1.

² Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989, art. L181-1, 2°. Le Décret présidentiel grec n° 252/96 du 19 août 1996, § 2 (B), utilise la même formule.

³ AUDIT B., *op. cit.*, p. 87; en ce sens, voy. LAGARDE P., Intervention au Comité français de droit international privé suivant l'exposé de RIPOLL J., *op. cit.*, note 15, p. 189-190.

⁴ Décret-loi portugais n° 352/91, du 20 septembre 1991, art. 43, devenu art. 182, § 1 depuis l'adoption du décret n° 102/94 du 20 avril 1994. Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989, art. L 181-1, 3°. Arrêté royal belge du 22 février 1991 précité titre II, note 60, art. 28 ter, § 3. Loi luxembourgeoise du

§ 3. CORRECTION DE LA TRANSPOSITION UNILATÉRALE

13. Si le mode de transposition adopté par certains législateurs nationaux ne fournit aucun soutien à la doctrine unilatéraliste, il n'empêche que la règle de conflit nationale formulée de façon unilatérale n'échappe pas, comme nous venons de le voir, à certaines lacunes. Ainsi, dans l'hypothèse visée par l'art. 7, § 1, *litt. a*, elle ne donne aucune solution au juge du for si le risque et la résidence habituelle du preneur (ou son administration centrale) sont localisés dans un Etat membre différent de celui du for.

On a proposé dans ce cas, soit de bilatéraliser la disposition de façon à la rendre applicable également lorsque les facteurs de rattachement concernés se concrétisent à l'étranger, soit de recourir aux règles générales de droit international privé, comme prévu par l'article 7, § 3 de la directive LPS non-vie en l'absence de solution expresse, ce qui rendrait applicables les dispositions de la Convention de Rome ¹.

La seconde solution doit être rejetée car elle constitue un détournement manifeste de la directive. Le renvoi aux règles générales de droit international privé n'est en effet prévu qu'en l'absence de solutions spécifiques. Or, la règle de conflit communautaire formulée de façon bilatérale donne une solution à la question de la loi applicable lorsque le risque se situe à l'étranger. La seule solution acceptable consiste par conséquent dans la bilatéralisation de la règle de conflit nationale sur le fondement de la directive elle-même.

Comme les directives n'ont en principe pas d'effet direct dans les relations entre particuliers, il est peu probable que les règles de conflit de lois prévues par l'article 7, § 1, *litt. a, b et c* puissent être rendues applicables à ce titre ². La directive conserve

6 décembre 1991, art. 45, § 3. Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, art. 107, § 2, *litt. b*, devenu art. 107, § 3, *litt. b*, dans la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995; Décret présidentiel grec n° 252/96 du 19 août 1996, § 2 (C).

¹ AUDIT B., *op. cit.*, p. 85.

² La notion d'effet direct ou d'invocabilité directe évoque les conditions dans lesquelles une personne juridique – physique ou morale, privée ou publique – peut, dans le cadre du système juridique national, se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée ou transposée tardivement ou incorrectement en droit national, dans ses rapports juridiques avec une autre personne. Cette "invocabilité substitution" conduit le juge, sous certaines conditions, à substituer la directive à la norme interne comme base légale du litige. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, cette "invocabilité" peut être considérée comme restreinte. Elle suppose tout d'abord à l'évidence que le délai de transposition soit écoulé (on vise par là le délai dans lequel les Etats sont tenus d'appliquer les dispositions contenues dans la directive : voy. *CJCE*, 3 mars 1994, *Vaneetveld c/ Le Foyer*, aff. C-316/93, *J.T.D. Eur.*, 1994, ...). En outre, la directive n'est invocable directement par les particuliers qu'à l'encontre de tout Etat destinataire ayant méconnu les objectifs précis et inconditionnels qu'elle a fixés (effet direct vertical) (*CJCE*, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41/74, *Rec.*, 1974, p. 1347; *CJCE*, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*, 1979, p. 1629. Il s'ensuit que la directive ne peut être invoquée ni à l'encontre des particuliers par l'Etat

toutefois un effet utile en ce sens que son invocabilité ne disparaît pas lorsque des mesures d'application ont été prises par le législateur national : les règles communautaires peuvent être utilisées pour donner aux règles de droit interne dont elles sont la source, une interprétation cohérente avec le contenu et le but des règles communautaires (invocabilité d'interprétation) ¹.

Confronté à une situation dans laquelle le risque se situe dans un autre Etat membre, le juge serait tenu d'interpréter sa règle de conflit de façon multilatérale à la lumière du texte de la directive, de manière à rendre applicable la loi de cet autre Etat membre, conformément à l'article 7, § 1, *litt. a, b ou c*. La lacune de la réglementation nationale, inexistante dans le contexte de la directive, serait ainsi comblée dans un sens conforme au droit communautaire ².

ni entre particuliers (effet direct horizontal) (CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and south West Hampshire Area Health Authority*, aff. 152/84, *Rec.*, 1986, p. 723; CJCE, 8 octobre 1987, *Procédure pénale c/ Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. 80/86, *Rec.*, 1987, p. 3969; CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori c/ Recreb srl*, aff. C 91/92, *Rec.*, 1994, p. 1-3325).

¹ Sur l'effet utile des directives et l'invocabilité d'interprétation, voy. en jurisprudence CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein Westfalen*, aff. 14/83, *Rec.*, 1984, p. 1891; CJCE, 10 avril 1984, *Harz c/ Deutsche Tradex*, aff. 79/83, *Rec.*, 1984, p. 1921; CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore*, aff. 67/74, *Rec.*, 1975, p. 297; CJCE, 10 février 1982, *Transporoute c/ Ministère des travaux publics*, aff. 76/81, *Rec.*, 1982, p. 417; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentacion*, aff. C-106/89, *Rec.*, 1990, p. 4135. Pour ce qui concerne l'effet utile, il importe peu que les dispositions invoquées ne soient ni précises ni inconditionnelles; il suffit qu'elles soient de nature à exprimer une intention suffisamment certaine en faveur d'un but déterminé. La directive est invocable aux fins d'interprétation dans tous les litiges y compris ceux qui n'opposent que des particuliers. L'invocation des directives entre particuliers au titre de l'effet utile suppose toutefois que le droit national soit conciliable avec la directive, c'est-à-dire qu'il n'y soit pas clairement et manifestement contraire. A défaut, l'obligation d'interprétation conforme disparaîtrait. Même si la théorie de l'effet utile ne recouvre théoriquement pas celle de l'effet direct, il faut reconnaître qu'elle constitue un moyen commode pour contourner l'exclusion de l'effet direct horizontal. La frontière entre les deux est en effet perméable : l'extension qui pourrait être donnée à la première rendrait la seconde inutile. La multiplication des directives qui concernent les relations entre particuliers favorise cette évolution. Sur le plan de la technique législative, leur application peut d'ailleurs être garantie par une simple référence à la norme communautaire afin d'interpréter le droit national.

² Dans le même sens, voy. FRIGESSI DI RATTALMA M., "La legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione delle direttive comunitarie", *Riv. dir. int. pri. et pro.*, 1996, p. 32.

SECTION 4. L'ÉLARGISSEMENT DU CHOIX : UN MÉCANISME DE RENVOI MAL COMPRIS PAR LES ETATS MEMBRES

§ 1. PRÉSENTATION DU MÉCANISME

14. En recourant à une technique à la fois complexe et originale, la directive autorise un choix plus large de la loi applicable que celui ouvert dans les hypothèses prévues par l'article 7, § 1, *litt. a, b* ou *c*, si et dans la mesure où, la ou les lois des Etats membres désignés par la règle de conflit pertinente le permettent.

De prime abord, il faut reconnaître qu'il existe une certaine incohérence à obliger d'une part un Etat membre à exclure, sinon à limiter dans sa loi de transposition, le principe d'autonomie des volontés en droit international privé, tout en l'autorisant d'autre part, à y déroger au second degré au cas où son propre droit serait déclaré applicable par la règle de conflit primaire¹. Toute l'ambiguïté de la technique est là : l'Etat membre est autorisé à faire au titre d'une règle de conflit secondaire, ce qu'il ne peut pas faire au titre de la règle de conflit primaire. De ce fait, il est également autorisé à maintenir dans son ordre juridique deux règles de conflit destinées à régir des situations similaires, mais prévoyant des solutions différentes.

Cette technique curieuse s'explique par des motifs politiques et stratégiques. Il s'agissait de surmonter le désaccord entre les Etats membres sur l'extension à donner au principe de l'autonomie des volontés en matière d'assurance, sans mettre pour autant à néant l'uniformisation recherchée. Ceux d'entre eux qui connaissaient, avant même la négociation des directives de la deuxième génération, une tradition très libérale en matière de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux pouvaient difficilement accepter une restriction totale ou même partielle de l'autonomie des parties. Cette régression était d'autant plus paradoxale que la liberté de choix de la loi applicable paraissait aller dans le sens de la liberté de prestation de services.

15. Le problème fut donc résolu par l'introduction d'un double degré dans le règlement des conflits de lois relatifs au contrat d'assurance. On ne peut cependant y voir, contrairement à plusieurs législateurs nationaux, une option au sens classique du droit communautaire, car la directive ne permet pas aux Etats membres de déroger d'entrée de

¹ En ce sens, FALLON M., "La loi applicable au contrat...", *op. cit.*, p. 263, n° 37; LOUSSOUARN Y., *op. cit.*, p. 298.

jeu aux règles de conflit primaires dans un sens libéral. Ce n'est qu'au second degré, c'est-à-dire *après* la mise en œuvre de la règle de conflit primaire, que l'Etat membre ou les Etats membres déclarés intéressés à la situation par cette règle peuvent, s'ils le souhaitent, opter pour un élargissement du choix accordé aux parties.

Interpréter la possibilité d'élargissement du choix comme une option reviendrait à priver les règles de conflit primaires de toute utilité, puisque les Etats destinataires de la directives seraient libres d'y déroger en laissant aux parties l'autonomie qui leur paraît adéquate. Une telle interprétation dont le caractère excessif démontre l'inexactitude doit être rejetée, d'autant plus que les règles communautaires poursuivent incontestablement un but de coordination : la technique particulière consistant à faire appel à la règle de conflit de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit primaire est la seule qui permette de maintenir une certaine uniformité dans le règlement des conflits de lois, car elle garantit, si elle est correctement appliquée, que quel que soit le juge saisi du litige, les parties contractantes bénéficieront, en fonction de la localisation objective du contrat, d'une liberté de choix de la loi applicable dont l'étendue est identique dans l'ensemble de la Communauté et de l'Espace économique européen.

§ 2. ANALYSE TECHNIQUE

16. Si, comme nous le pensons, la référence faite par la directive LPS non-vie au droit national se comprend comme une référence aux règles de rattachement de l'Etat déclaré intéressé par la situation, la technique utilisée qui consiste à faire appel à une règle de droit international privé appartenant à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for fait immanquablement songer au renvoi ¹. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle a été analysée par la majorité des commentateurs qui reconnaissent cependant dans cette technique une forme particulière, originale ou étrange du renvoi ².

¹ On ne peut donc que s'étonner de l'article 3 de la loi norvégienne du 27 novembre 1992 modifiée par la loi du 24 janvier 1997 qui exclut de façon générale le renvoi.

² Voy. LAGARDE P., *op. cit.*, p. 148 qui parle d'une forme "un peu particulière de renvoi"; REICHERT-FACILIDES F., *op. cit.*, p. 5; BERR C.J., "Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services", *R.T.D.Eur.*, 1988, p. 669, n° 36 qui parle, lui, d'une "forme étrange de renvoi"; HUBNER U., "Zum Stand des Rechtsvereinheitlichung im internationalen Versicherungsvertragsrecht", in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Herausgegeben von C. von Bar*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1991, p. 117; LOGEZ A.F., *L'Europe de la liberté d'établissement et de prestation de services*, Paris, L'Argus, 1991, p. 112; COUSY H., "Le droit applicable au contrat d'assurance dans le marché unique européen", Rapport final au Colloque organisé par le C.E.A. (Avignon 4-7 octobre 1991) publié dans *Risques*, 1991/8, p. 113; RIGAUX F. et FALLON M., *Précis*, t. II, 2ème éd., 1993, n° 1332; PHILIP A., "Private international law of insurance in Denmark and the European Communities", in *Festschrift K. Grönfors*, Sartryck, Norstedts, p. 354;

Au terme du compromis, chaque Etat reste tenu d'intégrer la règle de conflit primaire ou principale dans son ordre juridique national, tout en étant autorisé à maintenir concurremment un autre système de droit international privé plus permissif auquel il pourra être recouru après la mise en œuvre de la règle de conflit primaire afin de permettre aux parties de bénéficier d'un choix plus large. Le renvoi prend ainsi un caractère substantiel. Le concours dans un même ordre juridique entre plusieurs règles de droit international privé pour régir les rapports juridiques nés d'un même contrat constitue le centre du mécanisme ¹.

Sur l'angle de la transposition, le renvoi ne peut correctement fonctionner qu'à trois conditions :

1°) Il faut tout d'abord que la règle de conflit intégrée dans l'ordre juridique national comporte à la fois la règle primaire *et* la réserve de l'élargissement du choix au second degré. Si la réserve n'est pas formulée dans la règle de conflit du for, le mécanisme est privé dès le point de départ d'une condition indispensable à sa mise en œuvre, car le juge ou l'autorité administrative chargée du contrôle matériel ne pourra trouver dans son ordre juridique la base légale nécessaire à l'octroi d'un choix élargi.

L'observation est importante pour la vérification de la conformité de la transposition des règles de conflit. On peut se demander en effet si l'objectif d'harmonisation poursuivi par les directives n'impose pas que chaque Etat prévoie à tout le moins dans sa règle de conflit nationale la réserve de l'élargissement du choix, quitte par une disposition séparée à s'exprimer négativement sur cet élargissement lorsqu'il est lui-même l'Etat déclaré intéressé à la situation par la règle de conflit primaire. En agissant de la sorte, le législateur n'empêche pas le mécanisme de fonctionner lorsque la règle de conflit primaire désigne la loi d'un autre Etat que celui du for. Seule une telle attitude permet de garantir l'uniformité des solutions concernant l'étendue du choix dans l'ensemble de la Communauté. On verra que les législateurs belge, français, espagnol, grec et luxembourgeois n'ont pourtant pas procédé de cette façon.

RIGAUX F., "New Problems of Private International Law in the Single Market", *King's Coll. L.J.*, 1993-1994 (vol. 4), p. 33. *Contra* VAN HUIZEN H.J.G., *op. cit.*, qui est le seul à estimer que la référence au droit national doit s'analyser comme une référence aux règles de droit matériel interne et non aux règles de droit international privé.

¹ En ce sens, FALLON M., "La loi applicable au contrat d'assurance...", *op. cit.*, p. 252, n° 26; LOGEZ A.F., *op. cit.*, p. 122.

2°) L'efficacité du mécanisme suppose en outre l'existence dans l'ordre juridique désigné par la règle de conflit primaire – ordre juridique du for ou ordre juridique étranger –, d'une règle de conflit plus permissive que la règle de conflit primaire. Vu du point de vue de l'Etat appelé à se prononcer sur l'élargissement, cela signifie que deux règles de conflit prévoyant des solutions contradictoires peuvent être amenées à coexister dans un seul et même ordre juridique. Chaque Etat est en effet libre d'accorder ou de ne pas accorder aux parties cette possibilité d'élargissement, par l'adoption ou la non-adoption d'une règle de conflit plus permissive que celle prévue par les directives, appelée à jouer au second degré.

3°) Pour que le processus puisse être mené à son terme, il faut enfin que chaque Etat organise dans son propre ordre juridique le passage entre la règle de conflit prohibitive ou limitative et la règle de conflit permissive en indiquant quelle règle de conflit détermine les possibilités d'élargissement du choix. On doit pouvoir trouver dans l'ordre juridique que la règle de conflit primaire désigne une indication expresse et précise quant au parti pris sur les possibilités d'élargissement. L'on ne pourrait prendre prétexte du renvoi général aux règles générales de droit international privé des Etats membres prévu par les articles 7, § 3, de la directive LPS non-vie à des fins d'élargissement du choix. Ce renvoi s'inspire en effet de préoccupations toutes différentes : celles de combler les lacunes de la directive.

§ 3. UNE HARMONISATION INTROUVABLE

17. La complexité de la technique ainsi mise en place n'échappera à personne. En créant un droit international privé du droit international privé, cette extension complique considérablement le processus de solution du conflit de lois puisque le juge, l'autorité de contrôle ou les parties contractantes doivent en principe consulter deux systèmes différents pour connaître l'étendue de la liberté de choix de la loi applicable ¹. Faut-il s'étonner au vu de la complexité de la technique et de ses conditions d'application, de l'extrême diversité des législations nationales de transposition ? Il est rare d'y trouver en effet les trois éléments indispensables au bon fonctionnement du renvoi. L'hétérogénéité des législations sur ce plan réduit considérablement l'objectif d'harmonisation poursuivi. Pire, cette divergence ne permet pas d'éliminer le risque de *forum shopping* que les rédacteurs des directives avaient pourtant entendu éliminer.

¹ En ce sens, voy. FALLON M., "La loi applicable au contrat d'assurance...", *op. cit.*, p. 252-253, n° 26; BASEDOW J. et DRASCH W., *op. cit.*, p. 794; LOUSSOUARN Y., *op. cit.*, p. 299.

A. La voie étroite

18. *Espagne*¹, *France*², *Grèce*³ et *Luxembourg*⁴. Ce premier groupe de pays a choisi la voie la plus étroite. Les lois espagnole, française et luxembourgeoise se contentent de reproduire les règles de conflit primaires telles qu'elles figurent dans la directive (art. 7, § 1, *litt. a, b et c*), en supprimant systématiquement la partie du texte se référant à la possibilité d'extension du choix au second degré.

L'application de ces règles de conflit entraîne, si le juge saisi est français, espagnol, grec ou luxembourgeois, que les parties au contrat ne pourront jamais disposer d'une liberté de choix plus étendue que celle accordée par la règle de conflit primaire, même si celle-ci désigne la loi d'un autre Etat membre. A l'inverse, si le juge saisi fait partie d'un ordre juridique d'un autre Etat membre, et que sa propre règle de conflit primaire inspirée de l'article 7, § 1, *litt. a, b et c*, renvoie au droit français, espagnol ou luxembourgeois, aucun élargissement du choix ne sera possible à défaut d'être autorisé par la loi renvoyante.

La première conséquence est manifestement contraire à la règle de conflit communautaire en ce qu'elle étouffe dès le départ le mécanisme du renvoi à caractère substantiel. La seconde est en revanche conforme puisqu'elle se limite à indiquer la position prise au second degré par le législateur français, espagnol ou luxembourgeois sur l'élargissement du choix : celui-ci n'est tout simplement pas admis. Conformément à l'option qui lui était ouverte par la directive, il était loisible au législateur d'adopter à ce niveau la solution la plus restrictive.

La transposition défectueuse qui consiste dans l'amputation de la règle de conflit primaire, fait renaître le risque de *forum shopping* : la partie contractante qui entend valider la clause de choix de la loi applicable devra en effet éviter de saisir le juge français, espagnol, grec ou luxembourgeois et choisir un juge dont la règle de conflit permet le renvoi aux fins d'élargissement du choix (par exemple le juge anglais, autrichien ou néerlandais).

¹ Loi 21/1990 du 19 décembre 1990, art. 107, § 1, et 107, § 2, devenus art. 107 § 1 et § 3 depuis l'adoption de la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995.

² Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, art. L 181-1-1°, 2° et 3°.

³ Décret présidentiel n° 252 et 19 août 1996, art 2 (A) (B) et (C).

⁴ Loi du 6 décembre 1991, art. 45, §§ 1, 2 et 3.

Il nous semble cependant que cette conséquence fâcheuse pourrait être évitée grâce à la théorie de l'effet utile de la directive. Celle-ci devrait en effet permettre au juge français, espagnol, grec ou luxembourgeois de faire prévaloir une interprétation conforme à la directive sur le libellé de la règle de conflit nationale, et de réintroduire par ce moyen la possibilité d'élargissement du choix prévue par l'article 7, § 1, *litt. a*, 2ème phrase ou 7, § 1, *litt. d* ¹.

B. La voie moyenne

19. Allemagne. La loi allemande présente une structure complexe. Les articles 8 et 9 I et II EGVVG ² transposent dans un premier temps, les articles 7, § 1, *litt. a, b et c*, sans faire état d'une possibilité d'élargissement du choix au second degré ³. La réserve issue de la faculté d'élargissement est exprimée séparément dans l'article 10 III EGVVG. Le juge allemand est ainsi en mesure de se référer aux règles de conflit éventuellement plus permissives de l'Etat membre étranger auquel la règle de conflit primaire a donné compétence. Cet article admet en effet que les parties puissent se prévaloir d'une liberté de choix plus large lorsque le droit de l'Etat ou des Etats désignés par les règles de conflit prévues par les articles 8 et 9 I et II le permettent. Le mécanisme du renvoi à caractère substantiel est ainsi mis en place dans l'ordre juridique allemand, conformément à l'article 7, § 1, *litt. a*, 2ème phrase et 7, § 1, *litt. d* de la directive ⁴.

Les articles 10 I et 10 II EGVVG indiquent, quant à eux, la réponse donnée par le législateur allemand à la question de l'élargissement du choix lorsque le droit allemand est désigné par la règle de conflit primaire du for (allemand ou étranger). Lorsqu'il est

¹ Il faut reconnaître cependant que la possibilité de combler une lacune de la norme nationale par le moyen de la théorie de l'effet utile n'est pas certaine. Voy. à cet égard, EMMERT F. et PEREIRA DE AZEVEDO M., "L'effet horizontal des directives...", *op. cit.*, p. 514 à 517.

² Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag, Gesetz sur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Zweites Durchführungsgesetz EWG zum VAG) du 28 juin 1990, BGBl, I, 1249. Les dispositions concernant les règles de conflit de lois sont introduites dans un titre introductif de la loi sur le contrat d'assurance du 30 mai 1908 (VVG) : Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag (EGVVG), art. 7 à 14).

³ L'article 9 IV EGVVG comporte toutefois une extension par rapport à la directive puisqu'il accorde une liberté de choix complète aux parties lorsque le contrat est conclu par correspondance. Cette liberté n'est toutefois accordée que si le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne.

⁴ C'est la raison pour laquelle l'article 10 III ne se réfère pas aux droits qui peuvent être choisis selon l'article 10 I et 10 II EGVVG. Ces articles se prononcent en effet sur l'élargissement du choix au second degré du point de vue de l'ordre juridique allemand. Voy. à cet égard les interrogations de BASEDOW J. et DRASCH W., *op. cit.*, p. 792.

désigné, l'ordre juridique allemand accorde aux parties le libre choix de la loi applicable pour l'ensemble des grands risques (et non pas seulement pour les risques de transport comme le faisait initialement l'article 7, § 1, *litt. f* de la directive LPS non-vie) (art. 10 I EGVVG). Depuis que cette extension est commandée par l'article 27 de la troisième directive non-vie au titre d'une règle de conflit primaire, cette disposition est devenue inutile. Elle est même désormais incompatible avec la directive. En effet, dans sa formulation actuelle, la loi allemande réserve toujours le choix complet de la loi applicable à la seule hypothèse où le risque et la résidence habituelle du preneur se localisent en Allemagne. Cette restriction qui pouvait se comprendre dans le contexte d'un élargissement au second degré n'est plus admissible depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive.

L'article 10 II EGVVG prévoit une autre hypothèse d'élargissement également sujette à critique : en cas de dispersion des risques liés à des activités commerciales, industrielles ou libérales sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres et d'Etats tiers, le législateur allemand autorise les parties à soumettre le contrat couvrant ces différents risques à la loi de l'un des Etats tiers. Ceci revient à étendre le domaine de l'article 7, § 1, *litt. c*, de la directive LPS non-vie. La règle allemande qui permet d'éviter la scission du contrat d'assurance lorsque celui-ci couvre des risques situés à la fois dans des Etats membres et des Etats non-membres est critiquable, car elle méconnaît le domaine spatial respectif des règles de conflit communautaires et de la Convention de Rome. En outre, elle s'intègre mal dans le mécanisme du renvoi, car l'article 10 II EGVVG ne dit pas si l'extension du choix est accordée uniquement au second degré, c'est-à-dire lorsque l'ordre juridique allemand est déclaré intéressé par la situation en vertu de la règle de conflit primaire du for (preneur résidant habituellement en Allemagne ou risque localisé en Allemagne). La mise en parallèle de l'article 9 II EGVVG et 10 II EGVVG devrait normalement faire prévaloir cette solution.

Une troisième extension du libre choix est prévue au profit des contrats d'assurance vie ou non-vie conclus par correspondance ou par le biais d'un intermédiaire établi en Allemagne (art. 9 IV EGVVG), mais cette extension n'est curieusement pas intégrée dans le mécanisme du renvoi à caractère substantiel organisé par l'article 10¹. De plus, elle n'est accordée que sous la condition que le preneur ait sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne. Cette extension déroge à la règle de conflit primaire, car l'article 9 IV ajoute une hypothèse de libre choix complet de la loi applicable

¹ BASEDOW J. et DRASCH W., *op. cit.*, p. 792, présentent comme une erreur rédactionnelle le fait que cette extension du choix figure sous l'article 9 et non sous l'article 10.

non prévue par la directive. A la supposer légitime, elle devrait en tout cas profiter aux parties dans le cadre d'un élargissement recherché au second degré, pourvu que le preneur ait sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne et que la règle de conflit primaire du for (étranger ou allemand) désigne le droit allemand. Il est permis de se demander cependant si cette règle dont le bénéfice est réservé aux personnes qui ont leur résidence habituelle en Allemagne n'introduit pas une discrimination injustifiable entre les souscripteurs.

20. *Autriche.* La loi autrichienne présente une originalité certaine en ce qu'elle inverse l'ordre des problèmes. Au lieu de répéter les règles prévues par l'art. 7, § 1, *litt. a, b ou c*, elle résoud d'entrée de jeu la question de l'élargissement du choix du point de vue de l'ordre juridique autrichien dans un sens très libéral (§ 5) et réduit ainsi le domaine d'application des règles de conflit aux hypothèses qui ne peuvent pas être réglées par un élargissement du choix (§ 6) ¹.

Dans un souci d'harmonie avec les règles de la Convention de Rome, le législateur autrichien a ainsi entendu consacrer le plus largement possible le libre choix de la loi applicable. La règle de base n'est plus celle de limitation du choix, mais celle de la liberté de choix. Toutes les options offertes par les directives sont exploitées dans ce sens. Elles sont résolues méthodiquement et successivement suivant que la règle de conflit primaire renvoie à la loi autrichienne ou à la loi d'un autre Etat membre.

Ainsi, les parties bénéficient-elles du libre choix complet de la loi applicable lorsque le risque ou l'un des risques couverts par le contrat est situé en Autriche ou lorsque le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale en Autriche (§ 5 (1) et (2) reprenant les hypothèses visées par l'article 7, § 1, *litt. a, b et c* de la directive LPS non-vie). Si la règle de conflit primaire du for autrichien ne renvoie pas à la loi autrichienne mais à un autre Etat membre, le contrat sera également soumis à la loi choisie par les parties pour autant que l'Etat membre en question permette ce libre choix. Lorsqu'on se situe en dehors des conditions d'octroi d'une liberté complète de choix, les parties ne bénéficient que du choix limité ouvert par les règles de conflit primaires (§ 6 (1) et (2)).

Si la règle de conflit primaire d'un for étranger renvoie à la loi autrichienne, celle-ci accorde donc aux parties une liberté de choix non limitée. Pour les contrats où une

¹ *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, § 5 et 6.

protection du preneur d'assurance s'avère nécessaire, une règle de conflit spécifique est cependant prévue, qui vient corriger cette liberté sans l'exclure. Selon le § 9 (1) en effet, si le contrat est conclu à la suite d'un démarchage de l'assureur ou d'un intermédiaire habilité à agir en son nom dans l'Etat où se situe la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur, le choix de la loi applicable ne pourra porter atteinte à l'application des dispositions impératives de cet Etat, visant à la protection du preneur d'assurance. Cette disposition, clairement inspirée du rattachement alternatif prévu par l'article 5 de la Convention de Rome, n'est toutefois pas applicable lorsque le preneur d'assurance est une entreprise et que le contrat porte sur un des grands risques visés par l'annexe B de la loi (§ 9 (2)).

Ce faisant, le législateur autrichien paraît avoir répondu correctement à la plupart des options ouvertes par les directives. Le seul élément critiquable à nos yeux résulte de la substitution qui s'opère entre le rattachement alternatif prévu par le § 9 de la loi autrichienne et le rattachement impératif prévu par l'article 7, § 1, *litt. a* de la directive, qui, poursuivant lui-même un objectif de protection, n'est pas transposé, si ce n'est au titre d'un rattachement subsidiaire.

C. La voie détournée

21. Italie. La loi italienne étonne par la liberté qu'elle prend à l'égard des hypothèses visées par l'article 7, § 1 de la directive LPS non-vie. Elle établit en effet une distinction fondamentale et simpliste entre les contrats couvrant des risques situés en Italie et les contrats couvrant des risques situés dans un autre Etat membre ¹.

En vertu de l'article 122, § 1, du décret législatif du 17 mars 1995, les premiers sont régis par la loi italienne, à l'exclusion des règles de droit international privé. L'article 122, § 2, poursuit toutefois en affirmant que dans cette même hypothèse les parties peuvent convenir de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays, sous réserve des limites découlant de l'application des règles impératives. Les contrats couvrant des risques situés à l'étranger, sont, quant à eux, régis par la législation de l'Etat membre où les risques sont situés, sous réserve que les parties ne soient convenues, conformément à cette loi, de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays (art. 122, § 5).

¹ Pour l'assurance non-vie, décret législatif du 15 janvier 1992, *Gaz. Uff.*, n° 27 du 3 février 1992, remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n° 175, *Gaz. Uff.*, n° 114 du 18 mai 1995.

Rompant avec les règles prévues par la directive, la loi italienne ne retient donc comme seul critère de rattachement du contrat d'assurance que le lieu du risque. Lorsque le risque est situé dans un autre Etat membre que l'Italie, le législateur italien semble admettre la possibilité d'une extension du choix. En d'autres termes, le juge italien pourrait, le cas échéant, appliquer au second degré une règle de conflit étrangère du pays du risque plus permissive que sa propre règle de conflit primaire. Les parties contractantes pourront, quant à elles, se prévaloir de l'extension du choix qui leur est accordée par cette règle de conflit.

Lorsque le risque est situé en Italie, le législateur italien semble consentir au libre choix de la loi applicable, mais sous réserve de l'application des règles impératives du droit italien (*norme imperative*). Cette disposition soulève deux questions : par rapport à quelle règle de conflit italienne permissive faut-il apprécier l'extension et les limites du choix ? L'article 122, § 4 se réfère certes à la Convention de Rome pour tout ce qui n'est pas expressément prévu par la loi, mais cette référence vaut-elle également pour l'élargissement du choix au second degré ?

Comment faut-il ensuite interpréter la réserve des règles impératives ? S'agit-il des règles impératives de droit interne ou de droit international privé (lois de police) ? Si le choix n'était autorisé que dans les limites des règles impératives de droit interne italien, ce qui semble être le cas, l'élargissement ne pourrait intervenir que dans les limites du droit supplétif. Il s'agirait alors d'un élargissement factice assurément restrictif par rapport aux règles de la directive qui, lorsqu'elles permettent le choix de la loi applicable, ne réservent que l'application des lois de police¹. Faut-il y voir plutôt un mécanisme proche de l'article 5 de la Convention de Rome, la loi étrangère choisie dans le cadre de l'élargissement ne pouvant pas priver le preneur de la protection que lui accorde la loi italienne (pays du risque) ? Autant de questions qui, pour l'instant, restent sans réponse. Ce qui est incontestable, c'est l'incompatibilité de la loi italienne avec l'article 7 de la directive LPS non-vie.

D. La voie royale

22. Les législations britanniques et hollandaises fournissent l'exemple rare d'une transposition parfaitement conforme.

¹ Voy. FRIGESSI DI RATTALMA M., *op. cit.*, p. 30.

Dans un premier temps, la loi britannique reproduit en effet *in extenso* et à l'identique les règles de conflit primaires prévues par la directive, sans oublier la faculté d'élargissement du choix au second degré ¹. Les conditions pour que le renvoi à caractère substantiel puisse être mis en œuvre en cas de saisine d'un juge du Royaume-Uni sont donc remplies. Dans un second temps, la même loi définit dans une disposition distincte la position prise par l'ordre juridique britannique à l'égard de la possibilité d'élargissement du choix au cas où la loi d'une unité territoriale du Royaume-Uni serait déclarée compétente par la règle de conflit primaire.

Dans cette hypothèse, l'élargissement du choix avait tout d'abord été autorisé par référence aux règles générales de droit international privé britannique (règle de conflit permissive) ². La seule difficulté pratique était alors de savoir si cette référence devait s'entendre des règles de la *common law* ou de celles de la Convention de Rome ³. Le législateur a saisi l'occasion de la transposition de la directive LPS vie pour préciser ses intentions à cet égard. Il est désormais expressément prévu que l'extension du choix doit s'apprécier, tant en assurance vie (*long term business*) qu'en assurance non-vie (*general business*), par rapport à la Convention de Rome ⁴.

En résumé, si le juge saisi est britannique et si la règle de conflit primaire désigne la loi anglaise, les parties bénéficient du choix de la loi applicable dans les limites fixées par la Convention de Rome. Il en est de même si le juge saisi fait partie d'un ordre juridique différent, et que sa propre règle de conflit primaire désigne la loi d'une unité territoriale du Royaume-Uni.

23. Le législateur néerlandais a, quant à lui, adopté une méthode de transposition particulièrement rapide et originale qui lui a permis d'intégrer adéquatement le mécanisme d'élargissement du choix. La loi renvoie en effet directement aux règles de conflit telles qu'elles sont formulées par la directive non-vie et limite son contenu matériel à la solution des options laissées ouvertes par celles-ci. En ce qui concerne le renvoi à caractère substantiel, la question de l'élargissement du choix au second degré est résolue par

¹ Pour l'assurance non-vie, Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, *Statutory Instruments*, 1990, n° 1333, Schedule, 3A, 1 (1) et (4).

² Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, Schedule 3A, Part I, 5 (1) et (2).

³ En faveur des règles de droit commun, voy. MORSE C.G.J., *op. cit.*, p. 39 et 42.

⁴ Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, Schedule 3A, Part I, 5 (1) et (2); Part II; pour un commentaire voy. I. MAC NEIL, "The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by E.C. insurers under freedom of services", *I.C.L.Q.*, 1995, p. 29.

référence expresse aux règles de la Convention de Rome ¹. Le législateur néerlandais indique ainsi clairement que si la règle de conflit primaire du for (néerlandais ou étranger) désigne le droit hollandais, les possibilités d'élargissement du choix doivent être appréciées par référence aux règles de la Convention de Rome. Une liberté de choix plus large sera donc ouverte aux parties si et dans la mesure où cette Convention le permet. S'il s'agit par exemple d'un contrat de consommation au sens de l'article 5, les parties pourront bénéficier du libre choix, mais ce choix ne pourra priver le preneur de la protection que lui accorde la loi de sa résidence habituelle. Dans les autres cas, les parties bénéficieront d'une liberté de choix complète dans les conditions fixées par l'article 3.

E. Conclusion

24. L'examen des législations de transposition fait clairement ressortir que le mécanisme à la fois complexe et original du renvoi à caractère substantiel introduit dans le règlement des conflits de lois un élément d'insécurité et d'incertitude préjudiciable à l'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services.

La diversité des transpositions détruit l'apparente uniformité des solutions prévues par la directive en ce qui concerne l'étendue du choix de la loi applicable et fait renaître par conséquent le spectre du *forum shopping* que les autorités communautaires avaient précisément voulu supprimer par la coordination des règles de conflit de lois. Cet objectif est manqué, car suivant que le juge saisi appartient à l'ordre juridique de tel ou tel Etat membre, la possibilité d'un élargissement du choix peut être ou n'être pas accordée par la règle de conflit primaire. Dans le respect des règles sur la compétence internationale, il est préférable de saisir un juge anglais, néerlandais ou autrichien plutôt qu'un juge français, espagnol ou grec, si l'on veut valider une clause de choix du droit applicable. Dans ce contexte, seule la théorie de l'effet utile permettrait de rétablir une base de départ uniforme au plan des règles de conflit primaires, tout en laissant aux Etats membres la liberté d'accorder ou non un choix élargi au second degré.

Comme la transposition effectuée par les Etats membres ne supprime pas l'intérêt du choix du for et que la Convention de Bruxelles, telle que modifiée le 9 octobre 1978, laisse effectivement ce choix au demandeur s'il est le preneur d'assurance (art. 8 à 10), les parties sont quasiment dans l'impossibilité de définir au moment de la conclusion du

¹ Pour l'assurance non-vie, loi du 18 avril 1991, *Staatsblad*, 1991, 218, art. 5, (a), (1°) et (2°). Voy. également les travaux préparatoires, Tweede Kamer Vergaderjaar 1989-1990, 21.550, n° 3, p. 4.

contrat, l'étendue exacte du choix de la loi applicable qui leur est laissée. Dès lors, elles auront probablement tendance à préférer la sécurité que leur offre la règle de conflit primaire, plutôt que de spéculer sur l'élargissement possible du choix que pourrait accorder le for saisi au bénéfice du renvoi à caractère substantiel.

SECTION 5. L'INTERVENTION INCONTRÔLÉE DES LOIS DE POLICE

§ 1. NOTION DE LOIS DE POLICE

25. Les règles de conflit communautaires réservent sans autre précision l'application des lois de police du for et du pays du risque (art. 7, § 2 de la directive LPS non-vie). Dans la théorie générale du droit international privé, les lois de police sont définies comme des lois dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations internationales qui ne lui sont pas soumises par la règle de conflit. Dérogatoire 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).

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, 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 (protection 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 ¹.

§ 2. L'EXTENSION DE LA CATÉGORIE DES LOIS DE POLICE.

26. L'examen de la transposition des dispositions communautaires relatives aux règles internationalement impératives est assez édifiant. Il révèle clairement les incertitudes qui entourent la définition de ce concept en matière d'assurance ainsi que les dérives auxquelles son application peut donner lieu.

Les législateurs français ², *portugais* ³ et *espagnol* ⁴ ont ainsi remplacé les termes utilisés par la directive par le concept de dispositions d'ordre public, inspiré directement du droit interne. Cette transposition, qui conduit à une identification entre les lois de police et les lois d'ordre public en droit interne, est critiquable. Elle se répercute dans le droit matériel de l'assurance.

En France, par exemple, la loi Evin n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques qualifie expressément plusieurs de ses dispositions de « dispositions d'ordre public s'appliquant quelle que soit la loi régissant le contrat » ⁵. Cette substitution constitue à notre avis une transposition

¹ Voy. à cet égard, notre article, "L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance; la réaction thermidorienne", *R.G.A.T.*, 1995, p. 827.

² Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, art. L181-3, al. 1.

³ Décret loi du 20 septembre n° 352/91, art. 45, § 1 remplacé par le décret-loi n° 102/94 du 20 avril 1994, art. 184, § 1. L'article 184, § 3 énumère, quant à lui, une série de risques dont la couverture est considérée comme contraire à l'ordre public (international ?) portugais (responsabilité pénale ou disciplinaire, rapt, transport de stupéfiants, mortalité infantile ...).

⁴ Loi 21/1990 du 19 décembre 1990, art. 107, § 5 remplacé par la loi n° 30/1995 du 8 novembre, art. 107, § 6.

⁵ Voy. l'art. 10 qui se réfère aux articles 2, 4, 7 et 9. Ces articles concernent l'étendue dans le temps des garanties collectives couvrant le risque de décès, d'invalidité, d'incapacité de travail ou de maternité des salariés, les conditions de maintien de la couverture, les conséquences de la résiliation ou de non-renouvellement du contrat, et le caractère indemnitaire des remboursements effectués.

incorrecte de la directive, d'autant qu'il n'est pas certain que les dispositions en cause répondent aux caractéristiques des lois de police au sens fonctionnel.

La loi belge traduit une tendance similaire tout aussi critiquable ¹. Dans un premier temps, elle reprend fidèlement la formulation utilisée par la directive, mais elle ajoute dans un paragraphe distinct que « les dispositions impératives du droit belge sont applicables quelle que soit la loi choisie par les parties lorsque le risque est situé en Belgique ou lorsque la Belgique impose l'obligation d'assurance ». Si cette disposition répond au souci légitime de subordonner l'application des règles de police à un critère spatial précis, on ne peut manquer d'être étonné de la référence à l'ensemble des dispositions impératives du droit belge, car ces termes englobent au sens du droit interne, non seulement les dispositions d'ordre public, mais aussi les dispositions visant à protéger la partie faible dans la relation contractuelle. L'article 3 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prévoit en effet explicitement que toutes ses dispositions sont « impératives », sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même. Une extension aussi démesurée du concept de loi de police revient à introduire un rattachement spécial dérogatoire des règles impératives au sens du droit interne manifestement incompatible avec les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance ².

Des reproches similaires pourraient être adressés à la *loi italienne* qui prévoit que les parties peuvent convenir de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays, sous réserve des limites découlant de l'application de règles impératives (« *norme imperativa* ») ³.

La loi allemande ne comporte, quant à elle, aucune disposition consacrée aux lois de police ⁴. Dans la ligne de l'option prise par son droit national, le législateur allemand n'entendait pas autoriser explicitement l'application des lois de police étrangères. Il s'est donc contenté pour les lois de police du for, du renvoi prévu par l'article 14 EGVVG à

¹ Arrêté royal du 22 février 1991, modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, précité Ière partie, titre II, note 60, art. 28 quater, § 1 et 2.

² Dans le même sens, RIGAUX F. et FALLON M., *Précis de droit international privé*, t. II, 2ème éd., 1993, n° 1395; HANKEY S., "Claims Made Policies and Choice of Law in the European Union", *Int. Ins. L.R.*, 1994/7, p. 269.

³ Décret législatif du 15 janvier 1992, n° 49, art. 27, § 2 remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n° 175, art. 122, § 2; sur cette question voy. FRIGESSI DI RATTALMA M., "Freedom to provide cross-border insurance services", *Int. Ins. L.R.*, 1994, p. 161; FRIGESSI DI RATTALMA M., "la legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione della direttiva comunitaria", *Riv. dir. int. pri. e pro.*, 1996, p. 31.

⁴ *Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag*, (EGVVG), art. 14.

ses règles générales de droit international privé (art. 27 à 36 EGBG) et, en particulier, à l'article 34 EGBGB qui reprend l'article 7, § 2 de la Convention de Rome.

CONCLUSIONS

27. L'examen des lois de transposition laisse apparaître un paysage extrêmement morcelé. A un point tel que les directives semblent avoir manqué l'objectif principal qu'elles s'étaient fixé : l'harmonisation des solutions de conflit de lois dans l'espace communautaire et l'élimination du *forum shopping*.

Une des causes principales de distorsions observées dans les lois de transposition doit être recherchée dans le recours à la directive comme instrument d'harmonisation des règles de conflit de lois. La directive, par nature, n'impose aux Etats membres que des objectifs et leur laissent le libre choix des moyens. Elle est souvent le lieu de compromis, qui se traduisent par des formules malheureuses, incompatibles avec la rigueur que nécessite la formulation d'une règle de conflit de lois. Ces approximations sont autant d'occasions pour les Etats membres de s'écarter du prescrit légal et de prendre certaines libertés avec le texte d'origine, alors même que le libellé du texte ne le permet pas toujours.

De plus, l'utilisation des règles de conflit de lois aux fins de réaliser les objectifs du marché intérieur dans le secteur des assurances a conduit les autorités communautaires à adopter des mécanismes complexes rompant très nettement avec les techniques traditionnelles du droit international privé. L'incompréhension et la maîtrise insuffisante par les Etats membres de la technique de limitation et d'élargissement du choix au second degré a conduit à des transpositions extrêmement divergentes qui rendent illusoire l'idée d'un système de conflit de lois harmonisé dans l'espace communautaire. Un même contrat international d'assurance pourra être soumis à des lois différentes en fonction du lieu de saisine de l'autorité judiciaire ou administrative.

L'on ne peut nier davantage les effets pervers qui s'attachent au règlement concomitant des conflits de lois et des conflits d'autorités administratives. L'influence du droit administratif se manifeste clairement dans les transpositions teintées d'unilatéralisme effectuées par plusieurs Etats membres. L'unilatéralisme de ces lois ne s'explique pas

autrement que par référence aux méthodes d'application propres aux lois administratives. Hypnotisée par la mission de contrôle des conditions contractuelles attribuée aux autorités administratives, plusieurs législateurs ont pris pour hypothèse de règlement des conflits de lois, la localisation du risque sur le territoire national, sans se soucier de l'hypothèse inverse où le risque est situé sur le territoire d'un autre Etat membre. Pour combler les lacunes de la règle de conflit nationale, la solution consiste dans la bilatéralisation de cette règle sur la base de la théorie de l'effet utile des directives.

A défaut de précisions concernant les règles impératives de droit interne qui maintiennent leur impérativité en droit international privé, les directives laissent enfin les mains libres aux Etats membres pour donner à ces concepts le contenu qu'ils souhaitent. Certes, le caractère fonctionnel des lois de police et de l'ordre public au sens du droit international privé ne se prête guère à une définition compréhensive, mais l'on aurait pu préciser au moins que les règles impératives inspirées d'un souci de justice contractuelle ne peuvent être tenues pour des règles de police. A titre d'illustration, il n'aurait pas été inconcevable non plus d'énumérer quelques règles ou catégories de règles qui maintiennent leur impérativité dans les relations internationales d'assurance.

Le silence des directives à ce sujet est particulièrement préjudiciable à la sécurité juridique, car les opérateurs ne peuvent prévoir avec certitude l'extension qui sera donnée par le juge saisi du litige au concept de loi de police ou de loi d'ordre public, incertitude accrue par le caractère souvent alternatif des règles de compétence internationale. Ce silence est d'autant plus regrettable que ces notions fonctionnelles se prêtent aisément à des manipulations par les Etats membres et que c'est précisément dans ce secteur que les tentatives protectionnistes visant à étendre le domaine d'application des lois du pays d'activités sont le plus à craindre. En laissant au juge ou à l'administration le soin de leur donner un contenu, les autorités communautaires s'exposent à des définitions et des interprétations abusives que seule la Cour de Justice sera en mesure d'endiguer.

Bernard DUBUISSON
Professeur à l'Université de Louvain