

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**Unité ou diversité des notions d'intérêt
général, d'ordre public et de normes
impératives dans les directives communautaires
relatives aux assurances**

par Bernard DUBUISSON

Doc. 92/1

Rapport présenté au colloque UCL-KUL des
11-12 octobre 1991 sur "L'Europe de
l'assurance : les directives de la troisième
génération"

COLLOQUE UCL - KUL

L'EUROPE DE L'ASSURANCE : LES DIRECTIVES DE LA TROISIEME GENERATION

11 - 12 OCTOBRE 1991

UNITE OU DIVERSITE DES NOTIONS D'INTERET GENERAL, D'ORDRE PUBLIC ET DE
NORMES IMPERATIVES DANS LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES RELATIVES AUX
ASSURANCES

B. DUBUISSON
Attaché de Direction au Comité Européen des assurance
Assistant U.C.L.

INTRODUCTION

1. Jusqu'il y a peu, le contrat d'assurance n'avait guère suscité l'intérêt du droit international privé. A tout le moins, il ne semblait pas mériter une attention particulière au-delà des règles applicables à tous les contrats. Si l'on fait abstraction de la réassurance et de certaines catégories d'assurance dont le rayonnement est par nature international, cette situation était probablement liée à un cloisonnement plus ou moins accentué suivant les pays, des marchés nationaux, cloisonnement organisé par les lois de contrôle nationales qui interdisaient le plus souvent au preneur de souscrire une assurance auprès d'une compagnie établie à l'étranger pour couvrir un risque situé dans son pays de résidence.

La volonté politique clairement affirmée dans le Livre blanc de la Commission CEE et l'Acte unique européen, de parvenir à un marché européen intégré où les biens, les personnes, les services et les capitaux circulent librement, a écarté pour longtemps cette quiétude. Dans le secteur des assurances en général, la mise en place de la libre prestation de services et l'organisation du système de "la licence unique" par les Directives dites de "troisième génération", qui devraient permettre à une entreprise d'assurance d'exercer ses activités tant par voie d'établissement (succursale) que par voie de prestation de services (sans établissement) sous le couvert d'un seul agrément, remet en cause bien des habitudes et des traditions.

Sur le plan du droit du contrat, elle multiplie les occasions pour le preneur de conclure un contrat international en lui donnant un accès jusque là largement fermé aux produits d'assurance étrangers.

2. Dans ce contexte nouveau, la divergence apparente des droits matériels du contrat d'assurance dans les différents Etats membres apparaissait comme une source possible de distorsion de concurrence et comme un obstacle à la liberté de prestation de services. La suppression de cette source de distorsion semblait passer, au début des réflexions, par une harmonisation des droits du contrat des douze Etats membres.

Pour des raisons diverses qu'il ne nous appartient pas de développer ici, cette première approche fut abandonnée au profit d'une autre, plus apte à ménager les susceptibilités nationales : la mise en place d'un système communautaire de droit international privé uniforme. Celui-ci devait permettre de soumettre le contrat international d'assurance, c'est-à-dire affecté d'un élément d'extranéité, à un même droit quel que soit le tribunal saisi. L'insertion d'un tel système dans le contexte du droit communautaire imposait également de tenir compte des exigences propres à la libre prestation des services et à la protection du consommateur. Il conviendra de vérifier si ces objectifs en partie contradictoires sont correctement traduits dans les règles de conflit.

3. Le contrat d'assurance étant un contrat étroitement réglementé dans la plupart des Etats membres, les règles de droit international privées insérées dans les directives libre prestation de services en assurance non-vie (1) et en assurance vie (2), complétées et modifiées par les propositions de troisième directive en assurance non-vie (3) et en assurance vie (4), se devaient de

(1) Deuxième Directive du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, JOCE, n° L 172 du 4.7.1988, p. 1. Ci-après : LPS non-vie.

(2) Deuxième Directive du Conseil du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE; JOCE n° L 330 du 29.11.1990, p. 50. Ci-après : LPS vie.

(3) Proposition de troisième directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, JOCE n° C 244 du 28.9.1990, p. 28. Ci-après : troisième directive non-vie.

prendre en considération le caractère impératif ou même d'ordre public des règles législatives ou réglementaires existant dans les Etats Membres, afin de leur réserver un traitement approprié tant sur le plan du droit international privé que du droit communautaire.

Les concepts de règles impératives, d'ordre public, d'intérêt général sont utilisés tour à tour sans que leur contenu soit autrement précisé. Ces concepts qui ont une parenté certaine sur le plan fonctionnel ont cependant des contenus différents suivant le contexte dans lequel ils s'insèrent : droit interne, droit international privé, droit communautaire.

Nous tenterons de cerner ici les différents "degrés d'impérativité" auxquels les directives font référence sur un plan général tout d'abord, afin de dégager ensuite leur impact éventuel sur le contrat d'assurance. L'étude sera menée au départ d'une analyse des notions d'ordre public et de règles impératives en droit interne (I), en droit international privé (II) et en droit communautaire (III).

I. AUTONOMIE DE LA VOLONTE - ORDRE PUBLIC ET NORMES IMPERATIVES EN DROIT INTERNE

1. L'ordre public

4. Nul n'ignore que l'organisation des relations contractuelles repose dans les pays de common law et de droit romain sur le principe de l'autonomie des volontés et son corollaire, l'effet obligatoire des conventions. Les parties sont libres de convenir de leurs obligations au mieux de leurs intérêts respectifs, l'ordre juridique dans lequel cette convention se forme, se chargeant de donner force obligatoire à leurs engagements réciproques.

Affirmé par le Code Napoléon en des termes particulièrement larges, le principe trouvait ses seules limites dans les notions d'ordre public et de bonnes moeurs. Le législateur entendait ainsi exprimer, dès l'origine, la réserve de l'ordre juridique positif sur la libre disposition de leurs droits par les parties contractantes (5). Ces concepts aux contours indistincts permettaient d'affirmer utilement et légitimement la nécessaire subordination des intérêts privés aux intérêts publics en limitant la force obligatoire des conventions.

Rapporté au principe d'autonomie des volontés, l'ordre public conçu comme une notion générale se voit attribuer un rôle essentiellement fonctionnel qu'il remplit de façon analogue dans tous les pays de la Communauté en écartant les conventions qui lui seraient contraires. En Belgique, par exemple, une loi n'est d'ordre public que si elle "touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou si elle fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société" (6). Cette définition apparemment assez restrictive a été interprétée largement en diverses occasions. Il est clair cependant qu'une même loi peut contenir des dispositions qui intéressent l'ordre public et d'autres qui lui sont étrangères. Chaque Etat définit souverainement ce qui relève ou ne relève pas de l'ordre public.

(4) Proposition de troisième directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, JOCE n° C du 16.4.1991, p. 2. Ci-après : troisième directive vie.

(5) F. RIGAUX, *Droit international privé*, Traité, TI, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 499.

(6) Cette définition empruntée à De Page est reprise par plusieurs arrêts de la Cour de Cassation belge - Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, TI, 3ème ad., n° 91. Voy. également, X. DIEUX, "Le contrat, instrument et objet de dirigisme", in Les obligations contractuelles, Ed. du jeune Barreau de Bruxelles, 1988, p. 260-261; et récemment A. MEEUS, "La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure de cassation et sur l'office du juge", R.C.J.B., 1988, p. 511, n° 15.

5. D'un point de vue général, on constate d'ailleurs que la fonction négative de l'ordre public telle qu'on la concevait initialement s'est progressivement transformée en une fonction positive, chaque Etat ayant tendance à exprimer dans des lois particulières de protection sociale ou de protection de l'économie, ce qui relève, selon lui, de l'ordre public. D'un concept général destiné à tracer les frontières de l'autonomie de la volonté, on passe ainsi à une expression positive de cette notion dans des domaines particuliers sous forme de lois d'ordre public. Un lien analogue existe en droit international privé entre l'ordre public international et les lois de police (voy. infra n° 65).

2. Les règles impératives

6. En matière contractuelle, la multiplicité et la variété des interventions et immixtions de l'Etat dans les relations privées ont favorisé l'apparition, dans plusieurs pays, d'une catégorie intermédiaire entre les règles supplétives qui ne valent qu'en l'absence de convention contraire et les règles d'ordre public qui, au nom de l'intérêt public, limitent de façon absolue (sans possibilité de dérogation ni de renonciation) la liberté des parties.

A côté des lois gouvernant les intérêts essentiels de la collectivité et directement inspirées par l'intérêt général, il existe en effet des lois dont l'objet est de protéger une des parties à la relation contractuelle réputée plus faible que l'autre. Visant principalement à sauvegarder des intérêts privés tout en n'étant évidemment pas dépourvues d'objectifs économiques ou sociaux, ces lois méritent d'être distinguées des lois d'ordre public. N'admettant en principe pas de dérogations, elles ne peuvent pas non plus être tenues pour des dispositions supplétives. Elles sont désignées dans certains pays comme des lois "impératives", dans d'autres et notamment en France, comme faisant partie d'un ordre public économique de protection (ordre public relatif) par opposition à l'ordre public économique de direction (ordre public absolu) (7).

7. S'il existe un consensus pour faire de ces règles une catégorie particulière, le régime juridique qui leur est applicable en droit interne est loin d'être clair, tant en ce qui concerne les pouvoirs des parties que le régime des sanctions. Il ne nous est pas possible ici de nous livrer à une étude exhaustive de droit comparé. On retiendra simplement que suivant la conception traditionnelle, il n'est pas permis aux parties de déroger aux règles impératives qui protègent les intérêts privés sous peine de nullité relative des clauses contraires. S'agissant d'une nullité protectrice, on ne peut cependant exclure à priori une renonciation ou une confirmation par la partie que la règle entend protéger, selon les conditions de temps et de forme fixées par le droit commun et, le cas échéant, par la loi concernée (8).

Abordées sous l'angle des limites qu'elles apportent à l'autonomie de la volonté, la doctrine a tendance à privilégier l'aspect négatif des règles impératives en omettant leur fonction positive pourtant tout aussi importante. En effet, ces règles n'interdisent pas seulement les clauses dérogatoires, elles imposent aussi aux parties des obligations qui s'intègrent au contrat en lui imprimant un contenu déterminé (9). La réglementation est parfois si complète que sauf exceptions fixées par la loi elle-même, le contrat visé échappe presque totalement à l'autonomie des volontés pour prendre la forme d'un "statut", c'est-à-dire d'un contrat réglementé d'autorité par la loi dans un objectif de protection de la partie économiquement faible. Le contrat d'assurance fait incontestablement partie de cette catégorie.

(7) J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le Contrat*, Paris, 1980, n°s 124 à 128.

(8) A. MEEUS, *op. cit.*, note 6, spéc., p. 512, n° 17.

(9) Voy. A. MEEUS, *op. cit.*, note 6, p. 505, n° 7 et p. 512, n° 17.

8. Les frontières entre les dispositions impératives et d'ordre public en droit interne ne sont guère faciles à tracer. Même à ce niveau, le doute est permis. La limite est souvent mince entre la volonté de réglementer les relations individuelles des parties afin d'assurer un équilibre entre leurs intérêts privés envisagés en dehors du contexte social global, et la volonté d'équilibrer ce contexte général par la réglementation des intérêts privés (10). Certaines dispositions législatives relatives au contrat d'assurance peuvent susciter les mêmes hésitations. On citera par exemple les règles relatives à la couverture de la faute grave, à la prévention des sinistres...

Le Comité européen des assurances qui a récemment procédé à une analyse comparée des droits du contrat d'assurance dans les douze Etats membres de la CEE, en distinguant les règles conventionnelles, les règles supplétives et les règles impératives ou d'ordre public au sens du droit interne, s'est prudemment gardé d'établir une distinction supplémentaire au sein de la dernière catégorie de règles. A tout le moins peut-on constater dans le domaine du droit commun de l'assurance non-vie une certaine convergence des solutions (11).

II. AUTONOMIE DE LA VOLONTE, ORDRE PUBLIC ET NORMES IMPERATIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

9. Les difficultés déjà apparentes liées à l'application des règles impératives et des règles d'ordre public dans l'ordre juridique interne s'accroissent sensiblement, et se multiplient même, lorsque la situation en cause est affectée d'un élément d'extranéité qui lui confère un caractère international. On retrouve certes en droit international privé le principe d'autonomie de la volonté rencontré en droit interne, mais ce principe reçoit dans ce domaine une portée qui lui est propre. La notion de règles impératives ne paraît pas non plus avoir un contenu identique en droit interne et en droit international privé. Ceci n'empêche cependant que le droit international privé a dû lui aussi se montrer réceptif à la volonté de protection manifestée dans l'ordre juridique interne lorsque la situation prend une coloration internationale. Il en est de même de la notion d'ordre public. Cette notion possède en droit international privé un sens précis qui ne se confond pas avec celui qu'il reçoit en droit interne. Ce n'est pas dire cependant que l'ordre public de droit interne n'exerce aucune influence sur les méthodes du droit international privé. Celui-ci a, en effet, développé des techniques particulières qui permettent de sauvegarder les intérêts supérieurs de l'Etat du for ou même d'un Etat étranger.

A ces difficultés d'ordre conceptuel, s'ajoutent les difficultés pratiques liées à la désignation de l'ordre juridique compétent pour régir la situation, au choix des normes applicables à la situation dans l'ordre juridique désigné et à l'application concurrente de normes issues d'autres ordres juridiques.

A. L'autonomie de la volonté au sens du droit international privé

1. Portée et limites du principe d'autonomie dans la théorie générale du droit international privé

10. En droit international privé, l'autonomie de la volonté se réfère au pouvoir des parties de choisir la loi qui sera applicable à leur contrat. Plus précisément, ce principe qui joue comme facteur général de rattachement des contrats internationaux dans tous les pays de la CEE (12)

(10) X. DIEUX, *op. cit.*, note 6, p. 282.

(11) Comité Européen des Assurances, *Les droits du contrat d'assurance dans la CEE*, Cahier en trois langues (français, anglais, allemand), mai 1990.

(12) Voir le Rapport introductif concernant la Convention de Rome du 31.10.1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles par M. GIULIANO et P. LAGARDE, JOCE n° C 282, p. 15. La Convention de Rome du 31 octobre 1980 (publiée au JOCE n° L 266 du 9.10.1980) est entrée en vigueur le 1er avril 1991 entre huit Etats membres : Allemagne, Belgique, Danemark, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni. Certains de ces Etats avaient anticipé cette entrée en vigueur en intégrant la Convention dans leur loi nationale. Ainsi en va-t-il de la

8. Les frontières entre les dispositions impératives et d'ordre public en droit interne ne sont guère faciles à tracer. Même à ce niveau, le doute est permis. La limite est souvent mince entre la volonté de réglementer les relations individuelles des parties afin d'assurer un équilibre entre leurs intérêts privés envisagés en dehors du contexte social global, et la volonté d'équilibrer ce contexte général par la réglementation des intérêts privés (10). Certaines dispositions législatives relatives au contrat d'assurance peuvent susciter les mêmes hésitations. On citera par exemple les règles relatives à la couverture de la faute grave, à la prévention des sinistres...

Le Comité européen des assurances qui a récemment procédé à une analyse comparée des droits du contrat d'assurance dans les douze Etats membres de la CEE, en distinguant les règles conventionnelles, les règles supplétives et les règles impératives ou d'ordre public au sens du droit interne, s'est prudemment gardé d'établir une distinction supplémentaire au sein de la dernière catégorie de règles. A tout le moins peut-on constater dans le domaine du droit commun de l'assurance non-vie une certaine convergence des solutions (11).

II. AUTONOMIE DE LA VOLONTE, ORDRE PUBLIC ET NORMES IMPERATIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

9. Les difficultés déjà apparentes liées à l'application des règles impératives et des règles d'ordre public dans l'ordre juridique interne s'accroissent sensiblement, et se multiplient même, lorsque la situation en cause est affectée d'un élément d'extranéité qui lui confère un caractère international. On retrouve certes en droit international privé le principe d'autonomie de la volonté rencontré en droit interne, mais ce principe reçoit dans ce domaine une portée qui lui est propre. La notion de règles impératives ne paraît pas non plus avoir un contenu identique en droit interne et en droit international privé. Ceci n'empêche cependant que le droit international privé a dû lui aussi se montrer réceptif à la volonté de protection manifestée dans l'ordre juridique interne lorsque la situation prend une coloration internationale. Il en est de même de la notion d'ordre public. Cette notion possède en droit international privé un sens précis qui ne se confond pas avec celui qu'il reçoit en droit interne. Ce n'est pas dire cependant que l'ordre public de droit interne n'exerce aucune influence sur les méthodes du droit international privé. Celui-ci a, en effet, développé des techniques particulières qui permettent de sauvegarder les intérêts supérieurs de l'Etat du for ou même d'un Etat étranger.

A ces difficultés d'ordre conceptuel, s'ajoutent les difficultés pratiques liées à la désignation de l'ordre juridique compétent pour régir la situation, au choix des normes applicables à la situation dans l'ordre juridique désigné et à l'application concurrente de normes issues d'autres ordres juridiques.

A. L'autonomie de la volonté au sens du droit international privé

1. Portée et limites du principe d'autonomie dans la théorie générale du droit international privé

10. En droit international privé, l'autonomie de la volonté se réfère au pouvoir des parties de choisir la loi qui sera applicable à leur contrat. Plus précisément, ce principe qui joue comme facteur général de rattachement des contrats internationaux dans tous les pays de la CEE (12)

(10) X. DIEUX, *op. cit.*, note 6, p. 282.

(11) Comité Européen des Assurances, *Les droits du contrat d'assurance dans la CEE*, Cahier en trois langues (français, anglais, allemand), mai 1990.

(12) Voir le Rapport introductif concernant la Convention de Rome du 31.10.1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles par M. GIULIANO et P. LAGARDE, JOCE n° C 282, p. 15. La Convention de Rome du 31 octobre 1980 (publiée au JOCE n° L 266 du 9.10.1980) est entrée en vigueur le 1er avril 1991 entre huit Etats membres : Allemagne, Belgique, Danemark, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni. Certains de ces Etats avaient anticipé cette entrée en vigueur en intégrant la Convention dans leur loi nationale. Ainsi en va-t-il de la

permet aux parties de désigner l'ordre juridique dans lequel s'inscriront leurs relations contractuelles (13). Il constitue à ce titre la règle de base de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 3, par. 1, de cette Convention, énonce en principe que "le contrat est régi par la loi choisie par les parties" (14).

Compris comme une règle de conflit, le principe d'autonomie laisse ainsi aux parties la possibilité de désigner l'ordre juridique qui sera globalement compétent pour régir leurs rapports contractuels, ordre juridique auquel devront normalement être empruntées les dispositions même impératives ou d'ordre public au sens du droit interne, applicables à ce contrat. Implicitement, mais nécessairement, il permet donc aux cocontractants de se soustraire à l'application de règles impératives ou même d'ordre public faisant partie d'un ordre juridique qui à défaut de choix aurait pu régir la relation contractuelle.

A priori, le domaine de la loi d'autonomie paraît donc plus large en droit international privé qu'en droit interne, car dans l'ordre juridique interne les parties n'ont pas le pouvoir de déroger ni d'évincer les règles impératives ou d'ordre public. Le caractère international de la situation justifierait cette extension. Il faut certes convenir que le principe d'autonomie perdrait toute spécificité et toute signification en droit international privé si le pouvoir des parties se limitait à aménager leurs relations dans le seul domaine des règles supplétives ou interprétatives. Dans ces conditions, la loi d'autonomie ne se distinguerait pas de la liberté contractuelle dans l'ordre interne (15). On perçoit néanmoins que, comme dans les relations internes, la volonté des parties ne peut, dans les relations internationales, être toute puissante. L'affirmation du principe d'autonomie doit donc aussi être nuancée.

11. Comme on l'a déjà fait remarquer, l'ordre juridique désigné par les cocontractants peut lui-même contenir des dispositions impératives ou d'ordre public. La possibilité d'éviction qui découle de l'autonomie des parties est donc toute relative : le contrat s'inscrit dans un cadre juridique déterminé qui impose lui-même ses propres exigences.

Le pouvoir qui découle du libre choix de la loi applicable se justifie assez théoriquement il est vrai, par la fait que les parties à un contrat international auraient en principe, une plus grande conscience de leurs droits, ce qui rendrait toute protection superflue. Encore faut-il vérifier au préalable si le contrat en question a bien un caractère international. C'est uniquement à cette condition que le postulat se justifie (voy. infra B).

D'autre part, le domaine du commerce international n'est plus actuellement réservé aux seuls professionnels. Il s'ouvre de plus en plus aux simples particuliers pour lesquels l'abandon de toute protection n'apparaît plus justifié. Le droit international privé en matière contractuelle ne peut plus, dès lors, se contenter du principe d'autonomie, il doit imaginer des règles spécifiques poursuivant un but matériel de protection (voy. infra C).

La liberté reconnue aux parties de localiser leurs relations contractuelles dans un ordre juridique déterminé n'exclut pas l'application de lois particulières dont le caractère impératif s'impose indépendamment du choix des parties et du caractère international de la situation. Ces lois dictent leur application dans le cas où le législateur veut réglementer certains rapport juridiques de façon obligatoire. On aborde ici la notion fondamentale en droit international privé de "lois de police ou

Belgique (loi du 14 juillet 1987), du Danemark (loi n° 88 du 9 mai 1984), du Luxembourg (loi du 27 mars 1986) et de l'Allemagne (loi du 25 juillet 1986).

(13) Sur l'applicabilité de ces règles à une situation concrète, voy. infra.

(14) Précitée note 12.

(15) R. VANDER ELST, "L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge", Mélanges Frédéricq, 1965, p. 979, n° 4.

d'application nécessaire" (16). Encore faut-il tenter d'identifier ces lois, d'en déceler les caractéristiques et d'éclairer les liens qu'elles ont avec les règles impératives ou d'ordre public du droit interne. Il importe en effet d'établir si ces règles "internationalement impératives" se déterminent de la même façon qu'en droit interne (voy. infra D).

Enfin, l'application de la loi contractuelle étrangère peut se heurter aux conceptions fondamentales de l'Etat du juge saisi et justifier son éviction au titre de l'ordre public international (voy. infra E).

Avant d'aborder l'examen des limites que le droit international privé impose au principe d'autonomie, il convient cependant de s'interroger sur la place qui est laissée à ce principe dans les directives communautaires.

2. Portée et limites du principe d'autonomie dans les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance

12. Les règles de conflit insérées dans les directives LPS vie et non-vie (17) laissent peu de place au principe de l'autonomie de la volonté tel qu'on l'entend en droit international privé. Cette dérogation, curieuse au regard des règles générales qui prévalent en matière contractuelle, ne trouve que peu d'explications dans le septième considérant de la deuxième directive LPS non-vie, similaire d'ailleurs à celui de la deuxième directive LPS vie : "Considérant que les dispositions en vigueur dans les Etats membres en ce qui concerne le droit du contrat d'assurance demeurent divergentes; que la liberté de choisir comme loi applicable au contrat une loi autre que celle de l'Etat où le risque est situé peut être accordée dans certains cas selon des règles qui tiennent compte des circonstances spécifiques".

En réalité, la formulation des règles de conflit paraît directement tributaire du contexte communautaire dans lequel elles s'inscrivent et, en particulier, des quatre arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes le 4 décembre 1986 (18). Ce lien qui n'a sans doute pas suffisamment été mis en lumière jusqu'ici imposait, en effet, que les règles de conflit en question garantissent une protection suffisante aux consommateurs sans entraver outre mesure la liberté de prestation de services. A l'examen, on verra qu'elles ne satisfont pleinement ni à l'un ni à l'autre de ces objectifs (voy. infra n° 23 et 24). Néanmoins, cette fonction nouvelle assignée au droit international privé dans l'espace communautaire constitue, à notre avis, la principale originalité des règles de conflit prévues par les directives européennes dans le secteur des assurances.

13. Il ne nous appartient pas ici de commenter en détail les dispositions des articles 7 et 8 de la directive LPS non-vie ni celles de l'article 4 de la directive LPS vie. Le lecteur voudra bien se référer dans ce but aux études déjà publiées dans le cadre des précédents colloques organisés par

(16) On notera cependant que la notion de loi de police n'a pas de contenu déterminé en droit anglais; celle-ci est davantage répandue dans les droits continentaux, voy. A. DIAMOND, *"Harmonisation of private international law relating to contractual obligations"*, Rec. des Cours, 1986, IV, vol. 199, p. 288. La notion de règle impérative, conçue en terminologie anglaise comme *"mandatory rules"*, est utilisée en droit international privé tantôt sous la même appellation, tantôt sous celle de loi de police ou d'*"internationally mandatory rules"*.

(17) Directive du 22 juin 1988 (articles 7 et 8), précitée note 1. Directive du 8 novembre 1990 (article 4), précitée note 2. Ces règles ne sont que très légèrement amendées par les propositions de troisième directive en assurance vie et non-vie (précitées notes 3 et 4).

(18) Parmi ces quatre arrêts, on retiendra plus particulièrement celui rendu contre la République fédérale d'Allemagne, Aff. 205/84, Commission République fédérale d'Allemagne, Rec., 1986, pp. 3755-3815, dont la portée était la plus large, puisqu'elle mettait en cause le principe et les conditions mêmes de l'exercice de la libre prestation de services en assurance.

l'Université de Louvain au sujet des Directives LPS vie et non-vie dites de "seconde génération" (19). On ne les examinera ici que sous l'angle du principe d'autonomie et du sort des règles impératives. Pour le surplus, on se contentera de signaler qu'hormis l'introduction de la notion d'intérêt général que nous commenterons largement ci-après (voy. infra III), les directives dites de "troisième génération" en assurance vie et non-vie ne modifient guère le régime de droit international privé prévu par les directives de la "seconde génération".

En ce qui concerne l'assurance non-vie, la proposition de troisième directive apporte deux modifications aux règles antérieures :

- La liberté de choix complète de la loi applicable prévue uniquement, dans le cadre de la deuxième directive LPS non-vie, pour les risques transport est étendue à l'ensemble de grands risques, c'est-à-dire à ceux classés sous l'article 5, point d), de la deuxième directive LPS non-vie (art. 24 de la proposition de troisième directive non-vie);

- Les hypothèses figurant sous l'article 7, par. 1, points b) et c), de la directive LPS non-vie sont synthétisées en une seule hypothèse sous l'article 7, par. 1, point b) (art. 24 de la proposition de troisième directive non-vie). Cette disposition nouvelle accorde désormais une liberté de choix limitée de la loi applicable, "lorsque le contrat couvre soit un risque situé dans un Etat membre autre que celui où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale soit deux ou plusieurs risques situés dans différents Etats membres où le risque est situé". Cette liberté s'étend alors aux lois de l'Etat ou des Etats membres où les risques sont situés, ainsi qu'à la loi du pays où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale. La condition tenant à l'activité commerciale, industrielle ou libérale du preneur qui initialement conditionnait la liberté de choix a été supprimée.

En revanche, la proposition de troisième directive en assurance vie laisse intact le régime de droit international privé prévu par la seconde directive.

(19) M. FALLON, "La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988", Rev. gén. ass. terr., 1989, pp. 243-268; K. LENAERTS, "La loi applicable et la libre prestation de services en matière d'assurance vie", Ann. Dr. de Louvain, 1990, pp. 145-168; on consultera en outre en France : Y. LOUSSOUARN, "Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988", Rev. gén. ass. terr., 1989, pp. 291-305; J. RIPOLL, "Les conflits de lois en matière de droit des assurances", Contribution aux travaux du Comité français de droit international privé, inédit; en Allemagne : F. REICHERT-FACILIDES, "Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts", I. Prax, 1990, pp. 1-13; M. FRICKE, "Die Neuregelung des IPR der Versicherungsverträge im EGVVG durch das Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften", I. Prax, 1990, pp. 361-364; en Italie : L. FORLATI PICCHIO, "La legge applicabile ai contratti di assicurazione e diritto comunitario", Dir. com. scambi int., 1983, p. 35; Aux Pays-Bas : K.W. BREVET, "De tweede Richtlijn schadeverzekering in het toepasselijke recht", Verz. Archief, 1991, pp. 19-32; Ph. H.J.G. VAN HUIZEN, "Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijk recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverrichting", Verz. Archief, 1989, pp. 155-169. On consultera également les actes du colloque qui s'est tenu à l'Institut européen de Florence les 23 et 24 mai 1991 (à paraître) : F. REICHERT - FACILIDES, "Survey of International Insurance Laws within the EEC", pp. 1-15; C.G.J., MORSE, "Party Autonomy in International Insurance Contract Law", pp. 1-38; P. PEARSON, "International Insurance Contract law", pp. 1-9; B. AUDIT, "Transformation of the International Insurance Contract Law of the EEC Directive by Unilateral Conflict of Law Provisions ?", pp. 1-5; O. LANDO, "Mandatory rules governing insurance contracts and private international Law", pp. 1-14; M. FALLON, "The Law applicable to compulsory insurance and life insurance : special problems", pp. 1-13; W. H. ROTH, "Art. 59 EEC - Treaty and its implications for the Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts", pp. 1-27; A. K. SCHNYDER, "Observations from a Third Country on the Development of International Insurance Contract Law within the E.C.".

14. Au regard du principe de l'autonomie de la volonté, le système de droit international privé relatif au contrat d'assurance peut être schématisé de la façon suivante :

- **Absence de choix** : Le libre choix de la loi applicable se présente en réalité dans les directives comme une exception à une règle de conflit qui joue le rôle de principe général. Ainsi, pour l'assurance non-vie, en cas de coïncidence entre le lieu de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur et le lieu où le risque est situé (au sens de l'article 2, d), la loi de l'Etat où ces deux facteurs sont localisés est applicable (art. 7, par. 1, a), LPS non-vie). En assurance vie, la loi normalement applicable est celle de l'Etat membre de l'engagement, c'est-à-dire celle de l'Etat où le preneur a sa résidence habituelle ou si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte (art. 4, par. 1, LPS vie). Comme ces règles de conflit de type classique excluent en principe, dans les hypothèses qu'elles envisagent, tout autre choix de la loi applicable, on peut les qualifier de règles de conflit *impératives*. Celles-ci serviront d'ailleurs à désigner la loi applicable au contrat d'assurance dans la grande majorité des cas. C'est incontestable pour l'assurance vie où l'application de la loi de l'Etat de l'engagement ne dépend pas d'une coïncidence de facteurs de rattachement. C'est aussi vrai en assurance non-vie, lorsqu'on s'aperçoit que l'article 2, d définit le lieu du risque, en principe, par référence à la résidence habituelle ou à l'établissement du preneur (20).

La solution préconisée par l'article 7, par. 1, a), paraît s'inspirer de la méthode bien connue en droit international privé du groupement des points de contact. En réalité, elle fait directement écho à l'hypothèse examinée par la Cour de Justice dans l'arrêt allemand du 4 décembre 1986, hypothèse à laquelle celle-ci a d'ailleurs expressément limité la portée de sa décision (21).

- **Choix limité** : Un choix limité est ouvert aux parties dans des circonstances spécifiques, principalement en assurance non-vie, lorsqu'il n'y a pas coïncidence entre le lieu de situation du risque et celui de la résidence habituelle du preneur (choix entre l'une de ces deux lois) ou lorsque le contrat couvre deux ou plusieurs risques situés dans différents Etats membres relatifs à des activités commerciales, industrielles ou libérales exercées par le preneur (choix entre l'une des lois où se situent ces risques et la loi de résidence habituelle) (art. 7, par. 1, b et c). On rappellera que ces deux hypothèses sont fondues en une seule par la proposition de troisième directive non-vie (art. 24) et que la condition relative à la nature de l'activité du preneur a été supprimée.

En cas de dissémination des risques, il est impérieux que les parties choisissent expressément la loi qui sera applicable au contrat, sans quoi celui-ci se diviserait en autant de contrats que de pays où les risques sont situés (art. 7, par. 1, h, in fine) (22).

(20) Trois exceptions sont cependant prévues : pour l'assurance relative à des immeubles ou à des immeubles et leur contenu couverts par une même police (lieu de situation des biens), pour l'assurance relative à des véhicules de toute nature (lieu de l'immatriculation du véhicule) et pour les assurances des voyages ou vacances d'une durée égale ou inférieure à 4 mois (lieu de conclusion du contrat). Même dans ces hypothèses, les situations de distorsion entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle ou d'établissement seront sans doute marginales.

(21) Arrêt précité, note 18, voy. le par. 23 : "Il peut se poser des problèmes particuliers lorsque le risque couvert par le contrat d'assurance est situé sur le territoire d'un Etat autre que celui du preneur d'assurance, destinataire de services. Ces problèmes qui n'ont pas fait l'objet de débats devant la Cour ne seront pas examinés par celle-ci dans le cadre de la présente affaire, l'examen suivant ne concerne donc que les assurances contre les risques se situant dans l'Etat Membre du preneur d'assurance".

(22) On fait pour l'instant abstraction de l'application distributive des dispositions impératives prévue par l'article 7, par. 2, alinéa 3 (à ce sujet, voy. infra).

Enfin, les parties peuvent toujours choisir la loi du lieu de survenance du sinistre lorsque les risques couverts sont limités à des sinistres qui peuvent survenir dans un autre Etat membre que celui où le risque est situé (art. 7, par. 1, e).

En assurance vie, un choix limité n'est ouvert que dans une seule hypothèse : celle où le preneur est une personne physique et a sa résidence habituelle dans un Etat membre autre que celui dont il est ressortissant. Dans ce cas, cette dernière loi peut être choisie (art. 4, par. 2).

- **Choix illimité** : Une liberté de choix "complète" de la loi applicable telle qu'on la connaît, en général, en droit international privé des contrats, n'est ouverte aux parties qu'en assurance non-vie et, dans un premier temps, seulement pour certains grands risques (essentiellement les risques transport maritime ou aérien) (23). Dans un second temps, cette liberté de choix s'étendra à l'ensemble des grands risques, c'est-à-dire également aux risques crédit caution lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielles, commerciale ou libérale et que le risque est relatif à cette activité, ainsi qu'aux risques incendie, éléments naturels, autres dommages aux biens, RC générale, pertes pécuniaires diverses, corps de véhicules terrestres et RC véhicules terrestres automoteurs, pour autant que ces risques répondent aux conditions de seuils fixés par l'article 5 de la deuxième directive LPS non-vie.

De la même façon que dans l'hypothèse de la dissémination des risques sur le territoire de plusieurs Etats membres, les parties à de tels contrats seront bien inspirées d'opter pour un choix exprès de la loi applicable, car la méthode indiciaire prévue par l'article 7, par. 1, h), ne paraît pas adaptée à leur situation. Selon cet article en effet, à défaut de choix exprès (ou implicite mais certain), le contrat est régi par la loi de celui, *parmi les pays qui entrent en ligne de compte aux termes de points précédents*, avec lequel il présente les liens les plus étroits. Comment faut-il comprendre cette référence, alors que pour les grands risques le choix de la loi n'est conditionné par aucun critère de localisation ? (24)

- **Choix élargi** : En recourant à une technique à la fois curieuse et originale, les directives LPS vie et non vie autorisent un choix plus large de la loi applicable si, et dans la mesure où, la loi ou les lois des Etats membres désignées par la règle de conflit pertinente le permettent.

On retrouve cette technique, qui fait songer à la théorie du renvoi en droit international privé (application d'une règle de droit international privé appartenant à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for), tant dans la directive LPS non-vie du 22 juin 1988 (art. 7, par. 1, a, in fine, dans l'hypothèse de la coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence du preneur et art. 7, par. 1, d, dans l'hypothèse de non coïncidence et de dissémination des risques dans plusieurs Etats membres) que dans la directive LPS vie du 8 novembre 1990 (art. 7, par. 1 lorsque la loi applicable est celle de l'Etat membre de l'engagement).

Il faut reconnaître qu'il existe une certaine incohérence à obliger un Etat membre à restreindre le principe d'autonomie en matière de contrat d'assurance par référence à une règle de conflit

(23) Il convient de noter toutefois que la loi allemande transposant la directive LPS non-vie semble étendre cette liberté de choix complète à l'ensemble des grands risques anticipant ainsi sur la troisième directive (Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag, BGVVG, art. 10, par. 1). Cette extension profite aussi aux "Korrespondenz versicherungs verträge", c'est-à-dire aux contrats par correspondance (art. 9, par. 4). Ces contrats conclus par un preneur d'assurance étranger profite de la liberté de choix à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de la Communauté. L'Espagne, disposant d'un délai transitoire pour le passage au régime des grands risques (art. 27), n'a pas transposé l'article 7, par. 1, f. (Ley. 21/1990 du 19 décembre, para. adapter elle Derecho espanol a la Directiva 88/357/CEE. Título IV, art. 107).

(24) En ce sens, M. FALLON, *op. cit.*, note 19, p. 254, n° 27.

impérative, tout en l'autorisant à maintenir une certaine liberté de choix pour les cas où son propre droit serait désigné par cette même règle de conflit (25).

L'intention politique qui se cache derrière cette solution est pourtant claire. Les Etats connaissant une tradition libérale en matière de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux en général et dans les contrats d'assurance en particulier ne pouvaient accepter sans sourciller une restriction complète de l'autonomie des parties qui aurait signifié pour eux une régression. Reniement d'autant moins justifié que la liberté de choix paraît aller dans le sens de la liberté de prestation de services.

Cependant, la façon dont les règles de droit international privé prévues dans les directives communautaires traduisent cette intention en termes techniques reste pour le moins étrange. On aurait pu s'attendre à ce qu'elle soit formulée sous la forme d'une option, celle-ci étant le moyen le plus fréquemment utilisé pour résoudre de tels antagonismes. On ne peut cependant parler d'une option au sens strict, puisque les directives ne semblent pas permettre à un Etat de maintenir ou d'instaurer une liberté complète de choix de la loi applicable *dans tous les cas*, en méconnaissance des règles générales, mais seulement d'élargir la gamme du choix lorsque l'Etat en question fait partie de ceux qui sont considérés comme intéressés à la situation *à la suite de la mise en oeuvre de la règle de conflit*.

C'est donc apparemment dans les termes d'un renvoi au sens du droit international privé qu'il faut analyser techniquement le problème : pour qu'un élargissement du choix de la loi applicable soit possible, le juge, et davantage encore les parties qui chercheront à délimiter au moment de la conclusion du contrat l'éventail du choix qui leur est offert, devront se référer au contenu d'une des règles de conflit de l'Etat ou des Etats déclarés intéressés à la situation contractuelle par la règle de conflit du for compétent. Cette référence aux règles de conflit d'un autre Etat que celui du for suscite plusieurs interrogations.

. Puisque chaque Etat semble tenu de transposer la règle de conflit principale (art. 7, par. 1, a, b ou c ; art. 4, par. 1) dans son propre droit international privé, quitte à prévoir simultanément que s'il est considéré comme le seul Etat intéressé ou l'un des Etats intéressés par la même règle de conflit, il accepte d'accorder une liberté de choix plus large, ceci l'autorise à maintenir concurremment plusieurs systèmes de droit international privé pour régir les rapports juridiques nés d'un même contrat d'assurance : le système communautaire tout d'abord tel qu'il est issu des directives, et un système différent dont on pourrait tirer une règle plus libérale. Cet autre système pourrait être celui du droit commun national préexistant à la transposition de la directive (26), ou celui de la Convention de Rome (27). Mais on sait que cette Convention n'entend pas s'appliquer aux contrats d'assurance couvrant des risques situés dans un Etat membre de la Communauté (art. 1, par. 3). Cette objection pourrait néanmoins être surmontée si on considérait que la Convention de Rome traduit, ou traduira, au fur et à mesure de sa mise en application, le droit international privé commun applicable aux obligations contractuelles (28).

. A supposer que le juge ou les parties soient parvenues à trouver la trace dans l'ordre juridique ou les ordres juridiques désignés, d'une règle de conflit plus permissive que celle découlant des directives, les modalités de cette option pourront également poser problème.

Lorsque les art. 7, par. 1, b et c, de la directive LPS non-vie ouvrent un choix limité entre les lois de plusieurs Etats membres, faut-il que chacun de ces Etats octroie une liberté plus étendue ou

(25) En ce sens, M. FALLON, *op. cit.*, note 19, p. 263, n° 37.

(26) En ce sens, C.G.J., MORSE, *op. cit.*, note 19, Rapport, p. 18.

(27) Convention précitée note 19. En ce sens, le choix pourrait être limité par les règles de l'article 5 relatifs aux contrats de consommation.

(28) En ce sens, P. LAGARDE, Note sous la directive du 22 juin 1988, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1989, p. 149.

suffit-il d'un seul ? L'art. 7, par. 1, d, visant expressément les Etats membres, la première solution doit être préférée. Que se passera-t-il si ces Etats membres ne reconnaissent pas cette liberté dans les mêmes proportions ? Les parties ne pourront probablement désigner qu'une loi dont la compétence est reconnue par toutes les règles en présence (29).

. Les législations transposant la directive LPS non-vie illustrent la difficulté qu'il y a à traduire en termes législatifs la volonté d'octroyer aux parties une liberté de choix élargie par rapport aux règles de conflit principales. Bien sûr le problème ne s'est pas posé pour les Etats qui n'entendaient en aucun cas accorder cette liberté. Ceux-là (France et Espagne) se sont contentés de reproduire les règles de conflit principales en supprimant la partie du texte faisant allusion à une possibilité d'extension (30). Par conséquent, si le juge saisi est français ou espagnol, les parties ne disposeront jamais d'une liberté de choix plus étendue, quel que soit le lieu de situation du risque.

D'autres se sont contentés de reproduire une ou plusieurs des hypothèses de la directive, avec la faculté de choix d'une autre loi si la loi du pays où le risque est situé le prévoit (Belgique) (31). Dans cette hypothèse, une possibilité de choix élargi n'existe que si le risque n'est pas situé en Belgique et si la loi où se situe le risque accorde un choix élargi. En revanche, une telle possibilité n'existe pas pour les risques situés en Belgique, à défaut d'une disposition spéciale de la loi belge en ce sens.

Le Royaume-Uni et l'Irlande qui, sans doutes, avaient l'intention d'accorder une liberté de choix totale, ont curieusement utilisé une technique identique en reproduisant in extenso l'article 7, par. 1, a, b, c, d (32). On peut cependant douter que l'indication de la seule mention, "toutefois, lorsque le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays", suffise à caractériser pour le juge saisi (par hypothèse ni anglais, ni irlandais), la volonté de l'Etat (britannique ou irlandais) désigné par la règle de conflit d'accorder une liberté de choix plus étendue que celle reconnue, en principe, par la directive. Une meilleure façon d'exprimer cette possibilité aurait été de dissocier la règle de conflit applicable aux contrats couvrant des risques situés au Royaume-Uni ou en Irlande pour lesquels une liberté complète aurait été accordée, de la règle de conflit applicable aux contrats couvrant des risques situés dans d'autres pays de la Communauté, pour lesquels les règles prévues par la directive auraient été applicables.

C'est ce procédé qui semble avoir été utilisé par la loi allemande (33). Elle admet en effet, dans un premier temps, que les parties puissent se prévaloir d'une liberté de choix plus large lorsque le droit de l'Etat ou des Etats désignés par l'article 7, par. 1, a, b, c, de la directive le permet (risques

(29) En ce sens, Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 19, p. 298.

(30) Pour la France, voy. la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, art. L 181-1. Pour l'Espagne, voy. Ley 21/1990 du 19 décembre 1990, para adaptar el Derecho espanol a la Directiva 88/357/CEE, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualizacion de la legislacion de seguros privados, art. 107/1.

(31) Arrêté royal du 22 février 1991, modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (art. 28ter, par. 4). La référence à la règle de conflit de l'Etat déclaré intéressé n'est cependant prévue que pour les hypothèses b et c de l'article 7, et non pour l'hypothèse a (coïncidence entre la loi du pays du risque et celle du pays de résidence). Dans cette dernière hypothèse, le législateur belge a procédé, comme le législateur français, en supprimant purement et simplement la réserve du choix élargi.

(32) Pour le Royaume-Uni, The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990 (1990, n° 1333), Schedule 3A, art. 1.; Pour l'Irlande, European Communities (Non-Life Insurance Amendment) Regulations, 1991, S. 1, n° 142 of 1991, art. 11 (1).

(33) Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag, précitée, note 23, art. 10, par. 1 et par. 3.

situés à l'étranger). Dans un second temps, elle énonce la solution préconisée par le législateur allemand à propos de l'extension lorsque l'Etat allemand est celui où se localise le risque et la résidence du preneur. Dans cette hypothèse, le droit allemand donne aux parties la possibilité de choisir une autre loi si le contrat se rapporte à un grand risque tel que défini par l'article 5 d) de la directive LPS non-vie.

La loi néerlandaise semble avoir choisi une solution à la fois pragmatique et originale (34). En effet, elle procède simplement par référence à la directive du 22 juin 1988 sans reformuler les règles de conflit qu'elle contient et en se prononçant uniquement sur les questions laissées ouvertes. Sur la question du choix élargi, elle dispose ainsi que les règles de conflit de la Convention de Rome sont applicables à la question de savoir si un choix plus large peut être accordé aux parties dans les hypothèses visées à l'article 7, par. 1, a, b, c. Si donc les Pays-Bas sont l'Etat où un des Etats désignés par ces dispositions, la loi néerlandaise établit clairement que l'extension du choix de la loi applicable doit s'apprécier d'après les règles de la Convention de Rome (35).

15. On mesure, au terme de cette analyse, la complexité du raisonnement que les parties auront à tenir pour délimiter l'éventail du choix qui leur est offert, ainsi que la difficulté du travail des juges lorsqu'ils devront apprécier a posteriori la validité de ce choix. A supposer que le choix de la loi contractuelle ait pu être effectué correctement et de façon valide par les parties, ce choix pourrait être limité, comme en droit commun, par la notion de contrat international (voy. infra B), par la nécessité de protéger l'une des parties au contrat (voy. infra C), par l'application des lois de polices (voy. infra D) ou par l'intervention de l'ordre public international (voy. infra E).

B. La condition d'internationalité

1. Le caractère international du contrat dans la théorie générale du droit international privé

16. En permettant de soumettre le contrat à la loi de leur choix, le principe d'autonomie de la volonté donne aux parties une possibilité non négligeable d'échapper aux normes impératives de l'ordre juridique normalement compétent. Il semble logique de limiter cette liberté aux situations contractuelles présentant un caractère international.

La notion de contrat international paraît cependant difficile à cerner. Il semble raisonnable de considérer comme internationale la relation contractuelle affectée d'un élément d'extranéité donnant vocation à deux ou plusieurs systèmes juridiques à s'appliquer. C'est la solution retenue par la Convention de Rome qui dispose en son article premier, par. 1, que ses dispositions sont applicables aux obligations contractuelles "dans les situations comportant un conflit de lois".

17. Que faut-il décider lorsque la clause d'élection de for ou la clause de choix du droit applicable est le seul élément d'internationalisation de la convention ? Ceci suffit-il à conférer au contrat un caractère international ? La Convention de Rome adopte à cet égard une attitude libérale. L'article 3, par. 3 énonce en effet que "le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont

(34) Wet van 18 april 1991 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 88/357/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 juni 1988, Pb EG L 172 en coordinatie van de conflictenrechtelijke bepalingen van het op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trib. 1980, n° 156, met die van de richtlijn, art. 5, a.

(35) On signalera cependant que la Convention de Rome n'est toujours pas en vigueur aux Pays-Bas.

localisés au moment du choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées dispositions impératives (36).

Le seul élément subjectif d'extranéité qui consiste à désigner une loi étrangère permettrait donc de définir un contrat comme international au sens de la Convention de Rome, sous la réserve essentielle toutefois, de l'application des règles impératives du pays où sont concentrés tous les autres éléments de la situation. En principe donc, des contrats qui, objectivement, ont tous les traits d'une opération interne, pourraient rentrer dans le champ d'application de la Convention.

En réalité, ce libéralisme pourrait n'être qu'une apparence. En effet, la définition des normes impératives comme des normes auxquelles la loi ne permet pas de déroger par contrat désigne sans aucun doute les règles impératives (ou même d'ordre public) au sens du droit interne, et non les lois de police au sens du droit international privé. Comme il vise l'ensemble des dispositions impératives ou d'ordre public de droit interne, l'article 3, par. 3, restitue en réalité au principe d'autonomie la volonté en droit international privé, la portée qu'il a en droit interne. Dans l'hypothèse où le seul élément d'internationalisation du contrat résulte du choix de la loi applicable, les parties ne pourront en effet se référer à la loi étrangère que dans les limites des dispositions supplétives de la loi où tous les autres éléments sont localisés (37).

2. Le caractère international du contrat d'assurance

18. L'article 7, par. 1, g, de la Directive LPS non-vie contient une règle directement inspirée de l'article 3, par. 3, de la Convention de Rome qui vise à éviter que les parties n'utilisent les possibilités de choix, déjà considérablement restreintes, laissées par l'article 7, par. 1 (a ou f), pour échapper aux dispositions impératives de l'Etat où tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment du choix.

Les dispositions impératives, c'est-à-dire, selon les termes mêmes de l'article 7, par. 1, g, "les dispositions auxquelles la loi de cet Etat ne permet pas de déroger par contrat", doivent s'entendre, de la même façon que dans l'article 3, par. 3, de la Convention de Rome, comme les règles impératives et d'ordre public de droit interne (38).

Parmi les éléments de la situation qui peuvent être pris en considération pour apprécier cette concentration, il faut compter à notre avis le lieu d'établissement de l'assureur, même si ce facteur de localisation ne figure pas parmi les critères retenus par la directive LPS non-vie. De façon générale, ces éléments doivent être compris largement et pas seulement par rapport aux critères proposés par la directive.

(36) La règle de l'article 3, par. 3 peut être comprise comme une formulation objective du principe d'un choix raisonnable et de bonne foi exprimé par Lord Wright dans l'affaire *Vita foods (Vita Food Products Inc. V. Unus Shipping Co., (1939), A.C., 277 at 290)*. L'exigence d'un intérêt sérieux et raisonnable a aussi pour but d'empêcher que les contractants ne choisissent une loi sans rapport avec leur opération afin d'éluder une disposition impérative faisant partie de l'ordre juridique avec lequel elle est en contact.

(37) Il n'y a donc pas véritablement double emploi avec la règle de l'article 7 de la même Convention qui vise les lois de police. De plus, la disposition de l'article 3 ne paraissant pas s'inspirer d'un but de protection mais d'une volonté d'empêcher l'éviction de l'ordre juridique dans lequel se localise tous les autres éléments de rattachement, on ne pourrait à notre avis faire valoir ici un rattachement alternatif comparable à celui décrit dans l'article 5 (voy. infra C). Contra PH VAN HUIZEN, "*Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijke recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverlening*", *Verz. Arch.*, 1989, pp. 155-170.

(38) En ce sens, Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 19, p. 299. A.F. LOGÉZ "*L'Europe de la liberté d'établissement et de prestations de services*", Ed. Argus, Paris, 1991, p. 115; J. RIPOLL, *op. cit.*, note 19, p. 18; C.G.J. MORSE, "*Party autonomy ...*", note 19, Rapport p. 7.

19. Dans le cadre des règles de conflit propres au contrat d'assurance, cette disposition a cependant une portée pratique limitée. Elle ne trouve en réalité à s'appliquer que dans deux hypothèses : lorsque la loi où se situe le risque et la résidence du preneur octroie une liberté de choix plus large que celle prévue par la règle de conflit et lorsque la couverture porte sur des risques transport où une liberté de choix complète est reconnue (on rappellera que cette liberté est étendue à l'ensemble des grands risques par la proposition de troisième directive non-vie).

On songe par exemple à un contrat d'assurance transport conclu en France, auprès d'un assureur établi en France, concernant un transport qui s'effectue en totalité sur le territoire français (39). En réalité, soumettre un tel contrat au respect de toutes les dispositions impératives ou d'ordre public de droit interne revient, nous l'avons dit, à lui conférer un statut similaire à celui des contrats internes, puisque les parties pourront seulement déroger aux règles supplétives de l'Etat où tous les éléments de la situation sont localisés.

Cette solution paraît considérablement en-deçà des intentions initiales de la Commission CEE. Au début, celle-ci entendait avant tout éviter que le droit applicable ne constituât une source de distorsion de concurrence en raison du fait que l'assureur opérant en prestation de services aurait bénéficié d'une liberté de choix refusée à l'assureur couvrant un risque situé sur son propre territoire. Sous cet angle, la question du droit applicable au contrat ne pouvait se concevoir que de façon globale sans qu'une distinction fût opérée entre contrats souscrits en libre prestation de services et contrats conclus en établissement dans un cadre purement national.

Cette préoccupation expliquerait pourquoi les articles relatifs au droit applicable ont été insérés sous le titre II relatif aux dispositions complémentaires à la première directive établissement et non sous le titre III relatif aux dispositions complémentaires à la libre prestation de services (40).

C. La prise en compte d'un besoin de protection d'une des parties au contrat

1. La protection de la partie faible en droit international privé

20. L'élargissement progressif du domaine des relations commerciales internationales et l'accès rendu plus facile aux produits et services transfrontaliers oblige le droit international privé à adapter ses techniques de façon à garantir une certaine protection au consommateur ou, plus généralement, à la partie réputée la plus faible dans la relation contractuelle. A défaut, le principe d'autonomie de la volonté au sens du droit international privé et le pouvoir d'éviction des dispositions impératives (au sens du droit interne) qu'il comporte pourrait mettre en danger le particulier amené à conclure un contrat dans un cadre juridique qui ne lui est pas familier.

Les articles 5 et 6 de la Convention de Rome répondent à cette préoccupation pour ce qui concerne les contrats de travail et certains contrats conclus par les consommateurs. De façon originale, ces règles n'écartent pas catégoriquement le principe d'autonomie de la volonté. Les parties restent libres de choisir la loi applicable à leur contrat, mais la partie réputée faible (le consommateur ou le travailleur) conserve en tout état de cause la protection que lui procure la loi qui serait applicable à défaut de choix (loi du pays de la résidence habituelle du consommateur; loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail ou loi du pays de l'établissement qui a embauché le travailleur si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays), *si celle-ci est supérieure*. La protection accordée par la loi objectivement compétente est donc conçue comme un minimum en-deçà duquel le choix d'une autre loi est dénué d'effet.

(39) Exemple cité par J. RIPOLL, précité note 19, p. 18.

(40) G. IMBERT, "Pourquoi harmoniser les dispositions sur le contrat d'assurance ?", in l'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la CEE, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 157. Voy. aussi, J. RIPOLL, précité, note 19, p. 13; P. LAGARDE, Note sur la directive du 22 juin 1988 relativement à la loi applicable, Rev. crit. dr. int. priv., 1989, p. 187.

21. Si on s'en tient aux contrats de consommation, l'article 5 offre un exemple typique de règle de rattachement alternative : entre la loi choisie et la loi de sa résidence habituelle, le consommateur bénéficiera de la loi la plus protectrice. Cependant cette protection ne lui bénéficiera que si certaines circonstances supplémentaires établissant un contact avec le pays de la résidence du consommateur (article 5, par. 2) sont vérifiées. Ainsi en est-il notamment lorsque :

- le commerçant ou le prestataire a fait préalablement des démarches (vente par correspondance par agent ou intermédiaire, publicité spécialement faite par la presse, la radio, le cinéma, catalogue spécialement diffusé dans le pays de la résidence habituelle) pour vendre des biens ou des services dans le pays où réside le consommateur, et que les actes nécessaires à la conclusion du contrat ont été accomplis dans ce pays;

- le vendeur ou le prestataire n'a pas pris contact avec le consommateur, ni fait de publicité dans les conditions précitées, mais la commande a néanmoins été reçue dans ce pays (le consommateur s'est adressé lui-même au stand d'une société étrangère dans une foire ou une exposition organisée dans son pays de résidence, ou à une succursale ou une agence stables d'une société étrangère établies dans ce même pays).

L'article 5 de la Convention de Rome prend donc soin de limiter les dérogations qu'il apporte au principe d'autonomie aux hypothèses dans lesquelles une protection du consommateur paraît nécessaire. Le principe d'autonomie énoncé à l'article 3 reprend son empire lorsque c'est le consommateur lui-même qui a pris l'initiative de s'adresser au vendeur ou au prestataire étranger. De plus, l'article 5 ne s'applique pas non plus lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle (article 5, par. 4).

22. Il ressort du libellé de l'article 5 et 6, comme du rapport explicatif de la Convention (41) que ces dispositions ne s'inspirent pas d'une distinction entre les normes impératives de droit interne et les normes impératives de droit international privé. Elles visent aussi bien les unes que les autres, dès lors que ces dispositions poursuivent un but de protection du consommateur ou du travailleur. Dans ces conditions, l'article 7 de la Convention de Rome, dont le champ d'application ne vise que les lois de police, ne concernerait, quant à lui, que les lois qui s'inspirent d'un objectif social ou économique différent, ou même celles qui poursuivent un but de protection de la partie faible, mais dont le domaine spatial obéirait à un critère différent de celui retenu par les articles 5 et 6 (42). En pratique, cependant, on conçoit difficilement qu'une loi protectrice qui ne soit ni celle du contrat ni celle que désignent les articles 5 et 6 puisse avoir une prétention sérieuse à s'appliquer (43).

2. La protection de la partie faible dans les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance

23. De façon assez surprenante, les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance ne paraissent pas véritablement être inspirées d'une politique de protection du

(41) M. GIULIANO ET P. LAGARDE, précité note 12, JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 25.

(42) En ce sens, P. MAYER, *"Les lois de police étrangères"*, Clunet, 1981, p. 328, note 146; A. PHILIP, *"Mandatory rules, public law (political rules) and choice of law in the EEC convention on the law applicable to contractual obligations"*, in *Contract conflict*, éd. P.M. North, 1982, p. 98, n° 37; C. FERRY, *"La validité des contrats en droit international privé, France/USA"*, LGDJ, Paris, 1989, p. 302, n° 393. On peut se demander toutefois si les règles de conflit prévues par les articles 5 et 6 ne devraient pas exclure tout autre critère de rattachement même issu d'une loi d'application immédiate dans le domaine des règles protectrices du consommateur.

(43) P. MAYER, *op. cit.*, note 42, p. 328, note 146; M. FALLON, *"Un Restatement européen du droit des conflits de lois en matière de contrats"*, Assuntos Europeus, 1984, p. 322, n° 20.

consommateur. On n'y retrouve pas, en effet, la structure alternative du rattachement des normes impératives du droit interne qui caractérise les règles de droit international privé poursuivant un tel but (44).

On aurait pu s'attendre, en particulier, à une règle inspirée de l'article 5 de la Convention de Rome qui présente le double avantage de ne pas effacer complètement le principe d'autonomie, tout en garantissant au consommateur, dans certaines circonstances où une protection se justifie, l'application de la loi qui lui est la plus favorable.

Certes, les règles de conflit communautaires permettent, la plupart du temps, de sauvegarder l'environnement juridique du preneur d'assurance en lui permettant de compter sur l'application de la loi de sa résidence habituelle. Mais cette loi qui lui est certainement la plus familière n'est pas forcément la plus protectrice. De plus, si l'application de la loi de résidence du preneur poursuit effectivement un but de protection du preneur, il serait logique de l'écarter lorsque cette protection ne justifie pas. On se souvient à cet égard que l'article 5, par. 2, de la Convention de Rome ne commande le respect des dispositions impératives de la loi de résidence habituelle du consommateur que dans des hypothèses bien définies, et pour autant qu'elles soient plus protectrices que les dispositions correspondantes de la loi choisie. Le cas le plus typique est celui du démarchage par le vendeur ou le prestataire de services dans le pays où réside habituellement le consommateur. En revanche, le consommateur qui entreprend lui-même de contacter le vendeur où le prestataire dans son propre pays n'est pas protégé par l'article 5, par. 2. Le contrat est alors soumis aux règles générales de droit international privé et, en premier lieu, au principe d'autonomie.

La distinction faite par la directive LPS vie entre LPS active et LPS passive, suivant que c'est l'assureur ou le preneur qui a pris l'initiative du premier contact, paraît largement correspondre aux critères de l'article 5, par. 2, de la Convention de Rome. Il est donc étonnant que l'article 4, par. 1 de la directive LPS vie soumette indistinctement le contrat d'assurance vie à la loi de la résidence du preneur, même lorsque c'est le preneur lui-même qui a pris l'initiative de s'adresser à l'étranger.

Cette observation vaut également pour la directive LPS non-vie qui soumet globalement les assurances couvrant des risques de masse à la loi du pays du risque. Certes la directive LPS non-vie ne s'inspire pas de la même distinction que la directive LPS vie, mais on ne voit pas pourquoi un contrat couvrant un risque de masse devrait obligatoirement être soumis à la loi du pays où le risque est situé, lorsque c'est le preneur lui-même qui s'adresse à une entreprise établie à l'étranger. Ces observations conduisent à la conclusion pour le moins étonnante qu'un contrat couvrant un risque situé hors CEE bénéficie d'un régime plus libéral quant à la loi applicable, qu'un contrat couvrant un risque situé dans la CEE...

24. On peut penser que la rigidité des critères utilisés par les directives et le manque de souplesse des solutions témoignent en réalité d'une volonté d'éviter toute distorsion de concurrence sur le plan du droit applicable entre les entreprises d'assurance opérant en libre prestation de services et celles opérant par voie d'établissement sur un même territoire. En l'absence d'harmonisation, il fallait éviter que certaines entreprises ne puissent tirer parti d'un droit contractuel libéral pour proposer, en libre prestation de services, des assurances à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont proposées par des entreprises établies soumises dans leur pays d'établissement à un carcan réglementaire beaucoup plus contraignant. On peut cependant douter que cet argument d'ordre économique puisse trouver grâce aux yeux du droit communautaire et de la libre prestation des services. A tel point que plusieurs auteurs ont mis en doute la compatibilité des règles de conflit découlant des directives avec l'art. 59 du Traité CEE (45). Ces règles obligent en effet l'assureur souhaitant prêter ses services dans la CEE à proposer douze polices différentes

(44) Voy. M. FALLON, *op. cit.*, "The Law applicable to compulsory insurance and life insurance", note 19, Rapport, p. 7.

(45) Voy. spécialement en ce sens, W. H. ROTH, *op. cit.*, note 19, Rapport, pp. 1 et suiv.; C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 19, Rapport, p. 16; K. LENAERTS, *op. cit.*, note 19, p. 226.

respectant le droit de chacun des Etats membres, plutôt qu'une police unique pour l'ensemble du territoire communautaire. Il est vrai que la protection du consommateur peut justifier des restrictions à la libre prestation des services. Encore faut-il que ces restrictions soient proportionnées par rapport au but poursuivi. Contrairement aux règles de la Convention de Rome, les règles de conflit prévues par les directives ne semblent pas satisfaire à cette exigence. Celles-ci ne permettent que très rarement de donner compétence à la loi du pays d'établissement de l'assureur, cette possibilité étant laissée à l'appréciation des Etats membres dans l'hypothèse du choix élargi (voy. supra n° 14). Or, seule l'application de la loi du pays où est établi l'assureur (éventuellement par le biais de la règle d'autonomie) semble correspondre à la philosophie de la licence unique qui tend à affirmer la compétence de *l'Etat d'origine* dans l'ordonnancement des relations intracommunautaires (voy. infra n° 69 et suiv.).

D. Les lois de police

1. Les lois de police dans la théorie générale du droit international privé

25. La doctrine de droit international privé n'est guère unanime sur la définition de la notion de "loi de police" ni sur son contenu exact. On tentera dans un premier temps de cerner le concept dans ce qu'il a de général (1°), pour analyser ensuite sa portée dans le domaine contractuel (2°), et dans celui de l'assurance (3°).

1°) Les lois de police en général

a) Définition des lois de police

26. Selon P. FRANCESCAKIS, les lois de police sont des lois "dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays" (46). J.P. KARAQUILLO rejoint ce point de vue en l'élargissant sensiblement lorsqu'il affirme que l'indice essentiel des lois de police serait le "caractère indispensable de la règle pour la sauvegarde de la cohérence sociale ou économique de l'ordre juridique interne" (47). P. MAYER adopte une conception nettement plus large, puisqu'il range dans la catégorie des lois de police, les règles tendant à assurer la protection de certaines parties à un contrat, les règles tendant à la protection d'intérêts collectifs et les règles dont le respect s'impose sur le territoire afin d'assurer la sécurité des transactions (48).

De prime abord, on observera que la définition de P. FRANCESCAKIS n'est, somme toute, pas très éloignée de celle de l'ordre public interne. Elle a été critiquée comme étant trop restrictive, car elle ne permettrait pas d'englober les lois de protection individuelle. P. MAYER reconnaît que l'on pourrait songer à réserver l'appellation de lois de police aux règles qui visent à sauvegarder les intérêts de la collectivité. Il rejette cependant cette proposition pour le motif qu'une préoccupation d'intérêt collectif est fréquemment sous-jacente aussi bien aux lois de protection individuelle qu'aux lois dont l'application doit être uniforme sur le territoire et qu'il est préférable de ne pas faire entrer dans la définition même une notion aussi difficile à cerner que celle d'intérêt collectif ou d'organisation politique, sociale ou économique (49).

(46) P. FRANCESCAKIS, *Rép. Dr. Int., Vo Conflit de lois*, n° 124 et 137. Voy. également du même auteur *"Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois"*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1966 pp. 1-18; *"Lois d'application immédiate et règles de conflit"*, *Riv. dir. int. pr. e. proc.*, 1967, p. 691.

(47) J.-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF, 1977, p. 152, n° 481 et p. 199, n° 633.

(48) P. MAYER, "Les lois de police étrangères", *Clunet*, 1981, p. 291, n° 16.

(49) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 291, n° 16. Dans le même sens G. VAH HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, 2ème éd., Story Scientia, 1989, p. 184, n° 368 qui

Une telle conception conduit à accorder le caractère de lois de police à toutes les lois dont l'objectif est la protection du consommateur. Cette opinion qui ne paraît guère avoir suscité de réticences en doctrine pourrait, comme on le verra, avoir des conséquences fâcheuses dans la matière des contrats réglementés (50).

27. Tous les auteurs qui ont tenté de définir compréhensivement ou extensivement la notion de lois de police se rallient néanmoins à une conception fonctionnelle qui semble mieux convenir à leur nature. Cette approche, qui s'apparente d'ailleurs à celle suivie en droit interne pour la définition de l'ordre public, consiste à définir les lois de police comme des règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne lui sont pas soumises par la règle de conflit.

La loi de police traduit en effet une politique du législateur tendant à régler de manière impérative certains rapports juridiques pour la protection d'intérêts jugés à tort ou à raison essentiels (51). C'est l'importance de l'intérêt de protection ressenti au niveau interne qui justifie une transposition immédiate de cette politique au niveau international, la situation internationale visée étant dès lors traitée comme une situation interne (52).

Cette nécessité impérieuse pour l'Etat de faire régir certaines relations internationales par sa propre loi à l'exclusion de toute autre justifie qu'il soit dérogé au jeu normal de la règle de conflit de droit commun (53). Le concept de loi de police repose donc implicitement sur une inadéquation de la règle de conflit, celle-ci ne permettant pas d'assurer l'application de la loi en question à des situations auxquelles pour des raisons spécifiques liées à son contenu ou à son but, il importe qu'elle soit appliquée (54). Les besoins de cohésion et d'efficacité du droit interne servent de justification à cette compétence anormale (55).

critiquent la définition proposée par P. FRANCESCAKIS fondée sur l'idée d'organisation étatique, car elle n'englobe pas les lois protectrices de la partie réputée faible.

(50) Voy. infra, 2°, lois de police contractuelles.

(51) M. FALLON, *"Les règles d'applicabilité en droit international privé"*, Mélanges Vander Elst, p. 302, n° 22.

(52) M. FALLON, *"Les accidents de la consommation et le droit"*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 523, n° 327.

(53) J.P. KARAKUILLO, *op. cit.*, note 47, p. 57 n° 108, voy. également F. RIGAUX, *op. cit.*, note 5, TI, n° 274; R. PRIoux, *"Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux"*, Rev. dr. comm. belge, 1988, p. 251 et suiv.

(54) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 289, n° 16.

(55) La définition ici proposée n'a que peu de rapport avec la notion de lois de police et de sûreté telle qu'elle se dégage de la jurisprudence belge à propos de l'article 3, alinéa 1, du Code civil. Au sens du droit belge, les lois de police constituent une catégorie normale de rattachement comprenant les faits juridiques, la responsabilité civile et ses diverses applications, les activités professionnelles, ainsi que certaines conditions de formation et certains effets d'actes juridiques considérés en tant que faits se localisant sur le territoire indépendamment de leur origine contractuelle. Cette conception issue des thèses défendues par le Professeur Van der Elst *"Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge"*, TI, Bruxelles, Parthénon, 1956, TII, 1963; voy. également du même auteur *"Droit international privé belge et droit conventionnel international"*, Traité TI, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 36.2 et 51.4; *"Ordre public international, lois de police, lois d'application immédiate"*, Mélanges Legros, ULB, 1985, pp. 653 et suiv.) a été critiquée au motif que l'on ne peut voir dans l'article 3, alinéa 1, que l'affirmation d'un principe général de rattachement territorial qui demande à être précisé. La notion de lois de police ne serait qu'un cadre purement formel annonçant simplement une dérogation à un principe de rattachement applicable à la matière considérée et ne désignant aucun facteur précis. En ce sens, serait une loi

La loi de police est avant tout l'expression d'un particularisme qui entend faire prévaloir les conceptions d'un Etat déterminé sur les règles normales de conflit. La méthode des lois de police ne tient compte que des exigences d'un ordre juridique déterminé. Si on doit bien admettre le droit pour le législateur de sauvegarder ainsi la cohérence de son système interne, il faut reconnaître, comme l'observent MM. LOUSSOUARN et BOUREL, que cette méthode constitue "une sécrétion inéluctable de l'intensification de l'idée de souveraineté liée à l'envahissement par l'Etat des rapports privés" et donc "un élément perturbateur de la coordination des systèmes juridiques" (56).

b) Technique des lois de police

28. Pour traduire efficacement le but qu'il poursuit et écarter les conséquences normales de la règle de conflit, le législateur aura le plus souvent, mais pas nécessairement, recours à une technique d'applicabilité particulière : il délimitera lui-même le domaine d'application spatial de la règle matérielle qu'il juge essentielle à la sauvegarde de l'intérêt en cause par une règle directe d'applicabilité. On rejoint ici la notion de règle d'application immédiate (57).

Cette expression indique qu'à la différence de la règle de conflit, la règle d'application immédiate contient à la fois une solution de droit matériel et la délimitation du domaine spatial propre à cette solution. (58).

29. Il faut cependant observer que la détermination du domaine d'application d'une règle est une nécessité inhérente à la fonction législative. Elle concerne aussi bien le domaine matériel que temporel ou spatial de la règle juridique. On désigne par règle d'applicabilité, la règle dont la fonction est précisément de déterminer le champ d'application d'une règle de droit. Le droit international privé ne s'intéresse spécifiquement qu'à la fixation du domaine d'application dans l'espace de ces règles (59).

La détermination du domaine spatial de la règle consiste à établir à quelles situations celle-ci s'applique eu égard à son caractère international. Deux procédés existent suivant que ce domaine spatial est fixé de manière directe ou indirecte :

- la règle de rattachement ou de conflit de lois se prononce de manière générale ou abstraite, en ce sens qu'elle ne vise pas explicitement une liste précise de dispositions matérielles mais désigne

de police toute loi devant recevoir une application territoriale (voy. F. RIGAUX, *op. cit.*, note 5, Traité, 2ème éd., TII, n° 886; J. ERAUW, *"De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht"*, Anvers, Kluwer, 1982).

(56) Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 193, n° 133. Dans le même sens, A. PHILIP, *"Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law"*, Festschrift Lipstein, Heidelberg, Müller, 1980, p. 241.

(57) Cette notion reçoit en doctrine des appellations variées "spatially conditioned rules", "norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia", "norme di applicazione necessaria", "Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal",...

(58) La volonté du législateur peut aussi s'exprimer dans une disposition séparée délimitant le domaine d'application d'un instrument législatif dans son ensemble. F. RIGAUX, *op. cit.*, note 5, TI, p. 166, n° 253.

(59) Sur les règles d'applicabilité en droit international privé, voy. M. FALLON, *op. cit. note 51*, p. 285-322, spéc. n°s 14 à 23. Du même auteur, *"Le recours aux objectifs de la loi dans son application en droit international privé"*, Actes de l'Association internationale de méthodologie juridique, Ed. Story Scientia, 1990, p. 28.

par l'intermédiaire d'un facteur de rattachement l'ordre juridique compétent, c'est-à-dire celui qui paraît le plus approprié pour régir le rapport juridique. Il s'agit d'une règle indirecte d'applicabilité;

- la règle d'application immédiate consiste à fixer le domaine d'application dans l'espace d'une ou plusieurs règles matérielles. Il s'agit d'une règle directe d'applicabilité car elle a pour particularité de déterminer spécialement et directement le domaine spatial de la règle par l'intermédiaire d'un critère de rattachement qui, sur le plan de sa nature, ne se distingue guère à vrai dire de celui utilisé par la règle de conflit (à cet égard voy. infra n° 32 et suiv.).

30. Entendue en ce sens, la règle d'application immédiate ne met en oeuvre qu'une technique d'applicabilité particulière qui permet de se passer de la règle de rattachement. Même si les lois de police utilisent fréquemment cette technique, celle-ci ne constitue pas une caractéristique nécessaire des lois de police (60). En d'autres termes, il ne suffit pas que le législateur ait pris soin de délimiter le champ d'application dans l'espace de sa propre loi pour en déduire ipso facto qu'il s'agit d'une loi de police (61). On ne passe au concept de lois de police que lorsque cette technique est mise au service d'un intérêt étatique jugé essentiel. Dans ce cas, la règle d'applicabilité aura pour objectif ou fonction de déroger, dans la matière considérée, à une règle de rattachement faisant figure de règle générale. Les lois de police ne constituent donc au sein des lois d'application immédiate qu'une catégorie particulière, caractérisée par le lien rationnel entre leur contenu et leur but, d'une part, le critère spatial qui définit le domaine de leur compétence nécessaire, d'autre part (62).

31. La technique spécifique des règles d'application immédiate se situe ainsi à la jonction entre la règle de conflit de lois unilatérale et la règle matérielle (63). Elle relie entre eux le problème de la compétence législative (en l'absence d'une règle de conflit de lois) et celui de la détermination du domaine spatial de la règle matérielle en tant que telle (64). Le critère spatial remplit donc dans cette hypothèse une double fonction : la désignation de l'ordre juridique compétent d'une part, et la détermination du champ d'application dans l'espace de la solution de droit matériel d'autre part. Pour qu'une règle déterminée soit effectivement appliquée à une situation donnée, il faut à la fois

(60) En ce sens, Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *"Droit international privé"*, 3ème Ed., Paris, Dalloz, 1988, p. 173, n° 127; M. FALLON, *op. cit.*, note 51, p. 302, n° 22; P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 291, n° 16. La plupart des auteurs ne distinguent cependant pas les lois de police des lois d'application immédiate.

(61) Voy. M. VERWILGHEN, *"Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application en droit international privé belge"*, Rapport belge au XIème Congrès de droit comparé, 1982, p. 343, n° 22 et suiv.

(62) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 344, n° 72.

(63) Dans le souci de respecter les limites que les souverainetés étrangères s'assignent à elles-mêmes, la méthode unilatéraliste consiste à délimiter uniquement la compétence de l'ordre juridique du for : en refusant de faire jouer à un critère de rattachement quelconque du for le rôle de la désignation d'une loi étrangère, elle offre à l'ordre juridique étranger toute la compétence qu'elles ne revendique pas pour elle-même. En ce sens, les lois de police ne sont pas à proprement parler des applications de l'unilatéralisme puisqu'elles coexistent dans le même domaine, avec des règles de conflit bilatérales qui donnent compétence aux lois étrangères et se substituent ponctuellement, en fonction de leur contenu, aux règles correspondantes de la loi déclarée applicable. On peut néanmoins parler d'unilatéralisme partiel à leur égard, car le critère d'application des lois de police n'a en principe pas de prétention à désigner une loi étrangère et qu'il est permis de tenir compte dans certaines conditions, de la volonté d'application des lois de police étrangères. Voy. P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 297, n° 22.

(64) En ce sens, M. VERWILGHEN, *op. cit.*, note 61, p. 342, n° 20.

que l'ordre juridique auquel elle appartient soit reconnu compétent et que la situation entre dans son domaine d'application dans l'espace (65). Cette constatation a, on le verra, une importance pratique pour déterminer l'applicabilité de la loi de police (voy. infra n° 44 et suiv.).

c) Le critère spatial des lois de police

32. Le domaine d'application d'une règle matérielle devant toujours obligatoirement être limité dans l'espace relativement au système dont elle fait partie, la détermination du critère spatial revêt une importance fondamentale pour l'application des lois de police. Le seul fait que la règle en question participe de l'ordre public interne ne saurait justifier à lui seul son application automatique par le juge. Elle doit présenter un lien donné, un rattachement minimum, avec l'Etat qui l'a édictée. Si il y a lieu d'appliquer une loi de police locale, c'est nécessairement parce qu'il existe un lien entre le rapport de droit envisagé et le pays du for. L'ordre public en tant que tel ne constitue pas une circonstance suffisante de rattachement.

33. Outre le caractère assez vague du concept, un élément d'insécurité déterminant dans l'application des lois de police provient de ce que la délimitation de leur domaine spatial est rarement explicitement formulée. Il s'agit alors de dégager le critère spatial des objectifs économiques et sociaux poursuivis par le législateur révélés par le contenu ou la nature des dispositions en cause, ce qui laisse un assez large pouvoir d'appréciation au juge. Il appartiendra en définitive à celui-ci de rechercher au cas par cas si la règle ou la loi en question appelle par son objectif ou selon une volonté implicite du législateur un tel critère et de le déterminer (66). Ainsi, les règles protectrices des salariés s'appliqueront en principe à tous les contrats exécutés sur le territoire, car leur objet est précisément de protéger les intérêts de ceux qui accomplissent leur tâche sur le territoire de l'Etat qui les a édictées.

34. Le rattachement explicite ou implicite des lois de police s'effectue, le plus souvent, mais pas exclusivement (67), par un critère territorial dont la nature peut être variable (lieu d'exécution d'un acte ou d'un fait juridique, lieu de situation du risque, lieu du fait générateur de l'obligation d'assurance...) (68). En matière contractuelle, et spécifiquement dans le domaine des assurances, on peut affirmer que ce critère sera probablement toujours de nature territoriale.

La territorialité des lois de police signifie uniquement que leur application nécessite un lien avec le territoire de l'Etat qui l'a édictée, lien qui sera identifié en fonction de l'objectif poursuivi par ces lois. Elle ne signifie nullement que ces lois sont inapplicables par un juge étranger.

(65) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 382, n° 8.

(66) C. FERRY, "La validité des contrats en droit international privé", France/USA, LGDJ, Paris, 1989, p. 163, n° 222; R. DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, in Mélanges Maury, 1960, tI, p. 381; P. GRAULICH, "Règles de conflit et règles d'application immédiate", in Mélanges Dabin, 1963, tII, p. 631-632, A. TOUBIANA, "Le domaine de la loi du contrat en droit international privé", Paris, Dalloz, 1973, p. 220, n° 253. M. FALLON, "Le recours aux objectifs de la loi...", *op. cit.*, note 59, p. 37; P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 292, n° 18.

(67) C. FERRY, précité, note 42, p. 243, n° 317. La pleine efficacité de certaines lois d'application immédiate peut en effet exiger qu'elles appréhendent même des personnes ou des biens se trouvant hors du territoire. C'est pourquoi, bien que la plupart des critères d'application employés fassent référence au territoire, le législateur recourt parfois à des critères personnels, tels que la nationalité.

(68) Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, note 56, p. 186, n° 132. "Ce sont à 95 % des critères de rattachement d'ordre territorial qui sont utilisés pour délimiter le domaine d'application des lois de police".

Les lois de police sont territoriales au sens matériel (elles s'appliquent à tous les faits qui se déroulent totalement ou même partiellement sur le territoire, et doivent être respectées quand la situation présente à l'égard de ce territoire l'élément de rattachement pertinent), et non au sens formel (dispositions qui ne sont destinées qu'aux autorités administratives ou judiciaires d'un Etat, qui ne s'imposent qu'à elles et qui ne sauraient être appliquées que par elles).

d) Bilatéralisation des lois de police

35. En principe, le critère spatial de la loi de police se contente de fixer le domaine des règles matérielles visées par le texte légal, et non le domaine des règles étrangères correspondantes. Il reçoit donc en principe une formulation unilatérale : la loi de police tient compte uniquement des exigences du système du for sur le plan de sa cohésion et de son efficacité. Le particularisme des lois de police empêche logiquement que le critère spatial qu'elles utilisent pour fixer le domaine de la loi du for puisse servir par extension à la désignation d'une loi de police étrangère (bilatéralisation ou utilisation analogique) (69). Le reproche essentiel adressé à la bilatéralisation est que cette méthode revient à prêter artificiellement au législateur étranger une politique législative identique à celle du for. Elle prive les lois de police de toute originalité en les "dépolicisant". Le lien spécifique qui unit la teneur de la loi de police à son domaine d'application dans l'espace, élément caractéristique de toutes les lois de police, serait ainsi méconnu, car on attribue ainsi artificiellement au législateur étranger une volonté analogue à celle du for (contenu similaire impliquant une volonté d'application identique). De plus, si l'efficacité de la loi étrangère doit être mesurée en fonction de celle de la loi du for, il faut nécessairement présupposer l'existence de celle-ci dans l'ordre juridique du for.

Il ne faut cependant pas exagérer ce particularisme des lois de police, surtout lorsqu'elles visent la protection d'une partie contractante, car cet objectif de protection peut être poursuivi de la même façon par de nombreux Etats. Une observation comparée démontre en effet que, dans certains cas, un contenu type ou une finalité type caractérise toujours une certaine catégorie de lois de police et appelle un rattachement bilatéral.

Lorsque tous les Etats soumis à un même besoin le satisfont au moyen de lois de police ayant un contenu similaire et comportant une sphère d'application identique, les objections à la bilatéralisation disparaissent. L'article 5 de la Convention de Rome pour les contrats de consommation et l'article 6 pour les contrats de travail procèdent de cette façon en assurant dans le premier cas au consommateur, la protection minimale qui résulte des dispositions impératives de la loi du lieu de sa résidence habituelle (bilatéralisation du critère spatial propre aux lois visant à protéger le consommateur), et dans le second au travailleur, celle qui résulte des dispositions impératives de la loi du lieu d'exécution du travail (bilatéralisation du critère spatial propre aux lois visant à protéger le travailleur (70).

(69) La question est cependant très controversée en doctrine.

(70) En ce sens, voy. P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 295, n° 20, A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 66, p. 241, n° 267; K.H. NEUMAYER, "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Rev. crit.*, dr., pr., 1958, pp. 72 et 73; F. RIGAUX, *Traité*, TI, n°s 292 et 295; C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 292, n° 379 et suiv., pour lequel ces critères d'application bilatéraux ne sont que des présomptions de volonté d'application qui pourraient devoir céder s'il ressortait d'un examen de la loi de police qu'elle comporte un domaine d'application spatial différent de celui déterminé par ces critères.

2°. Les lois de police contractuelle

a) Les lois de police en matière contractuelle

36. Les lois de police contractuelle, tributaires d'une intervention croissante de l'Etat dans les rapports privés individuels, ont pour caractéristique de soustraire à la loi contractuelle - c'est-à-dire la loi désignée par les parties ou, à défaut, par une méthode de localisation objective - certains aspects qui font en principe partie de son domaine d'application (71). Elles évincent cette loi pour une question qu'elle est supposée régir et empiètent ainsi sur l'espace propre de la loi d'autonomie (72). Conformément à la notion générale de lois de police, ces dispositions, dont le respect est jugé indispensable par le législateur, maintiennent leur efficacité même dans les situations internationales, au mépris de la règle de conflit de lois désignant la loi applicable au contrat. On conçoit que la solution qui permet aux parties de choisir elle-même la loi applicable puisse céder devant des considérations impérieuses.

Même si la catégorie des lois de police contractuelle ne semble guère homogène (73), certains la limitent aux lois qui expriment une politique sociale ou économique dont la conduite échappe aux parties et qui déterminent le contenu même de tout ou partie de la relation contractuelle (74). Les lois de police contractuelle se distingueraient ainsi des lois de police qui sont étrangères à la réglementation des rapports contractuels, même si elles ne sont pas dépourvues d'effets sur le contrat. Ainsi, en serait-il des lois de police professionnelle, réglementations plus proches du droit administratif que du droit privé, qui déterminent les conditions d'accès et d'exercice de la profession et n'entend pas régir directement le contrat. Ces lois de police économique régissent, le plus souvent, les activités économiques visées quand celles-ci se localisent sur le territoire.

b) Lois de police contractuelle, normes impératives et ordre public en droit interne

37. Il ne fait guère de doute que les lois de police contractuelles trouvent la plupart du temps leur fondement dans le caractère d'ordre public ou impératif de ces lois en droit interne (75). Cette corrélation n'est cependant pas absolue en droit privé. Ainsi les matières du divorce et de la filiation sont reconnues en droit interne comme étant d'ordre public, mais elle font l'objet en droit international privé d'une règle de rattachement classique sans qu'on ait jamais songé à affirmer leur caractère de lois de police. En matière contractuelle néanmoins, les lois de police seront souvent une manifestation de la mise en oeuvre directe de l'ordre public interne. Encore faut-il rappeler que l'ordre public au sens du droit interne ne constitue pas, en soi, une circonstance de rattachement suffisante, sans quoi il existerait un danger d'extension inconsidérée du domaine d'application de la loi du for (voy. supra n° 32). Le domaine d'application de cette loi doit toujours être délimité par un critère spatial qui se dégage implicitement ou expressément de ses objectifs ou de son contenu.

(71) R. PRIoux, *"Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international"*, J.T., 1990, p. 737, n° 13. Voy. aussi, N. WATTE, *"Le nouveau droit international privé des contrats"*, Rev. gén. dr. civ. belge, 1989, p. 3189, n° 58.

(72) L'éviction de la lex contractus au profit de la loi de police n'est pas totale : elle se limite à la situation envisagée par ladite loi de police, qui ne s'impose que dans les limites du nécessaire, voy. R. PRIoux, *op. cit.*, note 71, p. 737, n° 16. La loi de police ne réglemente pas nécessairement l'intégralité du rapport contractuel. Pour le surplus, la lex contractus conserve sa vocation à régir les relations entre parties. Pour certains contrats, il est admis que le juge applique de la loi contractuelle ou de la loi de police, celle qui répond le mieux à l'objectif de protection recherché.

(73) Voy. A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 66, p. 149, n° 176.

(74) M. FALLON, *"La loi applicable..."*, *op. cit.*, note 19, n° 30.

(75) J.P. KARAKUILLO, *op. cit.*, note 47, p. 140, n° 427.

38. Existe-t-il une corrélation comparable entre les lois de police et les normes impératives de droit interne ? Toutes les règles impératives du droit interne sont-elles des lois de police au sens du droit international privé ? On serait tenté de le croire à la lecture des développements qui précèdent : les lois dont le but est de protéger des intérêts privés sont généralement considérées comme des lois de police. Une telle solution apparaît toutefois contradictoire si on prend pour point de départ le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé.

On a vu en effet que la spécificité de ce principe suppose que le choix des parties porte sur un ordre juridique déterminé avec tous ses éléments, y compris ses propres règles impératives. Il est clair que reconnaître dans cette optique le caractère de lois de police indistinctement à toutes les règles impératives de droit interne réduirait considérablement la portée du choix des parties, spécialement lorsque le contrat en question est largement réglementé. Ce choix risquerait en effet d'être totalement remis en cause par l'application des règles impératives issues d'un autre ordre juridique que celui désigné, au titre de lois de police évinçant les règles de la *lex contractus*.

Il est vrai que les contrats réglementés ont tendance à susciter actuellement des règles de conflit spécifiques qui visent à sauvegarder les intérêts de la partie faible dans un contrat international (voy. supra n° 20). Mais le problème de l'application des règles impératives reste posé lorsque ces règles de conflit spécifiques ne sont pas uniquement inspirées d'un objectif de protection (tel est le cas, nous l'avons vu, des règles de conflit relatives au contrat d'assurance).

39. Il faut donc approuver, à notre avis, la distinction effectuée par K.H. NEUMAYER entre les lois "simplement impératives" que les parties pourraient éluder en se soumettant à un autre ordre juridique conformément au principe d'autonomie et les lois "internationalement impératives" qui s'imposeraient à elles en toute hypothèse (76). La volonté des parties ne pourrait éviter l'emprise des secondes parce que leur force obligatoire est liée à l'existence d'un lien territorial entre celles-ci et l'opération contractuelle. Ces dispositions s'appliqueraient dès qu'il existe par rapport aux éléments de fait le lien territorial qui, aux termes mêmes de la loi est la condition de son application (sur la territorialité des lois de police voy. supra n° 34). Ces règles sont impératives au sens du droit international privé parce qu'elles retreignent le principe du libre choix de la loi applicable en matière contractuelle. En revanche, les règles impératives dont l'impérativité ne se maintient pas au niveau international ne s'appliquent que lorsque la législation dont elles font partie est choisie ou désignée comme loi du contrat. Il peut donc y être dérogé sur le plan international par le choix d'une législation différente. Selon NEUMAYER, les critères de distinction entre les deux types de règles se déduisent d'une analyse fonctionnelle. Les règles qui se prêtent au rattachement par les parties sont celles qui sont destinées à harmoniser les intérêts opposés des parties liées par un rapport contractuel. Elles sont si étroitement tributaires de leur législation qu'elles ne sauraient s'appliquer sans que cette législation s'applique dans son ensemble. Elles ne servent ni les intérêts des tiers à la relation contractuelle, ni plus généralement ceux de la société, et sont donc facultatives sur le plan international. Les règles impératives sur le plan international sont au contraire celles qui visent à promouvoir ou à sauvegarder l'intérêt public (c'est-à-dire les intérêts des tiers ou de la collectivité), et qui ne visent donc pas à assurer l'équilibre interne du rapport synallagmatique.

M. POCAR met également en doute le caractère de loi de police des normes impératives de droit interne car elles ne fixent qu'un minimum de protection et n'excluent pas l'application de toute autre loi aux cas qu'elles visent (77). G. VAN HECKE a, lui aussi, défendu l'idée d'un traitement différencié des dispositions législatives dont le but direct et premier est d'agir sur le rapport contractuel en lui imposant un équilibre déterminé. Puisqu'il s'agit de lois dont le but est de régir

(76) K.-H. NEUMAYER, *"Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations"*, Rev. crit. dr. int. pr., 1958, pp. 53 à 59.

(77) F. POCAR, *"La protection de la partie faible en droit international privé"*, Recueil des Cours, 1984, pp. 379-380.

l'équilibre contractuel, il estime que leur efficacité spatiale doit être liée à la localisation (subjective ou même objective) du contrat (78).

40. La distinction proposée paraît d'autant plus opportune qu'elle permet de résoudre rationnellement le problème, rarement posé en doctrine, de la possibilité pour les parties de déroger conventionnellement aux règles impératives faisant partie de la *lex contractus*.

Une dérogation ne se conçoit en ces termes qu'à l'égard des règles impératives de droit interne telles que nous les avons définies ci-dessus visant à l'équilibre de la relation contractuelle (voy. supra n° 6 et suiv.). Elles seules concernent des droits dont les parties ont la capacité de disposer. Dans cette mesure, il nous semble que la possibilité de déroger à des normes impératives de droit interne doit dépendre de la *lex contractus*. Elle doit être accordée ou refusée dans les mêmes conditions pour les contrats internationaux que pour les contrats internes. La validité d'une clause contractuelle dérogeant à une disposition impérative de droit interne paraît donc dépendre exclusivement de la loi contractuelle.

S'il s'agit d'une véritable loi de police au sens du droit international privé, le problème ne se pose pas en termes de dérogation mais en termes de violation ou de non respect de cette loi. Comme les parties n'ont pas la capacité de disposer des intérêts collectifs que la loi de police entend protéger, il n'est pas question d'y déroger. Il s'agit simplement de vérifier la volonté d'application de la loi concernée à l'espèce en cause.

41. Des considérations d'opportunité conduisent à confirmer l'exclusion des règles impératives tendant à corriger un déséquilibre contractuel, de la catégorie des lois de police. Dans le domaine de contrats fortement réglementés, une assimilation pure et simple conduirait à une insécurité juridique considérable. Elle soumettrait en effet l'applicabilité des normes impératives à la recherche hypothétique et incertaine d'un critère spatial qu'il appartiendra en définitive au juge de définir. Bien plus, on peut craindre que le juge du for aux prises avec un contrat international ne se retranche systématiquement derrière ses propres dispositions impératives en se prévalant de leur caractère de lois de police sans même s'interroger sur leur domaine spatial pour écarter les dispositions impératives de la *lex contractus* (par hypothèse différente de la loi du for). Une telle attitude, loin d'être fictive, conduirait à la mise cause de l'ordonnancement et de l'équilibre général du contrat. En outre, reconnaître le caractère de lois de police à toutes les dispositions impératives de droit interne multiplierait les conflits potentiels entre normes impératives provenant d'ordres juridiques différents (celui du for, celui désigné par la règle de conflit et peut-être même celui d'un Etat tiers).

Enfin, il convient de remarquer que ces règles impératives si elles étaient considérées comme des lois de police protectrices ne s'appliqueraient probablement, dans la logique des objectifs légaux qu'elles poursuivent, que si elles permettaient d'assurer une protection supérieure à celle qui résulte de la *lex contractus*. Ceci reviendrait à imposer systématiquement le respect de la règle la plus protectrice. Une telle politique n'est acceptable que si elle prend soin de déterminer précisément les cas dans lesquels un besoin réel de protection existe dans le chef de l'un des contractants (voy. supra n° 20 et suiv.). Elle ne paraît d'ailleurs pas à l'abri de toute critique, puisqu'elle néglige l'équilibre des intérêts que les règles protectrices du consommateur cherchent aussi à réaliser.

(78) G. VAN HECKE, *"Signification et limites du principe d'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux"*, Rev. dr. int. et dr. comp., 1955, pp. 89-90. Dans le même sens O. LANDO, *"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. 204.

participent de la catégorie des lois de police contractuelles, car elles traduisent la volonté de l'Etat de "collectiviser" certains risques et d'uniformiser leur couverture sur le territoire. Il devrait en être de même des règles qui interdisent explicitement l'assurance de certains risques (faute intentionnelle, amendes pénales, rançons...), encore que la notion générale d'ordre public international (voy. infra n° 64 et suiv.) paraisse également susceptible d'être invoquée pour écarter l'application d'une loi étrangère qui autoriserait leur couverture.

Toutes les règles qui s'inspirent du principe indemnitaire et qui visent à éviter les sinistres volontaires (surassurance, cumul,...) semblent également pouvoir être rangées dans la catégorie des lois de police; en réalité, ce principe d'ordre public interne est partagé par tous les Etats membres de la CEE, seules ses conséquences juridiques et les sanctions diffèrent. Le recours à la notion d'ordre public international paraît donc plus approprié en l'espèce, car moins perturbateur de l'application de la loi étrangère : le principe général étant sauvegardé, il n'empêcherait pas l'application des modalités et des sanctions prévues par la loi étrangère.

On sera plus hésitant en ce qui concerne les normes impératives qui réglementent la procédure d'indemnisation vis-à-vis du preneur d'assurance (à l'exclusion des tiers victimes). Celles-ci visent davantage à aménager l'obligation principale de l'assureur à l'égard de son cocontractant et n'ont donc pas, à notre avis, un caractère "internationalement" impératif.

c) Les règles qui fondent et organisent le droit des tiers victimes à l'égard de l'assureur sont incontestablement des lois de police. On songe évidemment en premier lieu à l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, mais également à d'autres privilèges légaux qui seraient accordés aux victimes sur l'indemnité d'assurance. Il est vrai que cette action directe trouvera le plus souvent sa source dans une loi d'assurance obligatoire qui, elle-même, constitue incontestablement une loi de police (82). Toutefois, les droits de certains Etats de la CEE reconnaissent une action directe aux victimes, contre tout assureur RC quelle que soit la nature de l'assurance (France, Portugal) ou, de façon particulière, pour des assurances non obligatoires (notamment la Belgique et le Luxembourg en faveur du tiers victime contre l'assureur RC du locataire ou l'assureur du recours des voisins), de sorte que la précision n'est pas inutile.

d) Comme on l'a dit, les lois qui imposent une obligation d'assurance sont sans aucun doute des lois de polices au sens du droit international privé. Sujettes à des préoccupations diverses, elles constituent l'expression d'un intérêt collectif jugé suffisamment important pour imposer une couverture d'assurance sur tout le territoire, quelle que soit le choix de la loi applicable. Les assurances obligatoires faisant l'objet d'un exposé distinct, nous ne nous y attarderons pas.

e) Les lois de contrôle des Etats membres sont, elles aussi, des lois de police au sens du droit international privé. On n'y fait ici qu'une brève allusion car elles constituent des lois de police professionnelle ou économique dont l'objet principal est de réglementer les activités d'assurance lorsque celles-ci s'exercent sur le territoire de l'Etat concerné. A ce titre, la délimitation de leur domaine d'application dans l'espace et la répartition des pouvoirs des autorités de contrôle de chaque Etat membre en fonction de la localisation des activités de l'entreprise sont directement influencées par les directives communautaires en matière de libre prestation de services. Ainsi, le seul fait que le risque soit situé dans un Etat membre ne suffit plus à conférer à ses autorités un pouvoir de contrôle exclusif. On notera cependant que certaines dispositions des lois de contrôle peuvent affecter le contrat d'assurance.

43. Nous ne prétendons pas avoir couvert ainsi toutes les lois de police existant dans le secteur des assurances. Notre propos était simplement de fournir quelques indications. On s'aperçoit

(82) Une place particulière doit être faite à l'action directe en assurance automobile dont l'admissibilité est régie par la Convention de La Haye du 4 mai 1971. Cette Convention est en vigueur dans plusieurs pays de la CEE (Belgique, France, Espagne, Luxembourg, Pays-Bas).

3°) Les lois de police en matière d'assurance

42. Il ne nous est pas possible de dresser ici un inventaire complet des dispositions légales qui, dans les douze pays de la Communauté, peuvent ou doivent être considérées comme des lois de police au sens du droit international privé. Toutefois, les observations qui précèdent nous permettent d'isoler certaines catégories de dispositions légales dont les caractéristiques répondent ou non à cette notion.

a) Pour les raisons qui ont été amplement développées ci-dessus, on exclura de la catégorie des lois de police, les normes impératives du droit interne dont l'unique objet est de prescrire un contenu déterminé aux obligations des parties, afin d'équilibrer leurs relations contractuelles (79). Ces règles sont très fréquentes en droit de l'assurance. Les exclure de la catégorie des lois de police permettrait de subordonner leur application uniquement à la désignation de la loi contractuelle. A défaut, il faut craindre que le cadre juridique du contrat ne soit systématiquement remis en cause par un recours abusif du juge saisi à ses propres règles impératives de droit interne au titre de lois de police du for.

Avec toutes les réserves qui s'imposent à une classification superficielle, on rangera dans la catégorie des règles dont l'applicabilité dépend exclusivement de la désignation de la loi contractuelle, notamment :

- les règles relatives à la formation du contrat d'assurance et à la prise d'effet des garanties;
- les règles relatives au paiement de la prime (procédure et sanction en cas de défaut de paiement...);
- les règles relatives à la déclaration du risque lors de la conclusion et en cours d'exécution du contrat (modalités et sanctions);
- les règles relatives à la prévention (80) et à la déclaration des sinistres;
- les règles relatives à la durée du contrat (limite, tacite reconduction...);
- les règles relatives au sort du contrat en cas de transfert de la chose assurée entre vifs ou pour cause de mort;
- les règles relatives à la prescription des actions issues du contrat d'assurance;
- les règles relatives à la langue du contrat (lorsqu'elles ne s'inspirent pas de motifs culturels liés à l'emploi des langues) ... (81).

b) En revanche, les règles qui, sans créer à proprement parler une obligation d'assurance, imposent dans certains contrats, la couverture de risques déterminés (attentats, émeutes, conflits de travail, catastrophes naturelles...) et fixent impérativement l'étendue des garanties (limites en montants),

(79) C'est probablement pour marquer cette distinction que la loi française transposant la directive du 22 juin 1988 remplace les termes ambigus de "dispositions impératives" utilisés par les directives, par dispositions "*d'ordre public*" (loi précitée note 30, art. L. 181-3). Il n'est pas certain cependant qu'il y ait une corrélation parfaite entre les lois d'ordre public interne et les lois de police au sens du droit international privé.

En revanche, l'arrêté royal belge du 22 février 1991 (arrêté précité note 31, article 28 quater, par. 2) semble viser l'ensemble des "*dispositions impératives du droit belge*", ce qui n'est conforme ni à la notion de loi de police en droit international privé ni aux exigences de la libre prestation des services (voy. sous ce dernier aspect, infra III).

(80) La question de savoir si ces règles ne sont pas d'ordre public en droit interne belge est controversée. Il nous semble néanmoins qu'elles s'inspirent davantage du principe général d'exécution de bonne foi des conventions que de l'ordre public, et doivent à ce titre relever de la loi contractuelle. Une analyse de droit comparé semble confirmer cette thèse.

(81) Un sort particulier doit sans doute être fait aux règles concernant la capacité, la preuve et la forme des contrats d'assurance ainsi que celles relatives à la subrogation de l'assureur. Ces questions sont en effet soumises par la Convention de Rome à des règles spécifiques, et il n'est pas certain qu'elles fassent partie du domaine des règles prévues par les directives.

cependant que le concept de lois de police, notion avant tout fonctionnelle, se prêtera aux interprétations et aux appréciations les plus diverses (83).

Il faut reconnaître qu'une délimitation certaine des lois de police est presque impossible, tout au moins, lorsqu'elle ne résulte pas des termes exprès du législateur.

C'est la raison pour laquelle on a pu soutenir qu'il n'y aurait pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois, car dans les Etats modernes, toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux. En réalité, il n'existerait entre les lois de police et les autres lois qu'une simple différence de mesure. S'agissant d'une question de degré, la qualification de lois de police ne pourrait résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative (84). Les lois de police relèveraient en ce sens d'un fonctionnalisme partiel puisqu'il appartiendrait au juge d'apprécier si les objectifs poursuivis par la loi sont suffisamment importants pour justifier son application immédiate. Une méthode aussi casuiste risque de mettre en péril la sécurité des opérations d'assurance, d'autant que la mise en oeuvre des lois de police n'offre guère plus de garanties (voy. infra n° 44 et suiv.).

2. Application des lois de police

44. Les lois de police revendiquant leur application à une situation déterminée sont susceptibles de trouver leur source dans plusieurs ordres juridiques différents : l'ordre juridique du for, l'ordre juridique désigné par la règle de conflit déclarée applicable à la situation, ou encore l'ordre juridique d'un Etat tiers. Ces lois de police peuvent elles-mêmes entrer en conflit si elles revendiquent leur application en même temps à la même situation. Le critère spatial qui se déduit implicitement ou explicitement des objectifs poursuivis par le législateur (voy. supra n° 32 et suiv.) est appelé à jouer un rôle déterminant pour décider de l'applicabilité des lois de police à une situation donnée.

1°) Problèmes généraux d'application des lois de police

a) Applicabilité des lois de police du for

45. L'applicabilité des lois de police du for pose en réalité peu de problèmes. Ces lois s'imposent en effet au juge saisi et ont, par leur nature, préséance sur les règles de conflit de l'ordre juridique du for. Il suffit au juge de constater que ces règles sont d'application nécessaire et qu'elles englobent la situation dans leur domaine d'application spatial (vérification du critère territorial) pour écarter la règle de conflit normalement applicable. Inversement si la loi de police du for ne revendique pas son application à l'espèce, on en revient à la règle de conflit générale (85).

L'article 7, par. 2, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, dont l'intitulé vise expressément les lois de police, ne fait que confirmer la nécessaire primauté des lois de police du for : "les dispositions de la présente convention ne pourront porter

(83) Un exemple caractéristique de ces difficultés est fourni par l'arrêté royal belge du 1er février 1988 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples (Mon. belge, 01.03.1988, p. 2888). Cet arrêté fixe des conditions minimales impératives. Il apparaît cependant qu'il ne peut être tenu dans son ensemble pour une loi de police. Cette qualification nécessite un examen article par article d'après leur contenu respectif et les objectifs économiques ou sociaux qu'ils poursuivent.

(84) Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, note 56, p. 180, n°s 131 et 132.

(85) Voy. R. DE NOVA, *op. cit.*, note 66, p. 398; P. GRAULICH, *op. cit.*, note 66, p. 641; M. FALLON, "Les accidents de la consommation et le droit", *op. cit.*, note 52, p. 514, n° 302; P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 279.

atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat" (86).

b) Applicabilité des lois de police faisant partie de la lex contractus

46. La règle de conflit appliquée par le juge du for désigne l'ordre juridique compétent pour régir la situation. C'est à cet ordre juridique qu'il convient d'emprunter les règles de droit pertinentes. Parmi celles-ci peuvent se trouver des lois de police au sens du droit international privé. Si l'ordre juridique désigné n'est pas celui du for, la question est alors de savoir si le juge du for peut appliquer aveuglément ces lois de police sans se soucier de leur volonté d'application à l'espèce ou s'il doit au contraire tenir compte du champ d'application que ces lois de police s'assignent.

La question reste largement débattue en doctrine. Sur un plan théorique, l'enjeu du débat est de savoir si le juge du for peut être soumis au respect des critères d'un droit étranger pour la solution du conflit de lois.

Il semble que la question doive être résolue à la lumière de la portée du critère spatial utilisé par la loi de police étrangère. Celui-ci remplit, on l'a dit (supra n° 31), une double fonction : une fonction de désignation de l'ordre juridique et une fonction de délimitation d'une règle de droit matériel. Dès lors que l'ordre juridique dont fait partie la loi de police est désigné par la règle de conflit du for, on ne voit pas pourquoi il faudrait faire abstraction du critère spatial dans sa fonction de délimitation de la règle de droit matériel (87). Le domaine spatial d'une règle fait partie de son présupposé, tout comme le domaine matériel ou temporel de cette règle (88). Il serait injustifiable d'ignorer telle ou telle partie de la règle étrangère : la règle de conflit désigne l'ordre juridique entier au sein duquel elle laisse s'accomplir, sans intervenir, le choix des règles en fonction des catégories de situations qu'elles visent ou qu'elles excluent elles-mêmes (89).

47. Encore faut-il vérifier, selon les tenants de cette solution, si la règle d'application nécessaire est réellement autolimitée, c'est-à-dire si elle refuse véritablement de s'appliquer en dehors du champ d'application spatial qu'elle s'assigne. Si la fonction principale du critère spatial de la loi d'application nécessaire est de fixer un domaine d'application minimal, il n'est pas certain qu'il exclue du même coup des situations non comprises dans ce domaine. Ainsi selon P. MAYER, les lois de police où prédomine la considération d'intérêts privés non liés par nature à un environnement économique ou social particulier ne seraient pas autolimitées (lois de protection du

(86) On aurait pu s'attendre logiquement à ce que cette règle figure au par. 1, mais elle se comprend, dans la Convention de Rome, comme une restriction au principe d'applicabilité d'une loi de police étrangère dont les conditions sont énoncées au par. 1 : l'application des lois de police étrangères ne peut faire obstacle à la mise en oeuvre par le juge du for de ses propres lois de police. Le conflit éventuel se résout donc en faveur de ces dernières. Voy. B. HANOTIAU, "La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", J.T., 1982, p. 754, n° 56. P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 280, n° 4. Voy. aussi le Rapport explicatif de M. GIULIANO et P. LAGARDE, JOCE, n° C 282 du 31.10.1980, p. 27.

(87) On ne peut donc parler ici de renvoi au sens de la théorie générale du droit international privé puisque le respect de l'autolimitation ne concerne que le choix entre des règles substantielles qui font partie de l'ordre juridique étranger dont la compétence n'est pas remise en cause.

(88) En ce sens, C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 263, n° 339; P. GRAULICH, *op. cit.*, note 66, p. 629; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 47, p. 175 n° 562 et 177, n° 567. M. FALLON, "Les accidents de la consommation et le droit", *op. cit.*, note 52, p. 514, n° 302; A. PHILIPP, "Mandatory rules, public law (political rules) and choice of law in the EEC convention on the law applicable to contractual obligations", in *Contract conflict*, éd. P.M. NORTH, 1982, p. 106, n° 47.

(89) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 337, n° 66.

consommateur) (90). Ces lois seraient applicables non seulement à ceux qui sont visés par le critère spécial de rattachement mais plus généralement à tous les consommateurs, leur application effective dépendant seulement de la compétence de l'ordre juridique (choix des parties ou localisation objective du contrat) et de leur absence d'éviction par une règle plus protectrice (à cet égard voy. infra n° 53) (91).

Le rejet de l'autolimitation des règles protectrices du consommateur comprises dans la loi contractuelle rejoint d'une certaine façon notre proposition qui consiste à exclure certaines règles impératives de droit interne - celles qui visent à équilibrer le contenu des obligations contractuelles des parties - de la catégorie des lois de police, de manière à ne faire dépendre l'applicabilité de ces règles que de la seule *lex contractus* (92). Cette solution présente toutefois l'avantage supplémentaire d'éviter une comparaison systématique et critiquable (supra n° 41) entre plusieurs lois pour déterminer celle qui est la plus protectrice. Il convient d'observer cependant que ces règles impératives n'épuisent pas la catégorie des lois protectrices des consommateurs et que pour les autres, les solutions énoncées ci-dessus restent valables.

48. Toujours selon P. MAYER, une loi de police ne doit être considérée comme s'autolimitant que dans deux hypothèses : celle où elle protège des intérêts purement collectifs et nationaux en dérogeant à ce que commanderaient les intérêts des particuliers, et celle où elle protège des intérêts privés mais dont le contenu est lié à des données de fait d'ordre économique ou social qui n'affectent que les situations présentant certains liens avec le pays du législateur (par exemple, la prorogation de baux liés à un état de crise du logement) (93).

A supposer que la loi de police étrangère soit bien autolimitée et qu'elle refuse de s'appliquer à l'espèce pour le motif que celle-ci se situe hors de son domaine d'intervention, il y aura lieu d'appliquer la règle permissive qui est le pendant de la règle impérative. Dans le domaine contractuel, c'est la règle de droit commun de la liberté des conventions (94).

c) Applicabilité des lois de police d'un Etat tiers

49. Lorsque la règle de conflit du for ne donne pas compétence à l'ordre juridique auquel appartient la loi de police étrangère, celle-ci ne peut être appliquée que par dérogation à la règle de conflit et à la loi substantielle qu'elle désigne.

L'idée d'une application "*proprio vigore*" de lois de police étrangères ne relevant ni de la loi contractuelle ni de la loi du for, lancée en 1941 par W. WENGLER (95) et consacrée dans son

(90) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 341, n° 70.

(91) La loi de protection du consommateur peut cependant exclure expressément son application lorsqu'elle est désignée uniquement en tant que *lex contractus* par les parties. L'Unfair Contract Terms Act 1977 procède de cette façon : les dispositions relatives aux clauses abusives sont déclarées inapplicables lorsque la loi anglaise n'est la *lex contractus* qu'à la suite du choix des parties. Voy. G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, note 59, n° 188.

(92) P. MAYER, nous conforte dans cette opinion quand il estime qu'il est normal de retenir moins facilement l'autolimitation lorsque l'ordre juridique auquel appartient la loi de police est compétente en matière contractuelle, et surtout en tant que loi d'autonomie; P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 341, n° 71.

(93) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 341, n°s 70-71.

(94) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 338, n° 67.

(95) W. WENGLER, "*Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, T5, p. 181 et suiv., qui suggérerait la reconnaissance d'une règle de conflit aux termes de laquelle le juge devrait appliquer les règles

principe par l'Arrêt Alnati (96), paraît maintenant acceptée (97), mais elle reste soumise à des conditions précises. Selon les termes de P. LAGARDE, "elle marque une tentative de solidarité entre les Etats pour épauler mutuellement leurs politiques législatives et déjouer les manoeuvres de ceux qui cherchent en utilisant un maximum de possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté de se jouer des ordres juridiques nationaux".

50. L'application des lois de police étrangères n'est cependant justifiable sur le plan de la théorie générale du droit international privé que si la prise en compte de cette loi ne met pas en cause la primauté de la règle de conflit du for sur le droit international privé étranger. Dans cette hypothèse en effet le critère spatial de la loi de police étrangère joue pleinement son double rôle (il donne compétence à l'ordre juridique étranger et délimite le domaine d'application de la règle matérielle). L'objection déjà énoncée ci-dessus concernant la nécessité de sauvegarder la primauté de la souveraineté de l'Etat du juge saisi dans le règlement des conflits de lois peut ici aussi être écartée, si c'est une règle de droit international privé du for qui désigne la loi de police étrangère et prescrit au juge de tenir compte de l'objet et du but de la règle substantielle. La dérogation à la règle de conflit est alors décidée par le for lui-même sur la constatation du caractère nécessaire de l'application de la loi étrangère, et non imposée par le législateur étranger (98).

51. L'article 7, par. 1, de la Convention de Rome, dont l'intitulé vise explicitement ces lois de police, joue ce rôle dans la matière des obligations contractuelles : "Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat". L'article 7, par. 1 précise les conditions de cette prise en considération : "Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non application.

Sur le plan de la nature de la règle, l'article 7, par. 1 présente un caractère hybride; il contient un facteur bilatéral prédéterminé assez souple, celui de l'existence de liens suffisamment étroits entre la situation et le système dont les règles sont prises en considération, mais il se combine avec le respect par le juge de la volonté d'application de la norme étrangère dont l'objet, la nature et les effets doivent être analysés. Il constitue à ce titre une combinaison de la théorie classique du rattachement avec la théorie unilatéraliste fondée sur la seule prise en compte des facteurs d'applicabilité propres à chaque système juridique intéressé par la situation visée (99).

Quant aux lois de police visées, il ne semble pas que l'on puisse tirer du texte de la Convention ni du Rapport qui l'accompagne une quelconque indication tendant à limiter l'article 7 à certaines catégories de lois de police. Il peut s'agir aussi bien de lois de police contractuelles (au sens indiqué ci-dessus, voy. n° 36) que de lois de police professionnelles ou économiques.

impératives étrangères dans le cadre territorial assigné par la le législateur étranger, dès qu'un "rapport suffisamment étroit" existe entre ces dispositions et les faits qu'elles entendent régler.

(96) Hoge Raad der Nederlanden, 13 mai 1966, Rev. crit. dr. int. priv., 1967, 522, note M. STRUYCKEN; Clunet 1969, 1010, note KOLLEWIJN.

(97) Voy. les exemples donnés par le Rapport explicatif de la Convention de Rome par M. GIULIANO et P. LAGARDE, JOCE n° C 282 du 30 octobre 1990, p. 26 et suiv.

(98) En ce sens, P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 319 à 321, n°s 43 à 45. C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 271, n° 350. F. RIGAUX, *Traité*, TI, 3ème éd., n° 294.

(99) M. FALLON, *op. cit.*, note ..., p. 316, n° 12; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *op. cit.*, note 59, p. 111, n° 192.

52. La prise en compte des lois de police étrangères est soumise, selon l'article 7, par. 1 de la Convention de Rome, à des conditions précises.

- Il convient de tenir compte de la volonté d'application de la loi de police étrangère (vérification du critère d'applicabilité qui l'accompagne expressément ou implicitement). Si on note ici un emprunt à l'unilatéralisme, les autres appréciations sont, en revanche, fondées uniquement sur les conceptions du for.
- Il doit exister un lien étroit entre la situation et le pays dont la loi de police est issue.
- L'application des dispositions impératives d'un pays tiers doit être justifiée par leur nature et leur objet. L'Etat ayant édicté la loi de police doit poursuivre par ce moyen un but légitime, selon une délimitation spatiale appropriée (100). Les intérêts économiques, politiques ou sociaux servis par la loi de police doivent être dignes de protection (101). Cette condition suppose de la part du juge une appréciation globale sur l'opportunité de la loi de police, qui semble, au moins en partie (l'appréciation paraît être plus souple), faire double emploi avec la notion d'ordre public au sens du droit international privé (voy. infra n° 64 et suiv.).
- Il doit être tenu compte des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application (102). Cette précision est de nature à donner au juge un large pouvoir d'appréciation, notamment dans le cas où des règles impératives contradictoires de deux pays différents se veulent simultanément applicables à la même situation, et où un choix doit être nécessairement fait entre l'une et l'autre.
- La prise en compte de lois de police étrangères constitue une simple faculté pour le juge.

En dépit de ces multiples conditions, la nouveauté de la disposition et la crainte de l'incertitude qu'elle pourrait engendrer ont conduit les rédacteurs à insérer une réserve dans la Convention de Rome (article 22, par 1, a) permettant aux Etats qui le souhaitent de ne pas appliquer l'article 7, par. 1. Cette réserve a été utilisée jusqu'à présent par le Luxembourg, l'Allemagne et le Royaume-Uni.

d) Conflit de lois de police

53. Il n'est pas inconcevable que plusieurs lois de police appartenant, le cas échéant, à plusieurs législations différentes (loi du for, loi contractuelle, loi tierce) prétendent s'appliquer cumulativement à un même rapport contractuel. Ce conflit positif suppose cependant que l'on soit en présence de plusieurs lois de police issues d'ordres juridiques différents, englobant chacune la situation dans leur domaine d'application (vérification du critère spatial) et entraînant des effets incompatibles.

De tels conflits devraient être assez rares en pratique, du moins si l'on adopte, comme nous l'avons suggéré, une conception suffisamment restrictive des lois de police. De plus, les lois de police ne

(100) Le juge pourrait ainsi se prémunir contre un risque de distorsion entre la volonté d'application exprimée et ce que commanderait objectivement la politique poursuivie par la règle.

(101) Voy. P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 322, n°s 47 à 50; C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 268, n° 360; R. PRIoux, "Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux", *Rev. dr. comm. belge*, 1988, p. 251, n°s 25 à 27; A. PHILIP, *op. cit.*, note 56, p. 107, n° 49.

(102) Rapport explicatif, M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*, note 12, JOCE n° C 282, p. 27. Selon R. PRIoux (précité note 101), cette condition permettrait au juge de tenir compte de l'attente légitime des parties en appréciant si l'application de la loi étrangère pouvait être raisonnablement prévue par elles.

poursuivent pas forcément des objectifs antagonistes. Ainsi, le conflit entre plusieurs lois de police poursuivant uniquement un but de protection devrait normalement être résolu en faveur de la loi la plus favorable, une loi de police de ce type ne pouvant "vouloir s'appliquer", si une autre loi également compétente permet de garantir une protection supérieure. L'application de celle-ci permettra de satisfaire les exigences de l'autre. Il s'agit donc en réalité, d'une hypothèse de faux conflit (103).

En cas de vrai conflit, les principaux principes de solution ont déjà été incidemment dégagés ci-dessus. Si l'une des lois de police en présence est une loi du for, il faut préférer la loi du for (104). Dans le cas contraire, il convient d'un revenir aux éléments qui permettent au juge d'apprécier l'applicabilité d'une loi de police étrangère (nature, objet, conséquences,...), c'est-à-dire aux directives générales de l'article 7 de la Convention de Rome. C'est la loi qui, au regard de ces critères, paraîtra la plus "méritante" qui devra en définitive s'appliquer (105).

2°) Application des lois de police relatives aux assurances

54. L'article 7, par. 2, de la directive LPS non-vie du 22 juin 1988 dispose :

"Le présent article ne peut porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat.

Si le droit d'un Etat membre le prévoit, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi de l'Etat membre où le risque est situé ou d'un Etat membre qui impose l'obligation d'assurance, si et dans la mesure où, selon le droit de ces pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.

Lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un Etat membre, le contrat est considéré pour l'application du présent paragraphe, comme représentant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporterait qu'à un seul Etat membre".

L'article 4, par. 4 de la directive LPS vie du 8 novembre 1990 reproduit textuellement le premier alinéa de l'article 7, par. 2, pour ce qui concerne les dispositions impératives du juge saisi. Il en est de même pour les dispositions impératives d'un autre Etat membre, si ce n'est que l'Etat membre où le risque est situé est logiquement remplacé par l'Etat membre de l'engagement. L'alinéa 3, non pertinent pour l'assurance vie, n'a pas été reproduit.

Les propositions de troisième directive vie et non-vie ne modifient en rien le régime des lois de police qui, à première vue, semble directement inspiré de l'article 7 de la Convention de Rome. Cette parenté incontestable incline à penser que "les dispositions impératives ... applicables quelle que soit la loi régissant le contrat" auxquels les directives communautaires se réfèrent, sont bien les lois de police au sens du droit international privé (106). L'ordre des alinéas a cependant été

(103) En ce sens, M. FALLON, *"Les prestations de services aux consommateurs en droit international privé"*, p. 186; P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 282, n° 366, p. 286, n° 371, p. 299, n° 388. On a déjà mis en doute l'opportunité de cette solution pour le motif que les lois de protection du consommateur traduisent aussi la recherche d'un équilibre, équilibre méconnu par l'effacement systématique de la loi moins protectrice au profit de la loi accordant une protection supérieure (supra n° 41).

(104) L'article 7, par. 2 de la Convention de Rome commenté ci-dessus prévoit cette solution. Contra C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 286, n° 372 qui estime que rien ne justifie cette priorité systématique donnée à la loi du for.

(105) P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 329, n° 57; C. FERRY, *op. cit.*, note 42, p. 284, n° 369. Sur les liens entre l'article 5 et l'article 7 de la Convention de Rome, voy. supra n° 22.

(106) En ce sens, C.G.J. MORSE, *"Party autonomy ..."*, précité note 19, Rapport p. 7; C.J. BERR, "Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation de services, "Rev. trim. dr. eur., 1988 p. 674, n° 49.

inversé par rapport à la Convention de Rome, probablement pour accentuer la primauté des lois de police du for sur les autres lois de police. A la lumière des développements ci-dessus, il convient de s'interroger sur l'applicabilité de ces lois suivant qu'elles appartiennent à la loi du for, à la loi contractuelle ou à une loi étrangère.

a) Lois de police comprises dans la lex contractus

55. Les articles 4 ou 7 des directives LPS vie et non-vie n'envisagent pas l'applicabilité des lois de police sous l'angle de la lex contractus. Ces dispositions désignent néanmoins l'ordre juridique compétent pour régir la situation contractuelle dans son ensemble. Il faut donc tenir compte d'une application possible des lois de police contractuelles faisant partie de cet ordre juridique. Cette question doit être réglée conformément aux principes généraux du droit international privé. Ceux-ci ayant été largement développés ci-dessus (n° 46 et suiv.), on se contentera ici d'un bref rappel.

Même si elles ne sont pas des lois de police au sens où nous les avons définies, les normes impératives de droit interne visant à un équilibre des obligations contractuelles des parties seront logiquement puisées dans cet ordre juridique. A la différence des lois de police, leur applicabilité dépend donc exclusivement de la règle de conflit relative au contrat d'assurance (voy. supra n° 37 et suiv.).

Les lois de police au sens strict ne seront, en principe, applicables que dans le respect du domaine temporel, matériel ou spatial qu'elles s'assignent. Ainsi, par exemple, une loi de police faisant partie de la loi contractuelle ne pourrait être appliquée à des risques, qui par leur nature ou leur importance, ne sont pas inclus dans son champ d'application matériel. On songe, par exemple, à une réglementation relative à l'assurance incendie qui ne viserait que les risques dont la valeur assurée dépasse un certain montant (107).

Le respect du domaine d'application spatial des lois de police dépend quant à lui, du caractère autolimité de la règle directe d'applicabilité. Il nous semble que les règles qui imposent la couverture de risques déterminés et fixent impérativement l'étendue des garanties doivent en principe être considérées comme des règles autolimitées, car elles répondent à des caractéristiques propres aux risques situés sur le territoire de l'Etat qui les a édictées (voy. supra n° 42). On ne peut donc pas les appliquer au-delà de leur domaine d'application spatial (autolimitation), par la seule médiation de la règle de conflit. On peut penser que la délimitation de ce domaine d'application prendra le plus souvent pour critère le lieu de localisation du risque de sorte que la loi contractuelle et les lois de police feront normalement partie d'un même ordre juridique national, mais il n'est pas certain que la définition du lieu du risque adoptée par la loi de police, soit identique à celui adopté par l'article 2, e, de la directive LPS vie et 2, d, de la directive LPS non-vie. En effet certains risques ne sont pas matériellement localisables (responsabilité civile, protection juridique...), ce qui peut laisser place à des localisations fictives et donc à des solutions divergentes. Les directives localisent "fictivement" ces risques au lieu de la résidence habituelle du preneur.

56. On hésitera à ranger les lois d'assurance obligatoire dans la catégorie des lois de police contractuelles. Celles-ci sont en effet inspirées d'une volonté de protection uniforme des tiers victimes d'un accident sur le territoire de l'Etat concerné. Bien qu'elles soient en interaction constante avec le contrat, elles n'ont pas véritablement pour objet d'évincer la loi contractuelle. Sous réserve d'un examen plus approfondi, le domaine d'application de ces lois paraît reposer sur un critère spatial de nature territoriale, celui de la "mise en risque" (fait générateur de l'obligation) sur le territoire de l'Etat qui impose l'obligation d'assurance (108). A la vérité, la nature

(107) Voy. par exemple l'arrêté-royal belge du 1er février 1988 précité note 83, dont toutes les dispositions ne constituent cependant pas des règles de police.

(108) En matière d'assurance RC Automobile par exemple, le critère d'applicabilité dans l'espace de la loi d'assurance obligatoire est constitué par la mise en circulation du véhicule sur le territoire

contractuelle ou extra-contractuelle de ces lois de police n'a pas grande importance, dès lors que leur domaine spatial doit de toute façon être considéré comme autolimité. Elles ne pourront donc jamais être appliquées au-delà de ce domaine, par le simple fait qu'elles font partie de la loi contractuelle.

b) Lois de police du for

57. Les articles 7, par. 2, alinéa 1, de la directive LPS non-vie et 4, par. 4, de la directive LPS vie semblent donner aux "règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat", une vocation automatique à s'appliquer.

Nous avons démontré qu'il ne pouvait en être ainsi. D'une part, "la notion de dispositions impératives qui régissent impérativement la situation" recouvre celle de lois de police en droit international privé et non l'ensemble des règles impératives de droit interne du juge saisi. Ces dernières ne seront appliquées par le juge que si la loi du for est compétente au titre de loi contractuelle. D'autre part, la fonction législative au niveau national impose de déterminer le domaine d'application spatial des normes qui composent l'ordre juridique. Les lois de police du for ne sont donc compétentes que si elles "veulent s'appliquer" à la situation soumise au juge, c'est-à-dire si elles englobent la situation dans leur domaine d'application. Ainsi on ne voit pas pourquoi un juge français qui serait saisi dans les termes de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (109), devrait appliquer sa loi d'assurance obligatoire "dommages-ouvrages" à une construction réalisée en Italie (110).

58. En raison de la multiplicité des fors qui peuvent être saisis en matière d'assurance en vertu des articles 7 à 12bis de la Convention de Bruxelles, on peut légitimement craindre que le juge, ainsi en vertu d'un critère différent de celui retenu par les règles de conflit communautaires, ne se réfugie systématiquement par réflexe nationaliste ou protectionniste, derrière ses propres règles impératives ou d'ordre public au sens du droit interne (111). Cette attitude adoptée à propos d'un contrat dont le contenu est largement réglementé dans la plupart des Etats membres remettrait en cause fondamentalement la sécurité juridique des opérations d'assurance. En outre, comme la plupart des lois de police ne précisent pas expressément leur domaine d'application spatial, celui-ci doit être déduit des objectifs poursuivis par le législateur, de telle manière qu'il ne sera pas toujours facile pour les parties de prévoir l'effet que ces lois pourraient avoir sur le contrat. C'est au juge qu'il appartiendra en dernier ressort de fixer le domaine d'application des lois de police. La difficulté de l'opération s'accroît bien entendu lorsqu'il s'agit de lois de police étrangères. Elle paraît avoir été résolue par les directives, tout au moins pour les assurances non obligatoires, sous la forme d'un rattachement spécial des lois de police à la loi du lieu de situation du risque (voy. infra n° 59 et suiv.).

national. Voy. B. DUBUISSON et M. FALLON, *"Les véhicules en circulation internationale et le droit international privé"*, Rev. gén. ass. et resp., 1991, n° 11781.

(109) Convention du 27 septembre 1968; modifiée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978 (JOCE n° L 304 du 30.10.1978, p. 1). Voy. aussi la Convention portant adhésion de la République Hellénique du 25 octobre 1982 (JOCE, 1982, n° L 388, p. 1) et la Convention de Sans Sebastian du 26 mai 1989 en vue de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal (JOCE n° L 285 du 3.10.1989).

(110) Loi française du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

(111) Voy. J. RIPOLL, *op. cit.*, précité note 19, p. 18.

c) Lois de police tierces

59. L'article 7, par. 2, alinéa 2, de la directive LPS non-vie, ainsi que l'article 4, par. 4, alinéa 2, de la directive LPS vie s'inspirent, on l'a dit, de la structure et partiellement du contenu de l'article 7 de la Convention de Rome. Leur portée respective varie pourtant considérablement.

Alors que l'objet de l'article 7, par. 1, de la Convention de Rome est de permettre l'application "proprio vigore" de lois de police étrangères qui entretiennent un lien étroit avec la situation, l'article 7, par. 2, alinéa 2, de la directive LPS non-vie n'envisage, quant à lui, que l'application des lois de police de l'*Etat membre* où le risque est situé ou des lois d'un Etat membre qui impose une obligation d'assurance. L'article 4, par. 4, alinéa 2, de la directive LPS vie n'envisage que celle de l'*Etat membre* de l'engagement. De plus, l'article 7 de la Convention de Rome soumet la prise en considération des lois de police à plusieurs conditions (nature, objet, conséquences), conditions qui ne figurent pas dans les règles de conflit communautaires.

60. En réalité, hormis le cas des assurances obligatoires, la méthode suivie semble s'inspirer davantage d'un rattachement spécial (multilatéral) des lois de police à l'Etat où le risque est situé (au sens de l'article 2, d) pour l'assurance non-vie, et à l'Etat de la résidence habituelle ou de l'établissement du preneur pour l'assurance vie (112). Le critère du lieu du risque utilisé pour opérer le rattachement spécial des lois de police permet évidemment de réduire les hypothèses d'intervention d'une loi de police n'appartenant pas à la loi contractuelle, dès lors que l'application de celle-ci dépend, le plus souvent, du même critère. Cette méthode, qui simplifie considérablement le problème de l'applicabilité des lois de police, suscite néanmoins plusieurs interrogations.

- Au vu de la structure des articles 7, par. 2, et 4, par. 4, le rattachement spécial paraît se limiter aux lois de police étrangères. On ne voit cependant pas pourquoi il ne pourrait pas déterminer aussi l'applicabilité des lois de police du for.
- Le critère du lieu de situation du risque ne permet certainement pas de rendre compte de l'applicabilité de toutes les lois de police susceptibles d'affecter le contrat d'assurance (113). Ainsi en est-il des lois de police monétaires ou des lois sur les clauses abusives qui reposent sur des critères spatiaux d'application qui leurs sont propres ne dépendant en principe nullement de la localisation du risque (lieu du paiement, résidence habituelle du consommateur, ...). Il en est de même des législations de police qui peuvent affecter la validité d'un contrat d'assurance tout en ne le concernant pas directement (par exemple, une loi interdisant l'exportation d'objets d'art qui pourrait mettre en cause la validité du contrat d'assurance garantissant le vol de ces objets). L'application de ces législations ne dépendent pas de la localisation du risque sur le territoire de l'Etat qui les a édictées. Cette objection ne peut être écartée que si on considère que le rattachement spécial ne vaut que pour les lois de police qui concernent directement l'assurance (114). L'applicabilité des autres lois de police obéirait alors aux "règles générales de droit international privé", auxquelles les articles 7, par. 3, de la directive LPS non-vie et 4, par. 5, de la directive LPS vie font allusion.
- Même si on limite la portée de l'article 7, par. 2, alinéa 2, aux lois de police d'assurance, il n'est pas certain que le critère du lieu du risque tel qu'il est défini par les directives européennes

(112) En ce sens, A.K. SCHNYDER, *"Observations from a third country..."*, op. cit., note 19, Rapport, p. 26.

(113) En ce sens, M. FALLON, *"La loi applicable..."*, précité note 19, p. 255, n° 29, et p. 258, n° 31.

(114) En ce sens M. FALLON, *ibid.*

correspondre toujours à celui utilisé par la loi de police concernée. Comme on l'a déjà observé, la localisation du risque par l'article 2, d, de la directive LPS non-vie procède à certains égards d'une définition abstraite ou artificielle qui ne correspond pas toujours à la réalité. Comment peut-on justifier autrement que par un souci de simplification la localisation d'un risque responsabilité civile, protection juridique ou crédit au lieu de la résidence habituelle du preneur ? Une discordance avec les critères retenus ou déduits de la loi de police n'est donc pas à exclure...

61. En ce qui concerne les assurances obligatoires, en revanche, aucun critère d'applicabilité uniforme n'est prévu pour la délimitation de leur domaine d'application. L'article 7, par. 2, alinéa 2 de la directive LPS non-vie laisse au législateur national le soin de préciser quels contrats internationaux il entend soumettre à l'obligation d'assurance, par le jeu d'une règle directe d'applicabilité (115). A défaut de mention expresse, cas le plus fréquent, il appartiendra à l'interprète de déduire le domaine d'application international de la loi d'assurance obligatoire, des objectifs qu'elle poursuit. On peut cependant affirmer que la plupart de ces lois, sinon toutes, voient leur champ d'application délimité par un critère spatial de nature territoriale : la localisation ou la mise en risque sur le territoire de l'Etat qui prévoit l'obligation d'assurance (fait générateur de l'obligation).

On ne peut garantir pour autant que la loi qui régit l'assurance obligatoire sera toujours la même que celle qui régit le contrat. Ceci tient à nouveau à la définition des critères de localisation du risque par l'article 2, d, de la directive LPS non-vie. Celui-ci retient par exemple comme lieu de situation du risque pour les assurances relatives à des véhicules l'Etat membre d'immatriculation alors que l'application des assurances obligatoires en cette matière est subordonnée implicitement ou explicitement à la mise en circulation du véhicule sur le territoire national (116). Il en serait de même de l'assurance RC chasse rendue obligatoire dans certains Etats membres : le lieu du risque est défini par l'article 2, d, comme étant celui du lieu de résidence du preneur alors que l'application de la loi d'assurance obligatoire sera en principe conditionnée par l'exercice de la chasse sur le territoire national. En soi, cette situation ne semble pas dommageable. Les lois d'assurance obligatoires poursuivent, le plus souvent, un but de protection des tiers victimes et elles peuvent s'accommoder d'un contrat régi par une loi différente, même si les interactions entre ces deux lois doivent être soigneusement examinées (117). C'est sans doute pour éviter les difficultés nées de cette interaction et soumettre la situation à une loi unique que l'article 8, par. 4, c, permet à un Etat membre de prescrire, par dérogation à l'article 7, que la loi applicable au *contrat* d'une

(115) On ne traitera pas ici des relations (mystérieuses) entre l'article 7, par. 2 et l'article 8 de la directive LPS non-vie qui traite spécifiquement des assurances obligatoires. Ces assurances obligatoires font en effet l'objet d'un exposé distinct dans le cadre de ce colloque.

(116) Sur les problèmes que peut poser, en matière d'assurance automobile, l'interaction entre la loi contractuelle (loi du lieu d'immatriculation selon l'article 2, d, de la directive LPS non-vie) et la loi qui impose l'obligation d'assurance (loi du lieu de mise en circulation du véhicule, donc de l'accident), voyez B. DUBUISSON et M. FALLON, *op. cit.*, note 108; on signalera cependant que l'article 2 de la directive du 14 mai 1990, qui doit être transposée pour le 31 décembre 1992, ouvrira dans tous les cas à la victime, le choix de la loi qui lui est le plus favorable, entre la loi de l'Etat Membre où le véhicule a son stationnement habituel et celle du pays parcouru. Cette disposition pourra conduire à une application point par point des deux lois intéressées (Troisième directive du Conseil du 14 mai 1990 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JOCE n° L 129 du 19.5.90, p. 33).

(117) Lorsqu'il y a contradiction entre la loi de l'Etat membre où le risque est situé et celle de l'Etat membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance, l'article 8, par. 3 de la directive LPS non-vie prévoit que c'est la seconde qui prévaut.

assurance obligatoire est celle de l'Etat qui impose l'obligation d'assurance (118). Toutefois, on peut craindre que la véritable portée de cette disposition pour les risques qui se déplacent ou qui peuvent se réaliser dans différents pays n'ait pas été correctement évaluée par le législateur européen ni par les législateurs nationaux qui ont exercé cette faculté lors de la transposition (119). Elle revient en effet à soumettre un contrat d'assurance RC obligatoire dont la garantie couvrirait plusieurs pays de la CEE, à la loi du pays où se situe le fait générateur de l'obligation (en définitive celui où survient l'accident). Ainsi un contrat d'assurance RC automobile conclu en Belgique pour couvrir un véhicule immatriculé en Belgique pourrait dans ses dispositions proprement contractuelles être soumis à la loi française si le preneur met son véhicule en circulation en France (critère spatial de la loi d'assurance obligatoire). Le contrat pourrait ainsi changer radicalement de contenu au gré des pays visités (120).

62. Outre le rattachement spécial qu'ils prévoient, les articles 7, par. 2, alinéa 2, et 4, par. 4, alinéa 2, se distinguent fondamentalement de l'article 7 de la Convention de Rome par la suppression des conditions d'application des lois de police étrangères liées à leur nature, à leur objet et aux conséquences de leur application (seule la référence à la volonté d'application de la loi étrangère subsiste). On peut penser que le rattachement spécial des lois de police d'assurance au lieu où se situe le risque rendait ces précisions inutiles. Vu la portée différente des deux textes sur le plan du rattachement, on s'étonnera cependant que le législateur communautaire ait jugé bon de répercuter dans les articles 7, par. 2 et 4, par. 4, la réserve qui pouvait être faite à l'article 7 de la Convention de Rome. Les articles 7, par. 2, alinéa 2 et l'article 4, par. 4, alinéa 2, ne sont en effet applicables que "si le droit d'un Etat membre le prévoit". Cette faculté a d'ailleurs été perçue différemment par les Etats membres. Certains d'entre eux l'ont comprise comme une option ouverte par la directive et sur laquelle il fallait prendre parti dans la loi nationale (121), d'autres comme une référence aux règles générales de droit international privé concernant l'applicabilité des lois de police étrangères (122). En ce qui concerne les assurances obligatoires, elle semble par

(118) Cette disposition permet de confirmer à contrario que la désignation de la loi contractuelle n'obéit, en principe, pas à des règles particulières lorsque le contrat concerne une assurance obligatoire.

(119) La loi allemande (précitée note 23) prévoit d'abord qu'un contrat d'assurance destiné à satisfaire à une obligation d'assurance prescrite par le droit allemand est soumis à la loi allemande, sauf si le contraire résulte de la loi (art. 12, par. 2), et ensuite qu'un contrat d'assurance destiné à satisfaire à une obligation d'assurance prévue par une loi étrangère n'est soumis à cette loi que si celle-ci le prévoit art. 12, par. 1). La loi française (précitée note 30) se limite à prévoir que les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régies par le droit français (art. L 182, 1). La loi belge (précitée note 31) procède de façon identique (art. 28 sexies). La loi hollandaise (précitée note 34) prévoit que la loi applicable à un tel contrat est la loi qui impose l'obligation d'assurance (art. 5, 2°, d).

Les lois anglaise et irlandaise (précitées note 32) ne comportent aucune disposition spécifique sur la loi applicable au contrat destiné à satisfaire à une obligation d'assurance.

(120) En ce sens, voy. la critique de J. RIPOLL, *op. cit.*, précité note 19, p. 22.

(121) Ont exercé cette option dans un sens positif, c'est-à-dire en faveur de l'application des lois de police étrangères : la Belgique (arrêté royal précité, art. 28 quater, alinéa 2), la France (loi précitée, art. L 181-3, alinéa 2) (précitée note 31).

(122) Voy. la loi anglaise (précitée note 32, Schedule 3A, 4; (2), (b)) ainsi que la loi irlandaise (précitée note 32, article 11, (2), (b)) qui se contentent de reproduire l'article 7, alinéa 2, in extenso avec "l'option"; la loi néerlandaise (précitée note 34) procède par une référence à la Convention de Rome (art. 5, 2°, b). La loi allemande (précitée note 23) ne contient pas de référence expresse aux lois de police, et semble se contenter d'un renvoi général à ses règles de droit international privé (art. 14).

On se rappellera que le Royaume-Uni et l'Allemagne ont fait usage de la faculté de réserve à l'article 7 de la Convention de Rome.

ailleurs difficilement conciliable avec l'article 8, par. 2, de la directive LPS vie qui consacre explicitement l'efficacité internationale de la loi nationale ou étrangère, imposant l'obligation d'assurance.

63. Lorsque le contrat couvre deux ou plusieurs risques situés (au sens de l'article 2, d) dans différents Etats membres, hypothèse où une seule loi peut être désignée pour régir l'ensemble du contrat (art. 7, par. 1, c), l'article 7, par. 2, alinéa 3, impose l'application distributive des lois de police des pays concernés en fonction de la localisation de chacun des risques (123). On comprend à la lecture de cette disposition, qui permet un dépeçage du contrat pour tenir compte des exigences impératives de chaque Etat, la nécessité qu'il y a à interpréter restrictivement la notion de loi de police. L'idée d'une police unique européenne serait un leurre et les directives communautaires ne permettraient aucun progrès, si toute disposition impérative de droit interne devait automatiquement être considérée comme une loi de police (voy. supra n° 37). Pour qu'une véritable police d'assurance unique puisse être conclue à l'échelon européen, il importe que la partie du contrat souscrite en "différence de conditions", c'est-à-dire celle qui contient les dispositions impératives des lois locales, soit marginale par rapport aux conditions communes gouvernant l'ensemble du contrat. Un tel but ne pourrait être atteint si le contrat couvrant plusieurs risques disséminés dans la Communauté devait satisfaire à l'ensemble des dispositions impératives de droit interne de chaque pays où l'un de ces risques est situé.

E. L'ordre public international

1. L'ordre public au sens du droit international privé

64. L'application de la loi contractuelle désignée par les parties ou par une méthode objective de localisation peut se heurter également à "l'ordre public international". Au sens du droit international privé continental, l'ordre public international constitue une exception dans le système de droit international privé du for, qui permet au juge d'évincer les dispositions de la loi étrangère (ou plus précisément les effets que ces dispositions entendent produire sur le territoire), lorsque celles-ci heurtent l'ordre moral, politique ou économique du for (conception négative de l'ordre public international).

Présenté sous la forme d'une exception, l'ordre public international est un correctif aux règles normales de rattachement, un procédé d'éviction de la loi étrangère (par hypothèse) normalement applicable. Il n'entre en action qu'après désignation de la loi compétente pour confronter le contenu de la loi étrangère et les effets qu'elle entend produire, avec les exigences de l'ordre juridique du for.

Conçu de cette façon, l'ordre public n'a d'"international" que le nom. Il sert en effet avant tout à défendre les fondements politiques, moraux, ou économiques d'un ordre juridique national (124). "Liée au fonctionnement d'un système de droit étatique, l'éviction du droit étranger exprime une réaction nationaliste inspirée par le souci de faire prédominer la cohérence interne de l'ordre juridique du tribunal saisi" (125). L'exception d'ordre public répond à l'impossibilité d'intégrer l'application de la loi étrangère dans l'ordonnancement de l'Etat du for. Il serait plus correct dans cette perspective de parler d'ordre public au sens du droit international privé (126).

(123) Cet article s'applique de la même façon lorsque le contrat d'assurance fournit la couverture dans plusieurs Etats membres dont l'un au moins impose une obligation de souscrire une assurance (article 8, par. 4, a).

(124) Voy. N. WATTE, *"Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé"*, Rev. crit. jur. belge, 1989, pp. 66-104.

(125) F. RIGAUX, *Traité*, TI, 3ème éd., p. 345, n° 506.

(126) On peut opposer cette vision nationaliste de l'ordre public à l'émergence d'un "ordre public réellement international" ou "transnational" qui serait le garant d'une certaine moralité contractuelle

65. Sous cet aspect fonctionnel, l'exception d'ordre public ne s'écarte pas fondamentalement de la notion de l'ordre public qui prévaut en droit interne : "elle constitue le pouvoir judiciaire gardien d'une forme supérieure de l'égalité qu'on ne saurait inscrire dans les textes, elle confie aux juges la mission d'exprimer, à propos de situations particulières que le législateur est impuissant à prévoir, la conscience juridique de la société" (127). On a observé qu'il existait toutefois une tendance croissante des Etats à exprimer positivement les intérêts collectifs qu'ils entendent protéger dans des lois que l'on pourrait qualifier de "lois d'ordre public" (voy. supra n° 5). C'est dans ce dirigisme étatique qu'il faut sans doute trouver la source de la méthode propre aux lois de police dans le droit international privé des contrats.

Il existe sous cet angle une parenté certaine entre l'ordre public au sens du droit international privé et les lois de police : la fonction du premier s'amenuise au fur et à mesure que s'accroît celle des secondes (128). Cette tendance est d'autant plus significative que l'on s'accorde à donner à l'exception d'ordre public une interprétation de plus en plus restrictive : c'est l'application concrète d'une disposition de la loi désignée qui doit être contraire à l'ordre public et non la loi elle-même; l'application de cette disposition doit être, au surplus, *manifestement* incompatible avec l'ordre public "international" du for. Cette conception restrictive retenue par l'article 16 de la Convention de Rome (129) explique qu'il ait été rarement fait application de l'exception d'ordre public en matière contractuelle (130).

66. Parentes sur le plan conceptuel, les lois de police et l'exception d'ordre public répondent toutefois à des techniques d'application théoriquement différentes : l'ordre public au sens du droit international privé n'intervient qu'après la désignation de la loi étrangère compétente alors que l'application des lois de police est immédiate : la règle directe d'applicabilité dont elles sont explicitement ou implicitement assorties évince le jeu normal de la règle de conflit (131). Cette différence d'ordre méthodologique justifie que les lois de police étrangères soient elles-mêmes soumises au visa de l'ordre public "international" (132). Inversément, il va de soi que l'exception

fondamentale et qui tracerait les limites de l'autonomie des volontés dans les relations commerciales internationales (prohibition de la piraterie, de l'esclavage, de la corruption, du trafic d'influence...). Cette notion nouvelle trouve sa source dans la jurisprudence arbitrale, à défaut pour elle de pouvoir se référer à un ordre juridique national. Voy. à ce sujet, N. WATTE, *op. cit.*, note 124, p. 89, n° 35; F. RIGAUX, *Traité, TI*, 3ème éd., p. 345, n° 506 et p. 349, n° 512; R. PRIOUX, "*Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international*", J.T., 1990, p. 737-738, n°s 17 à 19, pour qui ces principes s'intégreraient pour le juge national, dans l'ordre public international du for.

(127) F. RIGAUX, *Traité, TI*, 3ème éd., p. 351, n° 514.

(128) En ce sens, G. SPERDUTTI, "*Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 268.

(129) Voy. le Rapport explicatif de M. GIULIANO et P. LAGARDE, JOCE n° C 282 du 31.10.1980, p. 37.

(130) Voy. les exemples cités par R. PRIOUX, *op. cit.*, note 126, p. 737, n° 17.

(131) R. VANDER ELST, "*Les lois de police et de sûreté, en droit international privé belge et français*", *TI*, Bruxelles, 1956, pp. 103-105; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, p. 185, n° 372; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 47, p. 20, n° 14, p. 143, n°s 444 et suiv.

(132) R. PRIOUX, "*Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux*", *Rev. dr. comm. belge*, 1988, p. 251, n° 33. P. MAYER, *op. cit.*, note 48, p. 313, n° 40.

est sans objet au cas où une loi de police du for est préférée à la loi étrangère désignée par la règle de conflit. En matière d'ordre public, les décisions jurisprudentielles procèdent cependant souvent par économie de raisonnement, si bien qu'il n'est pas toujours simple de discerner si les effets de la loi de police étrangère ont été écartés en raison de leur contrariété avec l'ordre public international du for ou en raison de la primauté d'une loi de police du for justifiée par des raisons d'ordre public. L'applicabilité des lois de police étrangères est d'ailleurs soumise à des critères qui font partiellement double emploi avec ceux de l'ordre public international (voy. supra n° 52).

La distinction théoriquement claire est encore obscurcie par des pratiques plus ou moins critiquables : celle qui reconnaît un effet de substitution à la loi du for après l'éviction de la loi étrangère (effet positif de l'ordre public international) (133) et celle qui fait de l'ordre public une circonstance de rattachement en gommant la nécessaire délimitation du domaine d'application spatial des lois de police.

2. L'ordre public au sens du droit international privé et le contrat d'assurance

67. Ni l'article 7 de la directive LPS non-vie ni l'article 4 de la directive LPS vie ne font allusion à l'ordre public international au sens défini ci-dessus. Ce silence n'équivaut pas à une exclusion. Il ne fait aucun doute que le mécanisme de l'exception d'ordre public peut trouver application au titre des règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles, auxquelles se réfèrent l'article 7, par. 3, de la directive LPS non-vie et l'article 4, par. 5 de la directive LPS vie (134).

La jurisprudence de droit international privé n'offre, à notre connaissance, pas de cas où il ait été fait appel à l'ordre public international en matière d'assurances pour évincer une loi étrangère. On ne peut pour autant exclure complètement cette possibilité, notamment dans le cas de l'assurance de certains risques qui seraient considérés comme immoraux ou illicites selon les conceptions du for (assurance rançon, assurance mortalité infantile, couverture de la faute intentionnelle...). En l'absence d'une loi de police censée exprimer positivement l'ordre public, l'ordre public "international" pourrait être utilisé aux fins d'invalider un contrat proposé en libre prestation de services qui couvrirait un risque considéré comme illicite ou immoral par l'Etat du for.

68. C'est en ce sens apparemment que pourrait être compris l'article 14, par. 5, de la directive LPS vie selon lequel "les Etats membres ne peuvent empêcher le preneur de souscrire un engagement autorisé par la réglementation de l'Etat membre de l'établissement, sauf s'il est contraire aux dispositions d'ordre public de l'Etat membre de la prestation". Certaines déclarations de la Commission CEE selon lesquelles cet article aurait "une connotation éthique propre à l'assurance vie et viserait, par exemple, l'assurance en cas de décès sur la tête d'un enfant, la couverture du suicide au début du contrat...", laissent penser en effet que l'article 14, par. 5, s'inspirerait de la notion d'ordre public au sens du droit international privé (135).

Une telle interprétation se heurte cependant à plusieurs objections. Pourquoi en effet introduire explicitement la notion d'ordre public international dans l'article 14 alors que l'article 4, par. 5

(133) Cet effet de substitution admis en droit international privé français (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, "Droit international privé", TI, 7ème éd., p. 420, n° 364) est contesté par la doctrine belge qui préconise plutôt une adaptation de la loi étrangère applicable; voy. F. RIGAUX, Traité, TI, 3ème éd., p. 355, n° 524; R. PRIOUX, op. cit. note 126, p. 734, n° 8. Cette dernière conception semble partagée par les rédacteurs de la Convention de Rome (Rapport explicatif, JOCE, n° C 282 du 30.10.1980, p. 37).

(134) En ce sens, M. FALON, "The law applicable to compulsory insurance...", op. cit., note 19, Rapport p. 10.

(135) G. LEVIE et M. DE FRUTOS GOMEZ, "Les dernières évolutions en matière de droit européen des assurances", Rev. gén. ass. et resp., 1991, n° 11815.

permet aisément de s'y référer. Et pourquoi la limiter à l'hypothèse de la libre prestation de services passive (celle où le preneur a pris l'initiative de la souscription) ?

Au-delà de ces questions d'opportunité, un argument plus fondamental va dans le sens du rejet. Dans l'hypothèse où le for saisi ne serait pas celui de l'Etat où la prestation est effectuée (ce qui est juridiquement possible en vertu de la convention de Bruxelles), l'article 14, par. 5, de la directive LPS vie obligerait le juge à faire application de la notion d'ordre public international telle qu'elle prévaut dans un autre Etat que le sien, ce qui paraît radicalement incompatible avec la fonction même de l'exception d'ordre public en droit international privé (136).

Selon d'autres explications qui témoignent de l'embarras de la Commission CEE, cet article s'inspirerait d'une distinction entre le droit privé et le droit public ou administratif (137). Le souci de maintenir l'environnement juridique du preneur ne concernerait que le droit privé et n'empêcherait pas le preneur de bénéficier de formules d'assurances autorisées par le droit public du pays de l'assureur. Cette explication ne convainc pas davantage. On sait en effet que les limites entre le droit privé et le droit public sont particulièrement floues, certaines dispositions de droit public pouvant avoir des effets sur le contrat. De plus, il n'est guère opportun de soumettre un seul et même contrat à deux lois différentes selon qu'elles affectent des éléments de droit privé ou de droit administratif.

En réalité, l'ordre public au sens de l'article 14, par. 5, ne relève ni du droit national ni du droit international privé, mais du droit communautaire. La Commission CEE a entendu par là "concrétiser l'idée que dans le cas de la LPS passive, le preneur puisse véritablement souscrire à l'étranger un contrat qui n'est pas autorisé dans son propre pays" (138). La loi (d'ordre public interne) du pays de la résidence habituelle du preneur d'assurance déclarée applicable au contrat en vertu de la règle de conflit est donc analysée sous l'angle de la restriction qu'elle impose à la libre prestation des services par un assureur étranger. Cette restriction ne peut être considérée comme légitime que si elle répond aux critères fixés par le droit communautaire. A ce titre, la notion d'ordre public visée à l'article 14, par. 5, préfigure celle d'intérêt général introduite par les propositions de troisième directive vie et non-vie (art. 24 et 25) (voy. infra III).

III. L'INTERET GENERAL EN DROIT COMMUNAUTAIRE

69. Les propositions de troisième directive en assurance vie et non-vie (139) insèrent chacune un article nouveau rédigé de façon presque identique (24 pour l'assurance vie, 25 pour l'assurance non-vie) qui, rapporté aux règles de conflit des articles 4 ou 7, ne manque pas d'introduire un certain trouble. Selon cette disposition : "L'Etat membre où le risque est situé (ou l'Etat membre de l'engagement pour l'assurance vie) ne peut empêcher le preneur de souscrire un contrat conforme à la réglementation de l'Etat membre d'origine, pour autant qu'il ne soit pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre où le risque est situé (ou l'Etat membre de l'engagement pour l'assurance vie)".

Si elle était conçue comme une règle de conflit, cette disposition serait en contradiction avec les solutions découlant des règles de conflit prévues dans les directives LPS non-vie du 22 juin 1988 et LPS vie du 8 novembre 1990. Elle semble en effet donner un titre de compétence prioritaire à la législation de l'Etat d'origine donc à la loi de l'Etat d'établissement de l'assureur, alors que les règles de conflit des articles 4 et 7 ne retiennent pas le lieu de l'établissement de l'assureur comme

(136) Voy. en ce sens K. LENAERTS, *op. cit.* note 19, p. 23, n° 28; M. FALLON, "The law applicable to compulsory insurance and life insurance...", *op. cit.*, note 19, Rapport, p. 8, n° 22.

(137) Voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, note 19, p. 21, n° 26.

(138) Voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, note 19, p. 21, n° 26.

(139) Précitées notes 3 et 4.

facteur de rattachement pertinent, mais donnent la préférence à la loi du lieu où le risque est situé (le plus souvent il s'agira du lieu de résidence habituelle du preneur).

En réalité, les articles 24 ou 25 des propositions de troisième directive ne peuvent se comprendre qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière d'entraves aux échanges. Ils traduisent les exigences de l'ordre public communautaire face aux pratiques ou aux réglementations nationales dont l'objet ou l'effet est de restreindre l'exercice d'une des libertés fondamentales du Traité de Rome. Encore faut-il préciser ce qu'il convient d'entendre par intérêt général au sens du droit communautaire (A) et préciser les implications que cette notion de droit communautaire peut avoir sur les services financiers en général (B) et sur les services d'assurance en particulier (C).

A. L'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice

70. La notion d'intérêt général est avant tout une création prétorienne de la Cour de Justice des Communautés européennes. Face aux retards enregistrés dans l'achèvement du Marché intérieur, elle se présente comme une alternative à l'harmonisation du droit matériel, car elle permet à la Cour d'exercer un contrôle sur la conformité des normes ou pratiques nationales aux exigences du droit communautaire sans attendre cette coordination. En l'absence d'harmonisation au niveau communautaire, les Etats conservent légitimement le pouvoir de prendre, sur leur territoire, les mesures qui leur paraissent nécessaires à la sauvegarde d'un intérêt général au sens large, c'est-à-dire d'un intérêt collectif ressenti dans l'ordre juridique national. En vertu de la primauté du droit communautaire, il faut cependant que ces mesures s'avèrent compatibles avec les libertés fondamentales consacrées par le Traité CEE (libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, liberté de prestation de services...). Après avoir posé le principe de l'effet direct de ces libertés dans les ordres juridiques des Etats membres (140), la Cour de Justice s'est attachée à définir les conditions générales auxquelles doivent répondre les mesures nationales pour être compatibles avec le droit communautaire.

Cette jurisprudence marque la naissance d'un "ordre public communautaire" (141) dont les fonctions, quoique s'inscrivant spécifiquement dans le contexte communautaire, ne sont finalement pas très différentes de celle de l'ordre public national ou international. Elle joue le rôle d'un frein, non pas aux pouvoirs des personnes privées face aux exigences de l'intérêt public, ni à l'application d'une loi étrangère face aux conceptions fondamentales de l'Etat du for, mais à la compétence des Etats membres face à l'affirmation des exigences communautaires découlant d'un principe général de liberté. Il paraît donc illusoire d'en donner une définition précise, à peine d'en figer le contenu (142) : le pouvoir des autorités nationales s'exerce sous le contrôle de la Cour qui se prononce au cas par cas soit à la suite d'un recours introduit par la Commission CEE, soit par voie de question préjudicielle. Celle-ci est chargée de trouver, dans chaque cas d'espèce, un équilibre entre l'intérêt légitime d'un Etat à la protection d'un intérêt jugé prépondérant et l'intérêt communautaire à la mise en oeuvre de la libre circulation des marchandises, des personnes ou des services (143).

(140) Voy. CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74, Reyners, Rec., 1974, p. 631, pour la liberté d'établissement. CJCE, 3 décembre 1974, aff. 33/74, Van Binsbergen, Rec., 1974, p. 1299, pour la liberté de prestation de services.

(141) L'expression est consacrée formellement par le Rapport explicatif de la Convention de Rome (JOCE n° C 282 du 30.10.1980, p. 37) : "L'article 16 précise que c'est l'ordre public du for qui doit être heurté par l'application de la loi désignée. Il va de soi que cette expression englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des Etats membres de la Communauté européenne".

(142) P. CLAROTTI, "Un pas décisif vers le Marché Commun des banques", Rev. Marché Commun, 1989, pp. 462-463.

(143) U. EVERLING, "Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etats membres", Cah. dr. eur., 1984, p. 14.

71. Dans le langage communautaire, on entend par "intérêt général", l'ensemble des conditions établies par la Cour de Justice pour justifier une réglementation nationale constituant une entrave à l'une des libertés consacrées par le Traité CEE (144). Ces conditions, qui s'appliquent cumulativement sont les suivantes :

1°) Les dispositions nationales qui entravent le commerce intracommunautaire ne peuvent être opposées à des ressortissants venant d'autres Etats membres, que dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une *harmonisation*. L'appréciation de cette première condition qui découle de la primauté du droit communautaire nécessite un examen minutieux de l'étendue de l'harmonisation réalisée, car elle ne vaut que s'il existe une superposition des objets respectifs des mesures communautaires et nationales.

2°) Même en l'absence d'harmonisation, les Etats membres ne peuvent maintenir, ni prendre aucune mesure qui, d'une manière directe ou indirecte, ouverte ou déguisée, entraînerait une *discrimination* entre ressortissants de la Communauté (145).

3°) Même non discriminatoires (ou indistinctement applicables), ces mesures doivent répondre à diverses conditions :

a) Elles doivent être justifiées soit par des raisons *d'intérêt général* consacrées par une disposition du Traité CEE (voyez par exemple les motifs énoncés par l'article 36 pour la libre circulation des marchandises, par l'article 56 pour la liberté d'établissement et par l'article 66 pour la liberté de prestation de services) soit par une exigence *impérative* reconnue comme telle par la Cour de Justice (146). Parmi les exigences dont le caractère impératif peut justifier, selon la jurisprudence de la Cour, une dérogation aux règles fondamentales du Traité, on citera notamment l'amélioration des conditions de travail, l'efficacité des contrôles fiscaux, la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs... L'intérêt général compris en ce sens se réfère donc à des objectifs nationaux considérés comme dignes de protection par le droit communautaire et pouvant, à ce titre, justifier une restriction aux libertés fondamentales du Traité.

b) Elles doivent être *objectivement nécessaires*, ce qui signifie qu'il doit exister une relation causale entre la mesure proposée et le but poursuivi et qu'il ne doit pas exister d'alternative moins restrictive pour l'exercice de la liberté concernée.

c) Elles ne peuvent pas être *disproportionnées* par rapport au but poursuivi ou au résultat concret atteint par ces mesures.

La règle de proportionnalité entendue au sens large englobe en réalité les deux dernières conditions. Le contrôle de l'adéquation entre les moyens et le but poursuivi nécessite en effet une double vérification : l'objectif ne doit pas déjà être atteint par la réglementation en vigueur dans le

(144) W. VAN GERVEN, "La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice", Rev. de la banque, 1991, p. 43.

(145) Ce principe de non discrimination ne s'assimile pas à un principe d'égalité de traitement : s'il bénéficie aux opérateurs étrangers, il ne profite pas pour autant aux opérateurs ressortissants de l'Etat qui a pris la mesure. La Cour de Justice tolère en effet les discriminations à rebours.

(146) Contrairement aux intérêts énumérés par le Traité CEE qui sont d'interprétation restrictive, l'énoncé des exigences impératives par la Cour de Justice n'est pas limitatif. La Cour se réserve le droit d'en découvrir d'autres au gré des circonstances de l'espèce qui lui est soumise.

pays d'origine (prohibition des doubles emplois) et il ne peut pas être atteint par des moyens moins contraignants. Sous le premier aspect, l'examen porte sur l'existence d'une mesure équivalente dans l'Etat membre d'origine. "Ainsi, lorsque dans l'Etat membre d'origine des mesures de contrôle existent et ont été appliquées au produit importé ou au service fourni dans un autre Etat membre, et lorsque ces contrôles poursuivent le même but d'intérêt général ou ont le même caractère impératif que ceux prescrits par la réglementation examinée dans l'Etat membre d'accueil, il n'appartient pas à de dernier Etat de les répéter inutilement, même si les deux dispositifs de contrôle ne sont pas tout à fait identiques" (147). De façon plus générale, la comparaison des régimes existant dans les autres Etats membres constitue un élément pertinent d'appréciation de la condition de proportionnalité.

72. Le raisonnement suivi par la Cour de Justice pour apprécier la compatibilité d'une entrave nationale au regard de la libre circulation des marchandises ou de la libre prestation des services présente des similitudes incontestables (148). Comme l'a observé M. l'Avocat Général VAN GERVEN, on trouve d'ailleurs dans la jurisprudence relative à ces deux libertés une évolution comparable : conçue au départ comme des libertés interdisant uniquement aux Etats membres de prendre des mesures discriminatoires à l'égard des marchandises ou des prestataires de services originaires d'autres Etats membres, elles ont progressivement évolué vers un principe d'interdiction de toute entrave légale, réglementaire ou administrative, même non discriminatoire, sauf raison d'intérêt général ou exigences impératives particulières (149). Cette analogie est particulièrement présente dans les services financiers qui traversent les frontières sans déplacement ni du prestataire ni du destinataire du service.

En revanche, la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de liberté d'établissement est restée essentiellement fondée sur le principe de non discrimination en fonction de la nationalité. L'idée qu'une entrave non discriminatoire puisse être interdite joue un rôle plus limité en cette matière (150). Toutefois, le système de la licence unique, qui empêche notamment les Etats d'accueil d'appliquer l'ensemble de leurs dispositions nationales même non discriminatoires aux activités des succursales qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle, est un pas déterminant dans le sens d'un alignement de la liberté d'établissement sur le régime applicable à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises (151) (152).

(147) W. VAN GERVEN, *op. cit.*, note 144, p. 43.

(148) On comparera plus spécialement l'arrêt rendu le 4 décembre 1986 en matière de libre prestation des services d'assurance (précité note 18) et les arrêts suivants rendus en matière de libre circulation des marchandises :

- CJCE, 17 décembre 1981, aff. 272/80, *Biologische Producten*, Rec., 1981, p. 3277 : "les Etats membres ne sont pas en droit d'exiger sans nécessité des analyses techniques ou chimiques ou des essais en laboratoire lorsque les mêmes analyses ont déjà été effectuées dans un autre Etat membre et que leurs résultats sont à la disposition de ces autorités ou peuvent sur leur demande être mis à leur disposition".

- CJCE, 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Homologation des machines à travailler le bois*, Rec., 1986, p. 419.

- CJCE, 11 mai 1989, aff. 25/88, *Bouchara*, non encore publié au Recueil.

(149) W. VAN GERVEN, *op. cit.*, note 144, p. 41.

(150) *Ibid.*, p. 41 et les références citées.

(151) *Ibid.*, p. 42.

(152) Voy. l'art. 19, par. 4, de la deuxième directive du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, JOCE n° L 386 du 30.12.1989, p. 1. On trouve une disposition identique dans l'art. 28, par. 4, de la proposition de troisième directive en assurance vie ainsi que dans l'art. 28, par. 4, de la proposition de troisième directive en assurance non-vie.

B. L'intérêt général et la libre circulation des produits financiers

73. Il ne fait guère de doutes que l'intérêt général auquel il est fait allusion dans les articles 25 de la proposition de troisième directive en assurance non-vie et 24 de la proposition de troisième directive en assurance vie est bien l'intérêt général tel qu'il est compris et défini par la jurisprudence de la Cour de justice. Le préambule de la proposition de troisième directive en assurance vie est assez explicite à cet égard :

"considérant que, dans le cadre d'un marché intérieur, il est dans l'intérêt du preneur d'assurances que celui-ci ait accès à la plus large gamme de produits d'assurance offerts dans la Communauté pour choisir parmi eux celui convenant le mieux à ses besoins; que, par conséquent, l'Etat membre de l'engagement doit admettre la commercialisation sur son territoire de tous les produits d'assurance vie commercialisés dans la Communauté pour autant qu'ils ne soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre de l'engagement et dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles de l'Etat membre d'origine, pour autant que ces dispositions s'appliquent de façon non discriminatoire à toute entreprise opérant dans cet Etat membre et pour autant qu'elles sont objectivement nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi" (considérant n° 18) (153).

Ce considérant consacre une transposition étonnante de la jurisprudence "Cassis de Dijon aux services d'assurance (154); elle trouve sans doute ses origines dans le concept nouveau de produit financier introduit par la Commission CEE dès l'adoption du Livre blanc sur l'achèvement du Marché intérieur. L'adoption d'un tel concept visait sans doute à relancer le processus d'intégration des services financiers en s'inspirant des progrès permis par quelques arrêts retentissants de la Cour de Justice en matière de libre circulation des marchandises.

74. Le principe fondamental qui se dégage de l'arrêt "Cassis de Dijon", déjà annoncé par l'arrêt Dassonville (155), est celui de l'acceptation par chaque Etat membre des produits légalement fabriqués et commercialisés sur le territoire d'un autre Etat membre, dont découle le principe de la reconnaissance mutuelle des règles techniques, des procédures et des certificats prescrits par d'autres Etats membres, garantissant un niveau de protection de l'objectif poursuivi équivalent à celui exigé par l'Etat importateur. On déduirait à tort de ce principe que toute importation de produits légalement fabriqués et commercialisés dans un autre Etat membre doit automatiquement être autorisée et effectuée sans aucune restriction. Dans son arrêt Cassis de Dijon, la Cour admet que des obstacles résultant de disparités des législations relatives à la commercialisation des produits peuvent être opposés par l'Etat membre d'accueil pour autant que les mesures prises au niveau national puissent être reconnues comme *nécessaires* pour satisfaire à des *exigences impératives* telles que la défense des consommateurs, la protection de la santé publique et de l'environnement, la loyauté des transactions commerciales ou l'efficacité des contrôles fiscaux. En l'absence d'une réglementation communautaire, les Etats conservent le pouvoir de réglementer la vente des produits à la condition cependant que les mesures adoptées ne fassent pas obstacle au commerce intracommunautaire d'une façon excessive ou disproportionnée (sur ces critères voy. supra n° 71). La jurisprudence de la Cour est donc fondée sur l'élimination des entraves illégitimes et non sur une reconnaissance réciproque a priori des normes nationales.

(153) La deuxième directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 précitée comporte un considérant similaire, mais moins axé sur l'accès des produits (considérant n° 16).

(154) Cour de Justice des Communautés Européennes, 20 février 1979, aff. 120/78, Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec., 1979, p. 649. Voy. également la Communication interprétative de la Commission CEE, publiée au JOCE n° C 256 du 3.10.1980.

(155) CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, Dassonville, Rec., 1974, p. 837.

Un autre apport de la jurisprudence "Cassis de Dijon" est d'avoir clairement énoncé que le principe fondamental d'unité de marché et son corollaire, la libre circulation des marchandises, ne sauraient, en toutes circonstances, être subordonnés à la condition préalable du rapprochement des législations nationales. Une telle subordination viderait le principe de son contenu (156). L'harmonisation n'est qu'un moyen parmi d'autres pour réaliser le Marché intérieur, on ne peut en tirer parti pour le freiner.

75. La Commission CEE ne s'est jamais cachée de son intention d'appliquer aux produits financiers la jurisprudence "Cassis de Dijon". Ainsi, on ne s'étonnera pas de lire dans le Rapport d'audience relatif à l'arrêt du 4 décembre 1986 rendu contre l'Allemagne en matière de prestation de services dans le secteur des assurances, l'affirmation suivante : "la Commission ne méconnaît nullement que tout comme dans le cadre de l'article 30 CEE, les Etats membres continuent à bénéficier d'une certaine possibilité de réglementer et de contrôler les prestations d'assurance "importées" dans l'intérêt général. En effet, elle estime qu'il convient d'interpréter pour l'essentiel, les articles 30 et 59 de manière identique"... "Dans le domaine de la libre prestation de services, tout comme pour les matières régies par l'article 30 du Traité CEE, toute prestation transfrontalière fournie légalement dans le pays d'origine serait permise" (157).

Il convient cependant de mesurer la portée exacte de cette assimilation clairement traduite par les articles 24 et 25 des troisième directive en assurance vie et non-vie. Il apparaît évident que l'on ne peut purement et simplement traiter un produit financier comme une marchandise. Le produit financier s'inscrit dans les limites d'un contrat et n'en n'est pas dissociable. Ce contrat est formé d'un ensemble d'éléments techniques et juridiques qui constituent les caractéristiques mêmes du produit offert. A la différence d'une marchandise, le produit financier (bancaire ou d'assurance) n'est pas séparable de son support contractuel (158).

76. L'application de la jurisprudence "Cassis de Dijon" aux produits financiers entraîne donc inévitablement une incursion du droit communautaire dans le domaine des rapports contractuels en soumettant l'ensemble des éléments juridiques et techniques qui constituent le contrat au contrôle de l'intérêt général. Les règles ou pratiques nationales, tant techniques que juridiques, qui impriment un contenu déterminé aux produits financiers pourraient être considérées comme illicites au regard de la libre prestation de services, dès lors qu'elles peuvent être perçues comme une entrave à l'accès des produits originaires d'autres Etats membres. Le contenu très vaste donné par la Cour à la notion d'entrave au commerce permet certainement une telle extension. C'est en effet l'aptitude de la mesure ou de la pratique envisagée à restreindre les échanges, plus que sa nature juridique ou son contenu propre qui retient l'attention de la Cour de Justice. L'entrave en question peut tout aussi bien consister dans l'interdiction pure et simple de commercialiser un produit financier sur le territoire d'un Etat membre que dans l'obligation d'aménager le contenu du produit conformément aux règles de cet Etat.

Une notion aussi largement définie couvre bien entendu, à titre principal, les règles de technique financière dont la nature relève davantage du droit administratif ou de la police de l'économie. Ainsi dans le secteur bancaire, le principe de la reconnaissance mutuelle des techniques financières devrait permettre la commercialisation de prêts indexés en capital (159) ou de prêts hypothécaires

(156) J.C. MASCLLET, *"Les articles 30, 36 et 100 du Traité CEE à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon"*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1980, p. 629.

(157) CJCE, 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Commission C République Fédérale d'Allemagne, précité note 128, Rapport d'audience, Rec. 1986, p. 3766 et 3771.

(158) En ce sens, M. VASSEUR, *"Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement bancaire"*, RDAI/IBLJ, 1991, p. 179-180, n° 10; J. PARDON, *"La loi applicable aux contrats bancaires dans l'espace financier européen de 1993"*, Assoc. belge des banques, 1990, n° 30, p. 44.

(159) En ce sens, M. VASSEUR, *op. cit.*, note 158, p. 179-180, n° 10.

contenant une clause de variabilité du taux d'intérêt (160) légalement proposés dans un Etat membre, en dépit d'une interdiction formulée par la législation de l'Etat membre d'accueil. Il n'en serait autrement que si cette interdiction pouvait être considérée comme légitime et nécessaire au regard des critères fixés par la Cour de Justice (161). Un raisonnement similaire devrait être tenu pour la commercialisation de produits d'assurance vie (capitalisation, universal life...) inconnus ou interdits par la législation d'un Etat membre, mais légalement proposés dans un autre Etat.

On pourrait songer à limiter les pouvoirs de la Cour à ces entraves d'ordre technique ou administratif. On ne peut cependant exclure que des règles impératives de droit privé contractuel (au sens large) puissent, elles aussi, être soumises au contrôle de l'intérêt général (voy. infra n° 78 et suiv., spéc. n° 83). Celles-ci jouent en effet un rôle déterminant sur les obligations respectives des parties et sur la composition du produit lui-même, particulièrement en assurance non-vie (162). A ce titre, ces règles pourraient constituer des entraves à la libre prestation de services dont la légitimité devrait être appréciée conformément aux critères énoncés ci-dessus.

Telle est la portée qu'il faut donner aux articles 24 et 25 des propositions de troisième directive en assurance vie et non vie (voy. commentaires infra C), ainsi qu'aux articles correspondants des autres directives relatives aux services financiers. Ils permettent de soumettre au contrôle du droit communautaire l'application qu'un Etat membre fait de son propre ordre public ou de ses lois de police non seulement de type économique, mais également de type contractuel.

C. L'intérêt général et la libre circulation des produits d'assurance

77. Les articles 24 de la proposition de troisième directive en assurance non-vie et 25 de la proposition de troisième directive en assurance vie permettent d'affirmer la nécessaire primauté du droit communautaire sur les règles impératives des Etats membres. Ces articles qui ont une portée largement déclaratoire, puisqu'ils reflètent l'état actuel du droit communautaire, viennent en quelque sorte corriger ce que pourrait avoir de trop restrictif l'application pure et simple des règles impératives de la loi du pays où le risque est situé ou du pays de l'engagement. Deux questions se posent à titre principal : quelles sont les règles ou pratiques qui pourraient tomber sous la sanction du droit communautaire ? (1). Comment s'effectuera le contrôle de leur légitimité au regard de l'ordre public communautaire ? (2).

1. Nature des règles pouvant être considérées comme une entrave à la libre prestation de services.

78. Comme on l'a déjà relevé, la nature juridique ou le contenu des règles ou pratiques contestées importent moins que leur effet sur les échanges. La réglementation en question peut donc relever du droit public, du droit administratif, du droit économique ou même du droit privé contractuel. Ceci permet d'éviter des distinctions délicates selon la nature de la mesure incriminée qui peut

(160) Sur cet exemple, voy. W. VAN GERVEN, *op. cit.*, note 149, p. 46 selon lequel l'objectif de protection poursuivi par l'Etat interdisant la variabilité des taux pourrait être atteint par un régime moins contraignant, qui consisterait, par exemple, à imposer aux établissements de crédit l'obligation d'offrir aux candidats emprunteurs le choix entre un taux fixe ou variable et d'accompagner cette offre d'une information suffisante pour leur permettre de faire un choix en connaissance de cause.

(161) Pour un examen de la compatibilité de diverses normes et réglementations belges en matière bancaire au regard de l'intérêt général, voy. W. VAN GERVEN, *op. cit.*, note 149, p. 44-45. J. PARDON, *op. cit.*, note 158, p. 23 et suiv., du même auteur, "La distribution des "produits" bancaires, la loi applicable", Banque et droit, 1988, p. 33 et suiv.

(162) En ce sens, P. PEARSON, *op. cit.*, note 19, Rapport p. 9; W. H. ROTH, *op. cit.*, note 19, Rapport p. 6.

d'ailleurs avoir un caractère hybride. La qualité de l'autorité nationale (administrative ou judiciaire) chargée de contrôler la correcte application de cette mesure importe peu également.

On ne peut nier cependant qu'une certaine ambiguïté existe en matière d'assurance entre le contrôle des conditions contractuelles et l'application du droit du contrat. Dans ses arrêts du 4 décembre 1986, la Cour de Justice a admis le pouvoir de l'Etat d'imposer sa propre réglementation des conditions d'assurance à toutes les prestations fournies sur son territoire, pour autant que celles-ci concernent un risque nécessitant une certaine protection du preneur et que les règles de l'Etat membre de l'établissement ne suffisent pas à atteindre le niveau de protection nécessaire (163). L'article 18 de la deuxième directive LPS non-vie et l'article 19 de la deuxième directive LPS vie rappellent ces principes mais uniquement en ce qui concerne la légitimité du contrôle des conditions contractuelles par les autorités administratives nationales.

Même si la Cour de Justice n'est guère explicite sur le problème de la compétence législative et du droit applicable (voy. les attendus, n°s 40 et 41), les mêmes réserves liées à la condition de proportionnalité paraissent devoir assortir le principe même de l'application des règles impératives de droit privé aux contrats couvrant des risques (ou des engagements) situés sur le territoire de l'Etat destinataire de la prestation. Or, ni les articles 7 et 8 de la directive du 22 juin 1988, ni l'article 4 de la directive du 8 novembre 1990 ne formulent de telles réserves. Les articles 24 et 25 des propositions de troisième directive permettent de combler cette lacune.

79. La portée exacte de ces articles 24 et 25 quant à la nature des règles visées n'est guère facile à déterminer. Leur lecture suggère d'en limiter la portée aux éléments techniques ou juridiques qui *caractérisent* le produit offert par le prestataire de services. Sans doute est-ce en ce sens qu'il faut comprendre la distinction faite par la Commission CEE dans les documents préparatoires des troisièmes directives, entre les conditions d'assurance qui définissent l'étendue et le contenu des garanties et le droit contractuel qui concernerait davantage l'aménagement des obligations contractuelles des parties. Une telle conception permettrait certes de réduire la portée des articles 24 et 25, mais il n'est pas toujours facile de déterminer les clauses qui caractérisent le produit d'assurance. On remarquera d'ailleurs que les exemples donnés par la Commission CEE pour illustrer ces dispositions concernent des hypothèses où un produit type commercialisé dans un Etat membre n'est pas autorisé dans un autre Etat membre (contrat de capitalisation, assurance vie liée à des fonds d'investissements, assurance vie sur la tête d'enfants en bas âge, assurance rançon...). Ces exemples démontrent que les caractéristiques d'un contrat d'assurance dépendent autant d'éléments techniques que de considérations juridiques. Surtout dans ce dernier cas, les hypothèses proposées sont en définitive assez marginales par rapport à l'ensemble du marché.

On peut d'ailleurs se demander si cette présentation des choses ne simplifie pas exagérément les problèmes. Comme on l'a dit, un contrat d'assurance est formé d'un ensemble de clauses présentant à la fois des aspects techniques et juridiques. Introduire la notion d'intérêt général sous l'angle de la libre circulation des produits d'assurance étend virtuellement le contrôle opéré par la Cour de Justice à l'ensemble de ces aspects, y compris les règles impératives de droit privé contractuel. D'après la jurisprudence de la Cour, c'est l'effet restrictif des dispositions impératives sur la libre circulation des produits d'assurance, et non la nature de ces dispositions, qui importent.

80. Sous l'angle du droit international privé, ce sont bien entendu les lois de police au sens où nous les avons définies ci-dessus (lois de police économique ou lois de police contractuelle) qui nous paraissent sujettes en première ligne au contrôle du droit communautaire (164). En tant qu'expression d'une politique législative et d'un particularisme national, elles sont a priori suspectes. Plus largement encore, l'utilisation même de la notion de loi de police par le législateur

(163) Précités note 18, spéc. attendus n°s 40 et 41.

(164) Voy. P. PEARSON, *op. cit.*, note 19, p. 8; C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 19, Rapport p. 26, note 91; M. FALLON, "The law applicable...", *op. cit.*, note 19, Rapport p. 4, n° 10, W. H. ROTH, *op. cit.*, note 19, Rapport p. 6 et p. 21.

national, par un juge ou une administration nationale pourrait prêter à contestation de la part du prestataire de services. Une conception exagérément large de la notion de loi de police qui engloberait toutes les dispositions impératives de droit interne (165), l'utilisation d'un critère spatial illégitime étendant excessivement le domaine d'application d'une loi de police, de même que la création injustifiée d'une obligation d'assurance, pourraient également devoir céder devant les exigences de la libre circulation des produits d'assurance. Il devrait en être de même d'un usage inconsideré de l'exception d'ordre public international dans le but de faire prévaloir la législation nationale sur une législation étrangère déclarée applicable.

81. Un arrêt rendu le 24 octobre 1978 confirme que la Cour de Justice ne se refuse pas à exercer un contrôle sur l'application faite par un tribunal d'un Etat membre d'une loi de police ou de l'ordre public (166).

Dans cette affaire, la Société Générale alsacienne de banque s'était chargée à la demande de Monsieur Koestler, ressortissant allemand, d'exécuter pour son compte des opérations à terme sur valeurs mobilières à la bourse de Paris. Le solde positif ou négatif des spéculations était inscrit au compte courant ouvert au nom de M. Koestler dans les livres de la banque alsacienne. En raison des pertes subies, son compte enregistra un déficit important. Monsieur Koestler transféra alors son domicile en Allemagne et fut assigné devant le tribunal allemand en remboursement du découvert qu'il refusait de solder. Pour ne pas payer, il invoqua une disposition de la loi allemande qui exclut le recouvrement judiciaire de certaines dettes, notamment les dettes de jeu.

La Cour a refusé de voir dans la législation allemande une mesure discriminatoire à l'égard de la Banque française prestataire de services, car "le fait d'exclure des poursuites judiciaires, les dettes de jeu et les dettes assimilées à celles-ci ne saurait être considéré comme un traitement discriminatoire à l'égard d'un prestataire de service établi dans un autre Etat membre, si la même limitation s'applique à tout prestataire établi sur le territoire du même Etat, lorsqu'il fait valoir une créance de même nature, ce qui n'est pas contesté en l'occurrence". Elle en conclut que les articles 59 et 60 du Traité CEE n'ont pas pour effet de modifier l'application des dispositions législatives par lesquelles un Etat membre exclut le recouvrement judiciaire de certaines dettes, telles que les dettes de jeu et les dettes assimilées à celles-ci, à condition toutefois que l'application de ces dispositions se fasse sans discrimination, en droit et en fait, par rapport au traitement appliqué à des dettes similaires contractées sur le territoire de l'Etat en cause.

82. Si on fait abstraction de la question de l'existence en l'espèce d'une prestation de services au sens de l'article 59 du Traité CEE, l'intérêt de l'arrêt en ce qui concerne le droit international privé tient dans l'analyse que la Cour fait de l'application par un tribunal d'une disposition de droit matériel allemand empêchant de poursuivre le recouvrement de certaines créances, considérée comme faisant partie intégrante de l'ordre public allemand (ordre public international ou loi de police ?), alors même que le rapport contractuel était soumis au droit français. La Commission CEE estimait que l'applicabilité inconditionnelle de la législation boursière allemande n'était en aucun cas *objectivement justifiée*, ni *nécessaire* à la protection de l'ordre public allemand dans le cas où, de son propre gré, un ressortissant allemand conclut, en dehors de la sphère d'application de l'ordre juridique allemand, des opérations à terme régies par la législation d'un autre pays. L'intérêt général ne saurait justifier une telle "exportation" de l'ordre juridique allemand". En suivant les conclusions de l'Avocat général REISCHL, la Cour s'est montrée bien moins entreprenante que la Commission le souhaitait. Elle s'est en effet limitée à confronter l'application faite du droit allemand avec le principe de non discrimination. Sur ce point, elle ne pouvait se prononcer que dans le sens de la compatibilité de l'intervention de l'ordre public avec la liberté de

(165) Voy. à cet égard, l'article 28 quater, par. 2, de l'arrêté royal belge du 22 février 1991 (précité note 31), qui dispose 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.

(166) CJCE, 24 octobre 1978, aff. 15/78, Société générale alsacienne de banque C. Koestler, Rec., 1978, p. 1971. Sur cet arrêt voy. J. PARDON, *op. cit.*, note 158, p. 20.

prestation de services puisque la circonstance que la demanderesse était une personne morale étrangère n'avait joué aucun rôle dans l'affaire : la limitation imposée par l'ordre public allemand s'appliquait à tout prestataire établi sur le territoire du même Etat, lorsqu'il fait valoir une créance de même nature.

Il n'est pas certain que saisie d'une affaire similaire à l'heure actuelle, la Cour de justice tiendrait le même raisonnement. Le simple fait qu'une mesure nationale ne soit pas discriminatoire ne suffit pas à la rendre légitime aux yeux de la libre prestation des services. Selon sa jurisprudence actuelle, héritée il est vrai de l'arrêt Van Binsbergen (167), la Cour confronterait l'intervention de l'ordre public allemand aux critères de nécessité et de proportionnalité, comme la Commission le lui suggérait dès 1978. Tant en droit international privé qu'en droit communautaire, l'application qui fut faite du droit allemand par le tribunal ne paraissait pas irréprochable dès lors que le seul élément qui justifiait cette application était le changement de résidence de M. Koestler après la conclusion du contrat.

83. Il semble que les règles impératives de "pur droit interne", c'est-à-dire celles qui ne constituent pas des lois de police au sens que nous avons défini ci-dessus ne soient pas, elles non plus, à l'abri d'un contrôle de compatibilité avec le droit communautaire. L'approche suivie par la Cour semble cependant quelque peu différente à cet égard comme le révèle un arrêt récent du 24 janvier 1991 rendu, il est vrai, dans le domaine de la libre circulation des marchandises (168).

Dans cette affaire, la Cour de Justice était notamment interrogée sur la compatibilité de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui empêchait le vendeur professionnel de se prévaloir des clauses exonératoires de responsabilité prévues au contrat, avec l'article 34 du Traité CEE interdisant les restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toute autre mesure d'effet équivalent. La Cour répond que "la jurisprudence de la Cour de cassation française s'applique indistinctement à toutes les relations commerciales régies par le droit français et n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et de favoriser ainsi la production nationale ou le marché intérieur national. Par ailleurs, les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français" (attendu n° 15).

Bien que rendu dans le domaine de la libre circulation des marchandises, l'arrêt "Alsthom Atlantique" est intéressant à deux points de vue. D'abord, parce qu'il se prononce à propos d'une jurisprudence relative à une règle de droit privé contractuel, ensuite parce qu'il lie la solution au principe de l'autonomie des volontés en droit international privé. La seule possibilité offerte aux parties par ce principe de droit international privé, d'évincer la loi considérée comme restrictive par le choix d'une loi différente paraît servir d'argument pour considérer la jurisprudence de la Cour de cassation française comme compatible avec l'article 34 CEE. A contrario, il faut en déduire que la solution aurait été différente s'il s'était agi de règles de police qui s'appliquent indépendamment de la loi choisie par les parties. Le principe de l'autonomie des volontés reçoit ainsi ses lettres de noblesse au regard du droit communautaire. Il paraît en effet le plus apte à accomplir les objectifs du Traité dans le domaine de la libre circulation des marchandises et des services. On sait cependant que les règles de conflit communautaires en matière d'assurance ne laissent guère de place au principe d'autonomie de la volonté...

2. Mise en oeuvre de la notion d'intérêt général

84. Il faut bien admettre qu'il n'est pas aisé de prévoir avec certitude les implications pratiques que l'intérêt général pourrait avoir sur le droit applicable au contrat d'assurance. Toute mesure nationale impérative ou toute pratique qui aurait pour objet ou pour effet d'entraver la libre

(167) Précité note 140.

(168) CJCE, 24 janvier 1991, aff. n° 339/89, Alsthom Atlantique S.A. c/ Compagnie de construction mécanique Sulzer S.A., J.T., 1991, p. 350; Dall., 1991, Jur., 273, note C.J. BERR.

prestation des services devra être examinée à la lumière des critères fournis par la jurisprudence de la Cour de Justice. Selon l'attendu n° 27 de l'arrêt allemand du 4 décembre 1986 (169), la libre prestation des services ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi. En outre, les exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection des intérêts qui constitue l'objectif de celles-ci.

85. On sait que la Cour a admis que l'assurance était un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré et que cela pouvait justifier certaines restrictions à la libre prestation des services (attendu n° 30). La Cour qui a apprécié l'intérêt général uniquement sous cet angle et non, par exemple, sous celui de la nécessité du maintien de l'équilibre financier du secteur des assurances pour l'économie nationale, a admis cependant qu'il pouvait exister des cas où, en raison du caractère du risque assuré et du preneur d'assurance, il n'y avait aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles *impératives* de son droit national (attendus n°s 49 et 50). Pourrait donc être condamnée une règle de droit national ou de droit international privé, ou même une pratique qui imposerait à un assureur prestataire le respect de certaines dispositions impératives (au sens du droit interne ou du droit international privé) dans des hypothèses où aucun besoin de protection du preneur d'assurance n'est justifié.

86. Après avoir vérifié si l'intérêt que cette réglementation vise à protéger est un intérêt justifié au sens du droit communautaire, chaque Etat membre, avant d'invoquer sa propre réglementation, doit, en vertu du principe d'équivalence, contrôler si la réglementation de l'Etat membre d'établissement du prestataire ne garantit pas une protection suffisante du même intérêt. Un assureur établi dans la CEE devrait pouvoir proposer ses produits dans un autre Etat membre, si ceux-ci présentent des garanties équivalentes à celles du pays de la prestation.

Cette comparaison présente des difficultés pratiques considérables non seulement pour l'autorité de contrôle mais aussi pour les autorités judiciaires, qui font douter de l'opportunité d'une transposition de principes dégagés par l'arrêt Cassis de Dijon aux produits d'assurance. Prise au pied de la lettre, elle obligerait l'autorité de contrôle dans le cadre d'un examen des conditions contractuelles ou le juge dans le cadre d'un litige à vérifier si l'intérêt protégé par une ou plusieurs règles impératives de leur ordre juridique n'est pas suffisamment sauvegardé par une règle similaire existant dans le pays d'établissement de l'assureur. De plus, une telle obligation paraît s'inscrire en contradiction complète avec le système de droit international privé prévu par les directives communautaires en matière d'assurance. Celui-ci, on le sait, donne rarement un titre à l'application de la loi du pays d'établissement de l'assureur (cette possibilité est laissée à la discrétion des Etats membres s'ils souhaitent opter pour un choix élargi). C'est ici qu'apparaît un déséquilibre fondamental dans le système proposé par les directives. Alors que le droit communautaire tend à l'application du droit de l'Etat membre d'origine seul susceptible de permettre au prestataire de fournir ses services sur la base de sa propre loi, les règles de conflit prévues par les directives en assurance donnent au contraire le plus souvent compétence à l'Etat membre où le risque est situé ou à l'Etat membre de la résidence habituelle du preneur (170). Le but de protection qui, selon la Commission CEE, justifie cette solution (171) va bien au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle s'impose même lorsque ce besoin de protection n'existe pas, c'est-à-dire lorsque le preneur s'adresse lui-même à l'assureur établi dans un autre Etat membre que le sien. Les quelques correctifs adoptés permettant un choix élargi dans certaines hypothèses ne paraissent pas suffisants pour écarter cette objection fondamentale.

(169) Précité note 158.

(170) En ce sens, W. H. ROTH, *op. cit.*, note 19, Rapport p. 3.

(171) G. LEVIE et M. DE FRUTOS GOMEZ, *op. cit.*, note 135, n° 11.815.

Plutôt que de tenter de corriger par le recours à la notion d'intérêt général, le caractère excessivement rigide des règles de conflit, il aurait mieux valu aménager ces règles de façon à permettre plus largement l'application de la loi du lieu d'établissement de l'assureur par la voie d'un élargissement de l'autonomie des parties dans les hypothèses où la protection du preneur n'est pas requise. L'article 5 de la Convention de Rome, on l'a dit, paraît mieux répondre à cette préoccupation, ce qui ne manque pas d'un certain piquant, puisque les risques situés hors CEE bénéficient d'un régime de droit international privé plus souple que les risques situés dans la CEE.

A la vérité, on aurait certainement pu se satisfaire des règles de la Convention de Rome pour résoudre la question du droit applicable au contrat d'assurance. C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue pour les contrats bancaires, puisqu'à la différence des directives relatives aux assurances, les directives bancaires ne comportent aucune règle de conflit spécifique. D'aucuns s'étonneront que, pour une fois, les solutions retenues pour les banques n'aient pas été jugées satisfaisantes pour les assurances...

87. L'application des règles de nécessité et de proportionnalité ne peut pas non plus se satisfaire d'une transposition pure et simple des solutions retenues en matière de libre circulation des marchandises. L'assimilation des marchandises aux produits financiers doit se limiter à une simple analogie de raisonnement fondée sur les critères employés pour juger de la légitimité d'une entrave. Ainsi dans le cadre de sa jurisprudence sur la libre circulation des marchandises (art. 30 et suiv. CEE), la Cour a considéré comme excessive la quasi-totalité des réglementations nationales qui se prévalaient d'un objectif de protection des consommateurs ou de loyauté des transactions commerciales, au motif que de tels objectifs, légitimes au regard du droit communautaire, pouvaient être atteints aussi efficacement par d'autres moyens qui entravent moins les échanges, tels que, par exemple, une information convenable du consommateur au moyen d'un étiquetage approprié ou d'une désignation correcte et explicite (172). Il est clair qu'une telle argumentation ne pourrait être soutenue pour juger de la compatibilité d'une règle impérative de droit privé contractuel au droit communautaire : la transparence des produits ou une information complète ne suffirait pas dans ce cas à atteindre l'objectif de protection poursuivi par ces règles, dont l'objet est précisément d'imposer un contenu déterminé au contrat (173). L'argument est probablement moins déterminant lorsqu'il s'agit d'une entrave purement technique. Dans ce cas, on peut concevoir qu'une bonne information du preneur accompagnée d'une transparence suffisante du produit lui-même pourrait suffire. C'est en ce sens que se dirige apparemment l'article 27 de la proposition de troisième directive vie (174) qui prévoit dans le détail les informations qui doivent être fournies au preneur avant la conclusion et pendant la durée du contrat.

88. Il ressort de l'ensemble de ces considérations sur la notion d'intérêt général qu'on ne peut définir de façon précise comment cette notion s'imbriquera dans le système général de droit international privé conçu par les directives européennes. Nous croyons que c'est la conception même de produit financier ainsi que son corollaire, la transposition de la jurisprudence "Cassis de Dijon" aux services d'assurance, qui est à la base de ces difficultés. Appliquée aux aspects juridiques du contrat, cette jurisprudence entre en contradiction complète avec les solutions prévues par les règles de conflit et va jusqu'à hypothéquer l'ensemble du système de droit international privé introduit par les directives communautaires.

De plus, à supposer que le système soit viable, la sécurité nécessaire des opérations d'assurance empêche que l'on puisse se contenter d'une notion aussi vague dont le contenu relèverait d'une appréciation au cas par cas de la Cour de Justice. Il est indispensable d'identifier les règles qui

(172) A. MATTERA, *"Le marché unique européen"*, 2ème éd., Paris, Jupiter 1990, p. 247 et les réf. citées p. 293 à 295.

(173) W. H. ROTH, *op. cit.*, note 19, p. 17.

(174) Précitée note 4.

pourront être opposées par l'Etat de la prestation au titre de l'intérêt général. Comme l'article 19, par. 4, de la deuxième directive bancaire (175), les articles 28, par. 4, de la proposition de troisième directive vie et de la proposition de troisième directive non-vie permettent de donner un fondement juridique à cette recherche, puisqu'ils prévoient qu'avant que la succursale de l'entreprise d'assurance ne commence à exercer ses activités, l'autorité compétente de l'Etat membre de la succursale doit indiquer le cas échéant, les conditions dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, ces activités doivent être exercées dans l'Etat membre de la succursale.

*

CONCLUSION

La plupart des notions envisagées dans la présente étude expriment, à un titre ou à un autre, les exigences d'un ordre public déterminé (national ou communautaire) par rapport à un principe de liberté (autonomie de la volonté, libre choix de la loi applicable, libre prestation des services). A ce titre, elles sont dépourvues de contenu précis et se définissent avant tout par leur rôle fonctionnel. Tel est le cas principalement des notions de lois de police, d'ordre public interne ou international et d'intérêt général. La question fondamentale qui se pose est de savoir si l'on peut construire sur ces concepts un régime suffisamment certain et précis pour un déroulement ordonné des opérations d'assurance en liberté de prestation de services. Rien n'est moins sûr. Le recours à ces notions, dont le contenu dépend essentiellement de la jurisprudence et de la théorie générale du droit international privé ou communautaire, pourrait entamer la sécurité que le contrat d'assurance est censé procurer. Il sera en effet difficile pour les parties de prévoir avec suffisamment de certitude l'usage que le juge national ou communautaire pourrait faire de son propre ordre public ou éventuellement d'un ordre public étranger et d'en déduire les conséquences sur le contrat. Tout se passe en réalité comme si le pouvoir que les autorités communautaires et les Etats membres n'ont pas pu ou n'ont pas voulu exercer était remis entre les mains des juges, arbitres ultimes des difficultés que le droit applicable au contrat pourraient susciter.

Tant sur le plan du droit international privé que du droit communautaire, ces incertitudes résultent, il est vrai assez naturellement, du concours et de la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux.

L'harmonisation du droit matériel des contrats d'assurance dans la CEE pourrait assurément simplifier les problèmes, à supposer qu'une volonté politique commune des Etats membres existe en ce sens. Toutefois, on ne peut pas non plus exagérer les bienfaits de cette harmonisation ni lui attribuer des vertus qu'elle ne comporte pas. Une harmonisation complète semble difficilement envisageable au regard de la complexité et de l'ampleur de la législation de certains Etats membres relative au contrat d'assurance. Seul un socle commun pourrait être envisagé à l'exclusion des réglementations particulières concernant certaines branches d'assurance (assurance incendie, protection juridique, assurance vie, assurances obligatoires...). De plus, la portée de cette harmonisation reste à définir : socle intangible pour les Etats membres ou protection minimale ?

Qu'on le veuille ou non, il semble difficile de faire l'économie d'un système de droit international privé. Celui proposé par les directives ou propositions de directives communautaires relatives aux assurances n'a certes pas l'avantage de la simplicité. Les multiples hypothèses envisagées (surtout en assurance non-vie), l'intervention des lois de police et la superposition des systèmes de droit international privé des Etats membres en témoignent. Bien qu'apparemment inspirées des règles de conflit de la Convention de Rome, les règles de conflit des directives s'en distinguent assez fondamentalement tant sur le plan du contenu que sur celui des conséquences. Les règles de Convention de Rome semblent plus claires, plus simples et paraissent curieusement mieux servir les objectifs communautaires. La question se pose donc de l'opportunité d'un ralliement aux règles de la Convention de Rome en matière d'assurance, solution qui a prévalu en matière bancaire. A

(175) Précitée note 152.

défaut, une simplification pourrait à tout le moins être poursuivie dans le cadre des négociations sur les propositions de troisième directive en assurance vie et non-vie.

Dans la perspective d'une application même temporaire des règles de conflit communautaires, il conviendrait à tout le moins de procéder à une identification des dispositions législatives ou réglementaires nationales qui pourraient relever de la catégorie des normes impératives au plan interne et international, ou de l'intérêt général au plan communautaire. Ce travail qui aurait uniquement valeur de référence permettrait sans doute aux opérateurs de déterminer avec plus de certitude le cadre normatif de leurs activités. Il faut éviter en effet que l'imprévisibilité des solutions découlant des règles de conflit devienne à l'expérience une entrave plutôt qu'un incitant à l'exercice d'activités en prestation de services.

B. DUBUISSON
Décembre 1991