

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**Le consommateur européen face au marché unique de
l'assurance : mythes et réalités**

par Bernard DUBUISSON

Doc. 93/6

Publié in
Bull. Ass., 1992-3, pp. 401-437
D.C.C.R., juillet 1992, pp. 1080-1111
Mis à jour en avril 1993

LE CONSOMMATEUR EUROPEEN FACE AU MARCHÉ UNIQUE DE L'ASSURANCE : MYTHES ET REALITES

I. INTRODUCTION

1. Le Marché unique est souvent présenté comme la terre promise du consommateur européen. Les bénéfices de l'intégration des marchés nationaux d'assurance, restés jusqu'ici fortement cloisonnés, lui sont principalement réservés. Selon le message communautaire devenu traditionnel, la réalisation du Marché intérieur élargira en effet la gamme des produits d'assurance offerts et permettra ainsi au consommateur de trouver au meilleur prix la couverture la plus appropriée à ses besoins.

Les différents acteurs du marché sont toutefois loin de s'accorder sur les profits réels qui pourront être recueillis par le consommateur à la suite de l'ouverture des frontières. Les uns mettent en garde contre les dangers d'une dérégulation poussée à l'extrême dans un secteur où la sécurité des engagements doit rester la règle d'or, les autres soulignent les entraves qui continueront à subsister en dépit des directives communautaires adoptées ou en voie d'adoption, et qui dissuaderont en fait les consommateurs de s'adresser à des compagnies d'assurance étrangères.

2. Notre propos n'est pas ici de prolonger cette polémique et encore moins de tenter une réconciliation. Les arguments des uns et des autres se fondent nécessairement sur des choix de politique économique dans lesquels nous n'avons pas à entrer.

Notre examen consistera à vérifier si et dans quelle mesure les textes adoptés ou en voie d'adoption dans le secteur des assurances permettent de satisfaire les objectifs définis dans le cadre du Marché intérieur : l'élargissement de la gamme des produits offerts moyennant un degré de protection satisfaisant du consommateur.

Il s'agit, en d'autres termes, de mesurer l'ouverture que les générations successives de directives relatives à l'assurance réalisent ou réaliseront en termes d'offre et d'accès aux produits d'assurance étrangers. On étudiera corrélativement la nature et l'efficacité des mesures de protection prises en faveur du consommateur.

L'abondance et la technicité des textes ne nous permettent évidemment pas de les analyser en détail. Compte tenu de l'objet de l'étude, les aspects liés au produit d'assurance et à

la protection des consommateurs seront privilégiés par rapport à ceux qui concernent l'entreprise d'assurance et le contrôle de ses activités.

II. PRELIMINAIRES

3. Idéalement, l'ouverture des frontières et l'intégration des marchés nationaux d'assurance devraient permettre aux consommateurs européens d'accéder à des produits étrangers éventuellement moins chers ou mieux appropriés que ceux qui lui sont proposés par les sociétés du pays où il réside.

Cette affirmation mérite d'être confrontée aux différents textes communautaires destinés à encadrer le Marché unique de l'assurance. Avant cela, quelques remarques d'ordre terminologique s'imposent concernant les notions de « consommateur », de « produit d'assurance » et de « produit d'assurance étranger ».

4. *Consommateur* : les directives communautaires relatives à l'assurance ne comportent aucune définition du terme « consommateur ». On verra que les critères utilisés pour distinguer les risques couverts selon leur nature ou leur importance ne reposent pas directement sur la qualité de consommateur ou de professionnel du preneur d'assurance. Par convention, nous entendrons donc par « consommateur », toute personne physique qui, dans les transactions auxquelles elle souscrit, agit à des fins dont on peut considérer qu'elles n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ¹. Cette définition limite notre approche aux risques des particuliers à l'exclusion des risques industriels et commerciaux.

5. *Produit* : la notion de « produit » utilisée fréquemment dans le contexte du Marché unique peut surprendre lorsqu'elle s'applique à l'assurance.

Cet emploi répandu dans l'ensemble des services financiers témoigne d'une tendance à l'objectivation du rapport contractuel qui naît de l'assurance, et qui s'explique par une volonté clairement affirmée des autorités communautaires de faire bénéficier ces contrats de la même liberté de circulation ou de commercialisation que celle dont profitent les marchandises.

Cette focalisation sur le produit au détriment du service est par ailleurs révélatrice d'une certaine conception de l'assurance inspirée du modèle de l'économie de marché. Nous verrons qu'une telle assimilation se révèle parfois exagérément simplificatrice, sinon

¹ Il s'agit de la définition retenue par l'article 2 de la proposition modifiée de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° C 73 du 24 mars 1992, p. 7.

mystifiante, au regard de la complexité et de la spécificité de la relation d'assurance ². Ses insuffisances transparaissent d'ailleurs dans la notion de « produit étranger ».

6. *Produit étranger* : le concept de « produit étranger » transposé à l'assurance est en lui-même ambigu. Pour les marchandises, l'extranéité se vérifie aisément par rapport à la provenance et à la destination du produit. En assurance, l'extranéité est bien plus difficile à caractériser.

Quels sont les critères permettant de qualifier un produit d'assurance d'étranger ?

Le seul fait que l'assurance soit souscrite auprès d'une entreprise établie à l'étranger ne suffit probablement pas à cette qualification. Encore faut-il que les aspects juridiques et techniques de ce « produit » soient eux aussi régis par la réglementation étrangère.

Notre point de vue étant celui du consommateur, nous considérerons comme produits d'assurance étrangers, les produits proposés par une société de droit étranger dont les caractéristiques matérielles, juridiques et techniques, sont configurées par le droit étranger.

7. Ces précisions étant faites, nous pouvons tenter de mesurer l'ouverture que les générations successives de directives réalisent au bénéfice du consommateur.

Le Marché unique de l'assurance repose classiquement sur trois piliers ou trois générations de directives dans le secteur de l'assurance non-vie et de l'assurance vie. Les travaux sur la troisième génération de directives, sans doute la plus importante, viennent d'être adoptées, respectivement le 18 juin 1992 pour l'assurance non-vie, et le 10 novembre 1992 pour l'assurance vie.

III. LES DIRECTIVES DE PREMIERE GENERATION : LE DROIT D'ETABLISSEMENT

8. Les directives relatives à l'établissement en assurance vie et non-vie constituent à n'en pas douter un premier pas appréciable dans le processus d'intégration du marché de l'assurance ³. Elles donnent en effet aux entreprises d'assurance communautaires le droit de s'établir dans n'importe quel pays de la Communauté sous la forme, par exemple, d'une agence ou d'une succursale, selon des conditions objectives et équivalentes à celles qui sont imposées aux entreprises du pays d'accueil, et sans discrimination par rapport à ces entreprises.

² Voy. D. KESSLER, « Equilibre ou déséquilibre des marchés d'assurance en Europe ? », *Risques*, n° 8, 1991, pp. 41-68.

³ Directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice, *J.O.C.E.*, n° L 228 du 16 août 1973; directive 79/267/CEE du 5 mars 1979 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance sur la vie, et son exercice, *J.O.C.E.*, n° L 63 du 1^{er} mars 1979.

En bref, ces deux directives subordonnent l'accès aux activités d'assurance à l'octroi d'un agrément administratif délivré dans tous les Etats membres selon des conditions juridiques et financières comparables et selon une procédure uniforme. Les garanties financières à fournir dans le cours de ces activités sont également harmonisées par l'instauration d'une marge de solvabilité et d'un fonds de garantie dont les éléments constitutifs, les méthodes de calcul et le niveau sont similaires pour les douze Etats membres de la Communauté. En revanche, ces directives n'harmonisent pas le calcul ni la représentation des provisions techniques, pas plus que le droit du contrat ou le droit fiscal.

9. Bien qu'elles aient une importance déterminante pour l'activité des entreprises d'assurances, ces dispositions n'ont pas provoqué de changements perceptibles pour le consommateur sur le plan de la gamme des produits offerts. L'établissement d'une entreprise d'assurance dans un pays de la Communauté, même subordonné à des conditions juridiques et financières équivalentes, emporte en effet soumission à l'ensemble de la réglementation du pays où elle s'établit. Pour peu que cette réglementation soit contraignante, les possibilités d'innovation en terme de produits sont très réduites. Ainsi la succursale d'une entreprise d'assurance dont le siège social se situe dans un pays connaissant une réglementation plus libérale n'est pas pour autant autorisée à distribuer les produits d'assurance commercialisés dans le pays de son siège social, si ces produits ne satisfont pas à la législation du pays où elle est établie ⁴.

Le système de la licence unique qui sera bientôt mis en place par les directives dites de « troisième génération » effacera ces restrictions puisque l'agrément unique délivré dans le pays du siège social de l'entreprise couvrira également les activités des succursales, celles-ci étant contrôlées par les autorités du pays d'origine et soumises pour l'essentiel à la réglementation de ce pays (voir infra n° 24).

10. Pour l'heure, les directives relatives au droit d'établissement, adoptées en 1973 pour l'assurance non-vie et en 1979 pour l'assurance vie et transposées dans tous les Etats membres, n'ont donc pas réellement porté atteinte aux structures divergentes des contrôles existant dans les différents Etats ni surmonté le cloisonnement des marchés nationaux d'assurance.

⁴ Voy. G.M. DICKINSON, « L'intégration des marchés européens de l'assurance : une vision britannique », *Rev. Marché Commun*, 1991, p. 632.

IV. LES DIRECTIVES DE DEUXIEME GENERATION : LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES A CONTENU VARIABLE

11. La liberté de prestation de services dans le secteur des assurances doit permettre à une entreprise établie sur le territoire d'un Etat membre de couvrir un risque situé sur le territoire d'un autre Etat membre sans devoir y disposer d'un établissement, et cela dans des conditions similaires à celles imposées aux entreprises établies.

A la différence du droit d'établissement, la libre prestation de services suscite ouvertement un conflit de compétences législatives entre la réglementation de contrôle du pays où est établi l'assureur et celle du pays où il entend exercer des activités.

Ce conflit n'a pu être résolu que grâce à l'effet psychologique du Libre blanc de la Commission européenne et aux principes posés par la Cour de justice dans ses arrêts du 4 décembre 1986 ⁵.

12. Un des fondements du Libre blanc repose en effet sur l'attribution à terme du contrôle aux autorités du pays du siège social de l'entreprise (home country control). Les arrêts de la Cour de justice, principalement l'arrêt allemand, ont eu pour mérite essentiel de définir les conditions auxquelles était subordonné l'exercice de la liberté de prestation de services au sens de l'article 59 du Traité CEE dans le domaine des assurances, compte tenu des disparités des législations nationales à ce moment ⁶.

Dans l'arrêt rendu contre la République Fédérale d'Allemagne, la Cour de justice observe notamment que le secteur de l'assurance constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré, et que l'Etat destinataire de la prestation de service est donc en droit d'imposer l'application sur son territoire de sa propre réglementation concernant les réserves techniques, les valeurs représentatives de ces réserves et les conditions d'assurance, dès lors que ces aspects n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation et que les restrictions qui en découlent sont proportionnées à l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est objectivement nécessaire pour réaliser cet objectif (attendus n° 30 et 41).

Toutefois, la Cour souligne que les raisons de protection du preneur d'assurance et de l'assuré n'ont pas la même importance pour tout le secteur de l'assurance et qu'il peut même

⁵ C.J.C.E., 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Commission c/ République Fédérale d'Allemagne, Aff. 206/84, Commission c/ Irlande, Aff. 252/83, Commission c/ Royaume du Danemark, Aff. 220/83, Commission c/ République française, *Rec.*, 1986, p. 3755 et suiv.

⁶ Pour un commentaire, voy. notamment, J. BIANCARELLI, « L'évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté de prestations de services dans le secteur des assurances », *Rev. Marché Commun*, 1987, pp. 35-49; B. DIRICKX, « La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance directe », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1987, p. 388; J. STEENBERGEN, « La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance », *Cah. Dr. Eur.*, 1987, p. 526; H. CLAASSENS, Note sous C.J.C.E., 4 déc. 1986, *Bull. Ass.*, 1987, pp. 73-89; J. STEENLANT et H. VANHEES, « Vrije vestiging in dienstverlening in de verzekeringssector », *R.W.*, 1987-1988, p. 105-118.

exister des cas où, en raison du caractère du risque assuré et du preneur d'assurance, il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national (attendu n° 49).

13. Les directives dites de « deuxième génération » s'appliquent à mettre en œuvre cette distinction non autrement définie par la Cour, afin de relancer le processus de libéralisation entamé dans les années 70. Elles ne procèdent toutefois pas à l'harmonisation complémentaire des dispositions nationales considérées par la Cour de justice comme essentielles, mais définissent uniquement les modalités d'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services, compte tenu du degré de protection requis par la qualité du preneur ou la nature du risque assuré. Cette protection étant considérée comme nécessaire pour les consommateurs, on entrevoit que l'espace de liberté ouvert par les directives de deuxième génération ne pourra guère leur profiter, ou seulement de façon limitée.

A. Les grands risques et les risques de masse dans les directives LPS non-vie du 22 juin 1988 et LPS auto du 8 novembre 1990

14. Adoptées dans le prolongement des arrêts du 4 décembre 1986, les directives sur la libre prestation des services en assurance non-vie (ci-après LPS non-vie) ⁷ et en assurance automobile (ci-après LPS auto) ⁸ sont marquées par la distinction fondamentale entre les grands risques qui ne nécessitent pas une protection particulière du preneur ou de l'assuré dans le pays de la prestation, et les risques de masse qui requièrent cette protection ⁹.

⁷ Directive du Conseil 88/357/CEE du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, *J.O.C.E.*, n° L 172 du 4 juillet 1988, p. 1. Cette directive est entrée en vigueur le 1er juillet 1990. Pour une bibliographie récente, voy. G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 218-219; J.L. FAGNART, « Examen de jurisprudence, les Assurances terrestres (1981 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1991, p. 694, n° 5; J.M. DE FRUTOS-GOMEZ, « Vers un Marché intérieur des assurances », *Rev. Marché unique*, 1991, pp. 45-100.

⁸ Directive du Conseil 90/618/CEE modifiant, en ce qui concerne plus particulièrement l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, les directives 79/239/CEE et 88/357/CEE qui portent coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *J.O.C.E.*, n° L 330 du 29 novembre 1990. Son entrée en vigueur est fixée au 20 novembre 1992.

⁹ Les grands risques sont définis par l'article 5 de la directive du 22 juin 1988. Il s'agit :
- des risques maritime, aviation, transport;
- des risques crédit caution lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité commerciale ou libérale et que le risque est relatif à cette activité;
- des risques incendie, autres dommages aux biens, responsabilité civile générale, pertes pécuniaires diverses, lorsque le preneur dépasse au moins deux des trois critères énoncés : compter au moins 500 employés ou salariés, réaliser 24 millions d'Ecus de chiffre d'affaires ou disposer de 12,4 millions d'Ecus au bilan. Ces seuils seront réduits de moitié à partir du 1er janvier 1993. Sans attendre cette échéance, plusieurs Etats membres sont passés sans transition aux seuils prévus pour la seconde étape (Belgique, Allemagne, France, Pays-Bas).

Les grands risques, qui se définissent par leur nature ou par la qualité du preneur ¹⁰ sont soumis, pour l'essentiel, aux règles et pratiques de contrôle du pays d'établissement de l'assureur (home country control), tandis que les risques de masse, qui comprennent tous les autres, peuvent être soumis aux règles et pratiques de contrôle du pays où le risque est situé (host country control).

15. L'exercice des activités d'assurance en liberté de prestation de services pour la couverture de risques de masse n'est certes pas exclu, mais il peut être soumis à des conditions plus strictes, qui apparentent en définitive le régime de contrôle prévu au régime de l'établissement. L'Etat membre de la prestation, c'est-à-dire l'Etat sur le territoire duquel le risque est situé ¹¹, peut en effet soumettre l'exercice de la libre prestation de services à un agrément administratif (art. 15). Il peut également maintenir ou introduire des dispositions normatives en ce qui concerne l'approbation des conditions générales et spéciales des polices d'assurances et des tarifs, dans le respect toutefois des conditions de proportionnalité et de nécessité (art. 18 § 1). Le calcul des provisions techniques, la représentation et la localisation des actifs se font selon les règles et sous le contrôle de l'Etat de la prestation (art. 23 § 1). Dans la plupart des cas, la loi applicable au contrat sera celle de la résidence habituelle du preneur (art. 7, § 1, a).

16. Cette présentation très succincte fait clairement apparaître que le consommateur européen ne peut véritablement profiter de la libéralisation partielle des activités d'assurance non-vie et automobile pour accéder à des produits étrangers. En effet, la souscription par un consommateur d'un contrat auprès d'une entreprise étrangère, bien que non exclue a priori, peut être soumise par l'Etat membre où le risque est situé, pour des raisons de protection, au régime de contrôle applicable aux entreprises établies, obligeant ainsi l'entreprise d'assurance à se conformer aux règles impératives gouvernant la structure et le contenu du produit.

Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée. Selon les termes mêmes des directives, le régime de contrôle plus contraignant applicable aux risques de masse ne s'impose pas aux Etats membres. Il leur est présenté comme une simple faculté. Deux pays, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, n'ont pas fait usage de cette faculté lors de la transposition de la directive LPS non-vie dans leur législation nationale, de sorte que la couverture des risques de masse

La directive LPS auto du 8 novembre 1990 ajoute aux branches susvisées les risques corps de véhicule terrestre et R.C. véhicules terrestres automoteurs, et étend par conséquent à l'assurance automobile la distinction entre grands risques et risques de masse.

¹⁰ Voir ci-dessus note 9.

¹¹ L'Etat membre où le risque est situé est défini par l'article 2 d) de la directive du 22 juin 1988. Il s'agit de l'Etat de situation des biens lorsque l'assurance est relative soit à des immeubles, soit à des immeubles et à leur contenu; de l'Etat d'immatriculation lorsque l'assurance est relative à un véhicule; de l'Etat du lieu de conclusion du contrat, pour l'assurance voyage d'une durée égale ou inférieure à 4 mois; de l'Etat membre de la résidence habituelle du preneur dans tous les autres cas.

localisés sur leur territoire bénéficient grosso modo du régime de contrôle applicable aux grands risques. Comme ces Etats ont déjà une tradition libérale dans le secteur des assurances, l'effet positif pour les consommateurs anglais et hollandais sur le plan de la gamme des produits offerts sera vraisemblablement peu ressenti. De plus, l'assureur non établi pourrait être contraint d'adapter son contrat au droit anglais ou hollandais en vertu des règles de conflit. En effet, si le lieu de résidence habituelle du preneur coïncide avec le lieu où le risque est situé (cas le plus fréquent), le contrat d'assurance conclu avec l'opérateur étranger sera soumis en principe à la loi du pays du risque, à moins que la loi de ces pays n'accordent une liberté de choix plus large ¹². Il faut reconnaître cependant que le respect de ces droits n'est guère contraignant car ils comportent peu de dispositions impératives ¹³.

B. La libre prestation de services active et passive dans la directive LPS vie du 8 novembre 1990

1. *L'initiative du consommateur ou de l'assureur*

17. La directive communautaire sur la libre prestation de services en assurance vie du 8 novembre 1990 (ci-après LPS vie) ¹⁴ ne reprend pas la distinction entre grands risques et risques de masse qui prévaut en assurance non-vie. Il est apparu qu'en assurance vie le bénéficiaire était presque toujours une personne physique et que cette personne méritait d'être protégée, quelle que soit la qualité du preneur. On s'étonnera seulement que le même argument n'ait pas été soulevé en faveur des victimes pour les assurances de la responsabilité civile. De plus, cette argumentation, qui justifie le rejet de la distinction entre grands risques et risques de masse, ne rend pas compte de façon cohérente du système finalement retenu.

18. La directive LPS vie retient en effet une distinction fondée non plus sur des critères objectifs, qualitatifs ou quantitatifs, tenant à la nature du risque ou à la qualité du preneur, mais sur les modalités de souscription du contrat suivant que celui-ci a été conclu à l'initiative du preneur (LPS passive) ou de l'assureur (LPS active). Le preneur qui prend l'initiative de s'adresser à un assureur établi dans un autre Etat est en effet censé manifester la volonté de se soustraire à la réglementation de son pays de résidence et renoncer ainsi

¹² Sur les difficultés que suscite cet enchaînement de deux règles de conflit et la façon dont ce mécanisme a été transposé dans les législations des Etats membres, voir B. DUBUISSON, « Unité ou diversité des notions d'intérêt général, d'ordre public et de normes impératives dans les directives communautaires relatives aux assurances », Rapport présenté au colloque U.C.L.-K.U.L. des 11 et 12 octobre 1991. A paraître dans les Actes du colloque.

¹³ Voir, Comité Européen des Assurances, « Les droits du contrat d'assurance dans la C.E.E. », mai 1990.

¹⁴ 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, J.O.C.E., n° L 330 du 29 novembre 1990, p. 50 (entrée en vigueur : le 20 novembre 1992).

implicitement à la protection que celle-ci lui accorde. Le contrat conclu selon ce procédé peut par conséquent échapper à la réglementation de contrôle du pays de résidence habituelle du preneur pour être soumis, comme les grands risques en assurance non-vie, à la réglementation du pays d'établissement de l'assureur (home country control). Pour éviter toute surprise, avant de souscrire l'assurance, le preneur est tenu de signer une déclaration formelle selon laquelle il prend acte que l'engagement est soumis aux règles de contrôle de l'Etat d'établissement de l'assureur (article 13, § 2; le texte de la déclaration figure au point B de l'annexe). La libre prestation de services est dite « passive » car la compagnie d'assurance n'a procédé à aucune démarche commerciale ciblée pour susciter la souscription.

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

2. Le consommateur actif en LPS passive

19. La libéralisation partielle résultant de la deuxième directive LPS vie n'est pas, comme dans la deuxième directive LPS non-vie, réservée à certaines catégories de preneurs ou à certains risques. Le consommateur n'en est pas exclu par principe. Il peut profiter du régime de contrôle plus libéral applicable aux contrats souscrits en LPS passive s'il prend lui-même l'initiative de s'adresser à une entreprise non établie ¹⁵.

L'espace de la liberté ainsi ouvert au consommateur européen serait cependant dérisoire, si celui-ci ne devait compter que sur lui-même pour effectuer ces démarches à l'étranger. Les possibilités de promotion commerciale étant extrêmement réduites en LPS passive - seule une publicité non ciblée paraît autorisée -, on peut craindre que le consommateur ne dispose ni de l'information, ni de la compétence nécessaires pour souscrire un contrat d'assurance hors de son pays de résidence. Le rôle des intermédiaires d'assurance s'avère donc primordial. Comment s'inscrit-il dans le schéma de la LPS passive ?

¹⁵ A vrai dire, on ne voit pas pourquoi la souscription en LPS passive ne devrait pas aussi être permise dans le domaine des assurances non vie. Cette modalité découle en droite ligne de l'article 59 du Traité CEE qui, on le sait, a un effet direct dans le droit interne des Etats membres.

20. Même si la directive ne le dit pas explicitement, le preneur d'assurance peut tout d'abord s'adresser à un courtier d'assurance ou même à un agent d'assurance établi à l'étranger, dans le pays où il désire souscrire le contrat ¹⁶. Selon le Cour de justice, en effet, la circonstance que le contrat d'assurance a été négocié à l'aide d'un intermédiaire non mandaté par l'entreprise d'assurance étrangère ne saurait changer la nature du contrat en tant que prestation de service fournie par cette dernière entreprise au preneur d'assurance ¹⁷. Dans la plupart des cas cependant, le consommateur éprouvera les mêmes difficultés à contacter un intermédiaire étranger qu'un assureur établi à l'étranger.

Afin de se procurer des informations sur des contrats d'assurance offerts par des entreprises établies dans d'autres pays de la Communauté et de souscrire éventuellement un engagement auprès de ces entreprises, le preneur aura plutôt tendance à s'adresser à un courtier établi dans le pays de sa résidence habituelle. Cette circonstance est expressément visée par l'article 13 § 1, de la directive dans le contexte de la LPS passive. La référence au courtier, à l'exclusion d'autres intermédiaires, s'explique théoriquement par son statut d'indépendance, seul à même de préserver l'initiative du preneur. Pour garantir la « pureté » de cette initiative et prévenir les fraudes, le preneur est tenu de signer, avant que tout contact soit pris avec l'entreprise d'assurance, une déclaration standardisée attestant qu'il souhaite que le courtier recherche des formules d'assurance dans un ou plusieurs Etats membres, autres que celui où il a sa résidence habituelle (art. 13 § 1, le texte de la déclaration figure au point A de l'annexe). La mesure est toutefois purement formelle. En pratique, les modalités d'intervention du courtier seront très difficiles à connaître et à contrôler.

21. La possibilité accordée aux courtiers d'intervenir en LPS passive et d'échapper ainsi à la législation de contrôle du pays de résidence, a entraîné de vives oppositions de la part de certains Etats, en raison du caractère théorique de l'indépendance de certains courtiers à l'égard des compagnies d'assurance et de l'absence ou de l'insuffisance de conditions légales d'accès à la profession. Ces oppositions ont été surmontées par l'introduction d'une période transitoire durant laquelle les Etats membres qui le souhaitent peuvent exclure l'intervention du courtier en LPS passive et limiter par conséquent les engagements qui peuvent être souscrits selon cette modalité aux cas dans lesquels le preneur a, lui-même, sans intermédiaire, pris l'initiative de souscrire à l'étranger (art. 25, § 2). Le report de l'intervention du courtier en LPS passive est autorisé jusqu'au 20 mai 1996. Dans l'intervalle, par une déclaration actée au procès-verbal du Conseil CEE, les Etats membres se sont engagés à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir l'indépendance des courtiers ¹⁸.

¹⁶ En ce sens, G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 229.

¹⁷ *C.J.C.E.*, 4 décembre 1986, Aff. 205/84 précitée note 9, Attendu n° 16.

¹⁸ Dans ce but, la Commission CEE a adopté le 18 décembre 1991 une Recommandation sur les intermédiaires d'assurance invitant les Etats membres à soumettre les intermédiaires à des exigences professionnelles et à un système d'immatriculation dont les modalités sont définies en annexe (*J.O.C.E.*, n° L 19 du 28 janvier 1992, p. 32) (pour un commentaire, voy. infra, § 3).

Il va sans dire que les Etats membres qui prendront cette option limiteront considérablement l'accès des consommateurs aux produits étrangers par la voie de la LPS passive ¹⁹.

3. Les produits étrangers en LPS passive

22. Si l'on fait abstraction de la période transitoire permettant de reporter l'intervention des courtiers en LPS passive, la deuxième directive LPS vie ouvre apparemment un champ d'action, certes partiel, mais bien réel, au consommateur. L'affirmation selon laquelle le consommateur pourrait ainsi accéder à des produits étrangers (au sens défini ci-dessus, n° 6) éventuellement plus rentables, non commercialisés ou non autorisés dans son pays de résidence habituelle doit toutefois être nuancée.

Les aspects techniques du produit d'assurance vie souscrits en LPS passive ²⁰, c'est-à-dire le montant des provisions techniques, y compris les provisions mathématiques, ainsi que les règles relatives à la participation aux bénéfices et aux valeurs de rachat et de réduction, sont soumis aux règles et pratiques de contrôle de l'Etat membre où l'entreprise d'assurance est établie. Il en est de même des règles relatives à la représentation des provisions et à la localisation des actifs. Ces facteurs sont déterminants pour les assurances vie où les caractéristiques du produit sont davantage liées à ses aspects techniques et financiers qu'à ses aspects contractuels.

23. Il y a lieu de remarquer toutefois que le contrat d'assurance, même souscrit en LPS passive, sera soumis, dans la plupart des cas, à la loi de l'Etat membre de l'engagement, c'est-à-dire à la loi de la résidence habituelle du preneur (art. 4 § 1). Les aspects contractuels du produit d'assurance relèveront donc d'une autre loi que celle qui régit ses aspects techniques. Il n'est pas certain que cette dissociation soit cohérente, ces différents aspects étant souvent interdépendants, ni qu'elle soit compatible avec la liberté de prestation de services au sens de l'article 59 du Traité CEE (voy. infra n° 46). Selon les explications fournies par les autorités communautaires, la LPS passive est censée désigner les hypothèses dans lesquelles la protection du preneur ne se justifie pas. Dès lors, on ne comprend pas pourquoi le contrat ne pourrait pas également être régi par la loi du lieu d'établissement de l'assureur. En ce qui concerne la loi applicable au contrat, le raisonnement n'est donc pas poussé au bout de sa logique. En outre, cette distorsion complique considérablement la tâche des autorités de contrôle du pays d'établissement de l'assureur qui devront éventuellement, lorsqu'un contrôle

¹⁹ C'est la solution retenue pour le moment par le projet belge d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance.

²⁰ Ou même en LPS active, lorsque cette activité n'est pas soumise à un agrément dans le pays de la prestation.

matériel des conditions contractuelles est prévu par la réglementation nationale, juger de la conformité du contrat avec une législation qui n'est pas la leur.

Enfin, la solution retenue par l'article 4 concernant la loi applicable au contrat s'inscrit apparemment en contradiction avec l'article 14 § 5 de la directive qui prévoit, dans l'hypothèse de la LPS passive, que 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* ²¹. Alors que l'article 4, dans un souci de protection du consommateur, désigne à titre principal la loi de la résidence habituelle du preneur pour régir le contrat, l'article 14 § 5 favorise, sous la seule réserve de l'ordre public, la commercialisation de produits autorisés dans le pays d'établissement de l'assureur dans le souci de garantir la liberté de circulation des produits d'assurance.

Cette contradiction apparente ne peut se résoudre, à notre avis, que par le recours au principe de la primauté du droit communautaire. L'article 14, § 5, énonce en effet une règle de droit communautaire qui prévaut sur les règles et solutions des conflits de lois ²². Cette règle de droit communautaire a pour effet d'empêcher les autorités du pays de résidence habituelle du preneur de se prévaloir de ses propres lois impératives ou de police pour empêcher le preneur de souscrire un engagement autorisé par l'Etat membre où l'entreprise d'assurance est établie, à moins que cet engagement ne soit contraire à l'ordre public de l'Etat où la prestation est effectuée. Des restrictions à la libre circulation des produits et des services ne peuvent en effet se justifier que par des raisons d'ordre public (voy. l'art. 56 CEE). La réserve de l'ordre public annonce, en réalité, celle de l'intérêt général prévue dans les dispositions de la directive de troisième génération (voy. infra n° 47 et suiv.).

V. LES DIRECTIVES DE TROISIEME GENERATION : LA LICENCE UNIQUE

A. La dérégulation comme technique de protection

1. Principes généraux

24. Les directives dites de « troisième génération » devraient marquer le point d'aboutissement de l'évolution. Ces directives qui viennent d'être adoptées en assurance non-

²¹ Sur cet article, voy. K. LENAERTS, « La loi applicable et la libre prestation de services en matière d'assurance vie », *Ann. Dr. de Louvain*, pp. 145-168, n° 26, note 19; 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.

²² Voy. B. DUBUISSON, op. cit., note 11, n° 68.

vie ²³ et en assurance vie ²⁴, permettront en principe à toute entreprise d'assurance communautaire de commercialiser, sous le couvert d'un seul agrément délivré par les autorités du pays du siège social, l'ensemble de ses produits dans tous les Etats membres en étant soumise, pour l'essentiel, aux autorités de contrôle du pays du siège.

La conception et la structure de ces directives sont héritées directement des trois principes fondamentaux énoncés par le Livre blanc :

- la coordination des règles essentielles de surveillance prudentielle et financière;
- la reconnaissance mutuelle, sur la base de cette harmonisation, des agréments des entreprises d'assurance et des systèmes de contrôle prudentiel des différents Etats membres;
- l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et le contrôle de l'ensemble des activités de l'entreprise, tant en régime d'établissement (succursales) qu'en régime de libre prestation de services, par les autorités de l'Etat d'origine, c'est-à-dire du siège social de l'entreprise d'assurance.

Ces nouvelles perspectives entraînent une révision importante, sous forme d'ajouts ou d'amendements, des directives précédemment adoptées, ce qui ne facilite guère le commentaire. En bref, les modifications essentielles découlent

- en régime d'établissement, de l'attribution du contrôle des activités des agences ou succursales aux autorités de contrôle de l'Etat membre du siège social;
- en régime de prestation de services, de la suppression quasi complète de la dualité des règles applicables aux grands risques ou aux risques de masse en assurance non-vie ainsi qu'aux engagements pris en LPS passive ou en LPS active en assurance vie.

25. Ce sont bien entendu ces directives qui focalisent actuellement l'attention des consommateurs, puisqu'elles marquent le point d'aboutissement du décloisonnement des marchés nationaux, y compris dans les hypothèses où une protection particulière des preneurs ou des assurés est requise. Abandonnant l'idée d'une spécialisation très stricte des activités d'assurance dans la ligne du principe interventionniste de l'économie solidaire, les troisièmes directives témoignent d'une conception nouvelle de la surveillance inspirée très clairement d'un modèle d'économie de marché. Le cadre réglementaire proposé qui ne diverge plus fondamentalement de celui qui est imposé aux autres secteurs de l'économie, favorise la

²³ Directive 92/49 CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (*J.O.C.E.*, n° L228 du 11 août 1992, p. 1). La proposition avait fait l'objet d'une position commune au Conseil en février 1992 et avait été suivie de la présentation d'une proposition modifiée de directive (*J.O.C.E.*, n° C93 du 13 avril 1992). Les commentaires qui suivent sont basés sur le texte définitif tel qu'il a été adopté le 18 juin.

²⁴ Directive 92/96 du Conseil CEE 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 (*J.O.C.E.*, n° L360 du 9 décembre 1992, p. 1). Le Conseil a adopté une position commune sur ce texte le 29 juin 1992, qui a été suivie par la publication de la proposition modifiée de directive (*J.O.C.E.*, n° C196 du 3 août 1992, p. 9).

déspecialisation et entraîne une dérégulation profonde des activités d'assurance, de même qu'un transfert de la responsabilité de l'Etat , collectivité publique, vers les entreprises privées.

La volonté clairement affirmée des autorités communautaires est en effet de libérer les marchés de l'assurance de l'intervention de l'Etat en suscitant une offre optimale sur le plan des prix et des prestations. Le droit au choix le plus large possible entre des produits d'assurance novateurs au meilleur prix est perçu comme la meilleure garantie de protection du consommateur.

2. Le contrôle de la solvabilité de l'entreprise

26. Le système de surveillance organisé par les troisièmes directives est fondé principalement et presque exclusivement sur la solvabilité de l'entreprise. La surveillance financière comprend la vérification pour l'ensemble des activités de l'entreprise d'assurance de son état de solvabilité, de la constitution des provisions techniques et du placement des actifs représentatifs conformément aux règles ou aux pratiques établies dans l'Etat membre d'origine (voy. les art. 9 de la troisième directive non-vie et 8 de la troisième directive vie).

La vérification de l'état de solvabilité repose sur la marge de solvabilité dont le principe et les méthodes de calcul ont été fixés par les directives établissement (voy. supra, n° 8). En ce qui concerne les provisions techniques, pour se conformer aux observations de la Cour de justice, les directives procèdent à une harmonisation minimale des règles qui leur sont applicables. La troisième directive en assurance non-vie s'appuie à cet effet sur les dispositions prévues par la directive adoptée le 19 décembre 1991 relative aux comptes annuels et consolidés des entreprises d'assurance ²⁵. Comme cette directive fixe en revanche peu de règles pour la détermination des provisions techniques en assurance vie, la troisième directive en assurance vie procède à une harmonisation, à vrai dire limitée, des règles de calcul sur le fondement de principes actuariels généraux, à l'exclusion de toute harmonisation des méthodes et des bases de calcul. Celles-ci doivent cependant faire l'objet d'une publication (art. 18 et 19).

27. Les directives coordonnent aussi les règles relatives à l'admission, à la diversification et à l'évaluation des actifs représentatifs des provisions techniques. Chaque Etat membre conserve toutefois la faculté d'interdire aux entreprises dont le siège social est situé sur son territoire et qu'il a agréées, l'utilisation de certaines catégories d'actifs. Il lui appartient aussi d'établir, s'il échet, des règles plus détaillées fixant les conditions d'utilisation des actifs admissibles (art. 21 et 22 de la troisième directive non-vie; art. 21 et 22 de la troisième directive vie telle que révisée par le Conseil). L'harmonisation n'est donc pas complète et ne supprime

²⁵ Directive du 19 décembre 1991 concernant les comptes annuels et consolidés des entreprises d'assurance, J.O.C.E., n° L 374 du 31 décembre 1991, p. 7.

pas les distorsions de concurrence entre entreprises qui pourront, lors de la transposition, être soumises à des réglementations nationales divergentes. En réalité, ces dispositions sont tellement libérales qu'elles entraînent déjà une dérégulation considérable. Elles témoignent de l'abandon d'une conception de l'assurance fondée uniquement sur la sécurité des engagements ²⁶.

Axé sur l'entreprise et non plus sur les produits, le contrôle financier s'accompagne d'un contrôle portant de l'honorabilité et de la qualification professionnelle des dirigeants responsables, ainsi que de l'identité et de la qualité de l'actionnariat, afin de garantir une gestion saine et prudente (art. 11 et 15 de la troisième directive non-vie et art. 5 et 14 de la 3ème directive vie).

3. *La suppression du contrôle systématique des polices et des conditions contractuelles*

28. Le régime d'autorisation préalable des conditions contractuelles qui s'apparente à un label de qualité délivré par l'administration nationale, est incompatible avec la logique du Marché unique développée par la Commission CEE. Sauf quelques rares exceptions ²⁷, les troisièmes directives en assurance vie et non-vie suppriment l'approbation préalable ainsi que la communication systématique des polices et autres documents contractuels. Dans le but de contrôler le respect de ses dispositions nationales relatives au contrat d'assurance, l'Etat membre peut uniquement exiger de toute entreprise souhaitant effectuer des opérations d'assurance sur son territoire, en régime d'établissement (agence ou succursale) ou en régime de libre prestation de services, la communication non systématique des conditions qu'elle se propose d'utiliser. Cette exigence ne peut en aucun cas constituer un préalable à l'exercice de l'activité (art. 29 et 39 de la troisième directive non-vie; art. 5, § 3 et 39 de la troisième directive vie) ²⁸.

La suppression du contrôle préalable des conditions contractuelles, élément central des directives, favorise à n'en pas douter l'innovation et la diversité des produits d'assurance tout en accroissant la capacité de réaction des concurrents. Elle entraîne également une responsabilisation de l'assureur puisque l'autorité de contrôle peut imposer a posteriori à la compagnie en infraction, la modification ou même le retrait de ses conditions contractuelles avec tous les inconvénients que cela comporte.

²⁶ Voy. H. SCHULTE-NOELLE, « Le Marché unique européen et l'assurance vie allemande », *Risques*, n° 7, septembre 1991, p. 55.

²⁷ Il s'agit des assurances obligatoires et des assurances maladie souscrites en substitution à un régime légal de sécurité sociale (art. 30 et 54, troisième directive non-vie).

²⁸ Une période transitoire est accordée à la Grèce, à l'Espagne et au Portugal pour introduire ces mesures (art. 50, troisième directive non-vie, art. 46, proposition modifiée de troisième directive vie).

29. Ce système de contrôle est déjà pratiqué au Royaume-Uni et aux Pays-Bas où il fonctionne, semble-t-il, sans difficultés. Encore faut-il remarquer que ces pays connaissent une législation contractuelle libérale qui comporte peu de dispositions impératives au sens où l'entendent les pays latins. L'exercice du contrôle a posteriori s'avérera sans doute plus délicat si la législation du pays de référence est majoritairement impérative ²⁹.

La mission de l'autorité de surveillance se limitera-t-elle à un contrôle de légalité consistant à vérifier simplement la compatibilité des conditions contractuelles avec l'ensemble des lois et règlements, ou s'étendra-t-elle à un contrôle d'opportunité permettant de juger du caractère clair ou équilibré d'une clause ?

La première hypothèse limite la marge de manœuvre des compagnies incitées à insérer telles quelles les dispositions légales impératives dans leur contrat, et contribue ainsi à en uniformiser partiellement le contenu. La seconde risque de susciter des conflits d'interprétation entre l'autorité de contrôle et l'entreprise d'assurance. Quelle que soit la solution choisie, il est certain que l'entrée en vigueur des directives de troisième génération devra s'accompagner d'une adaptation corrélative des méthodes de contrôle.

4. La suppression du contrôle des conditions tarifaires

30. Le contrôle préalable des conditions tarifaires s'avère, lui aussi, inconciliable avec la logique du Marché unique. « Une fois réalisée la coordination des éléments essentiels du calcul des provisions techniques et des règles de placement, l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine devient garante de la solvabilité globale de l'entreprise.

C'est à elle qu'il appartient de surveiller que la politique financière de l'entreprise ne mette pas en péril cette solvabilité. La mission principale de l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine est de vérifier que la compagnie d'assurance a constitué des provisions techniques suffisantes pour faire face à l'ensemble de ses engagements, placé les actifs représentatifs de ces provisions conformément aux règles en vigueur et alimenté correctement sa marge de solvabilité.

Au-delà de ce socle prudentiel, qui garantit la sécurité des produits offerts, l'intérêt du consommateur est de profiter de la concurrence la plus large sur les primes » ³⁰.

La suppression du contrôle des tarifs témoigne aussi du recul du principe de sécurité au profit de celui de la libre concurrence. L'expérience a certes démontré que lorsque les tarifs sont trop élevés, l'inefficacité se développe et les coûts de production et de distribution

²⁹ Les incertitudes découlant de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi belge de contrôle du 19 juillet 1991 (*Mon. belge*, 9 août 1991), qui institue par anticipation le contrôle a posteriori des conditions contractuelles en attestent. Voy. sur cette loi, J.M. DELPORTE, « Commentaire de la loi du 19 juillet 1991 relative au contrôle des assurances », *Rev. Gén. Ass. et Resp.*, 1992, n° 11918.

³⁰ Ces propos sont repris de l'Exposé des motifs (non publié au *J.O.C.E.*), des propositions de troisièmes directives vie et non-vie.

ont tendance à augmenter ³¹. A cela, certains opposeront qu'une bonne tarification est le meilleur garant de la solidité financière de l'entreprise.

31. Dans la conception communautaire, la coordination des éléments essentiels du calcul des provisions techniques et des règles de placement est donc le seul garant de la sécurité des produits. Dès lors que la solvabilité de l'entreprise n'est pas atteinte, une compagnie d'assurance doit pouvoir pratiquer une politique de tarification sans contrainte éventuellement en-dessous de l'équilibre technique, et compenser les pertes éventuelles par des résultats financiers sur les valeurs représentatives des provisions ou, ce qui est plus grave, par des prélèvements sur fonds propres (revenus du patrimoine libre) ³².

Le financement des pertes techniques par des résultats financiers et des plus-values des placements correspondant aux provisions techniques, largement pratiqué par les entreprises d'assurance jusqu'à présent, ne constitue cependant pas une stratégie durable. Toutes les prévisions annoncent en effet un ralentissement de la croissance des marchés financiers.

32. Le danger de ces pratiques est particulièrement à redouter pour les produits d'assurance vie dont les engagements sont pris sur le long terme en vue de la retraite. Lors des négociations au Conseil CEE, plusieurs délégations ont souligné les risques que la suppression de tout contrôle sur les produits ferait courir à terme pour l'exécution des contrats d'assurance vie de longue durée, estimant qu'une solution différenciée se justifiait ici pour l'assurance vie par rapport à l'assurance non-vie. L'accord politique intervenu au Conseil dans le courant du mois de mai, transformé en position commune le 29 juin, tient compte de ces préoccupations. Si la suppression de l'approbation préalable et de la notification systématique des tarifs est maintenue, les bases techniques utilisées pour le calcul des tarifs et des provisions techniques (taux d'intérêt technique, tables de mortalité) devront faire l'objet d'une communication systématique préalable à la commercialisation, aux autorités de l'Etat membre qui en feront la demande. De plus, le texte approuvé par le Conseil prévoit un plafonnement du taux d'intérêt technique selon deux méthodes optionnelles pratiquées dans différents Etats de la Communauté (art. 18, B, de la troisième directive vie). L'une permet de fixer un pourcentage maximum égal à 60 % des taux obligatoires publics. L'autre permet d'effectuer ce calcul en tenant compte des valeurs prévisibles des actifs.

³¹ Voy. J. MARBACHER, « L'Europe et ses opportunités », *Ass. Fr.*, 1991, pp. 1395-1400 et « La déréglementation de l'assurance, conséquences possibles », *Ass. Fr.*, 1990, pp. 1227-1234; G.M. DICKINSON, « L'intégration des marchés européens de l'assurance : une vision britannique », *Rev. Marché Commun*, 1991, p. 630.

³² Dans ce contexte, il n'est pas certain que le contrôle de la rentabilité des produits mis en place par la nouvelle loi belge de contrôle du 19 juillet 1991 (précitée, note 28), qui donne à l'Office de Contrôle le pouvoir d'imposer à une entreprise le relèvement d'un tarif dont l'application entraîne des résultats déficitaires, puisse être maintenu lors de l'entrée en vigueur des troisièmes directives.

33. En tout état de cause, le modèle proposé par les directives demande d'être mis à l'épreuve dans les Etats membres où la conception et le contexte culturel de l'assurance ne sont pas les mêmes que ceux qui prévalent dans les pays dont ce modèle s'inspire (Royaume-Uni, Pays-Pas).

Même si l'on ne peut s'aventurer ici dans la prospective, les résultats très peu encourageants des compagnies britanniques liés, il est vrai, à des facteurs très divers ³³ (multiplication des catastrophes naturelles, défaillances dans le remboursement des emprunts immobiliers, récession économique, accroissement de la concurrence), mais dont on ne peut exclure l'influence des méthodes de contrôle, devraient à tout le moins inciter à la prudence.

Certains ont pu légitimement s'étonner que le modèle britannique s'impose comme un dogme sur le Marché unique, au moment même où il traverse une crise profonde ³⁴.

Qu'importe pour le consommateur si celui-ci peut bénéficier de tarifs plus avantageux ? Le risque ne naît véritablement pour lui que lorsque la compagnie d'assurance dont il est l'assuré est acculée à la faillite. Quelles que soient les modalités prévues (fonds de garantie en cas d'insolvabilité ...) ou les droits préférentiels qui lui sont accordés pour le garantir de sa créance (privilèges ...) ³⁵, un consommateur ne trouve jamais son intérêt dans un règlement collectif. Il ne s'agit pas ici d'agiter inconsidérément le spectre de la faillite des compagnies d'assurance, mais simplement de reconnaître que la conception du contrôle qui se dégage des propositions de troisièmes directives ne permet pas d'exclure l'éventualité d'une liquidation forcée. Celle-ci s'inscrit au contraire dans le schéma logique développé par ces propositions, comme sanction ultime d'une approche fondée sur l'économie de marché.

B. La protection du consommateur dans un régime de contrôle a posteriori

34. La suppression de l'approbation préalable des conditions contractuelles dictée par les exigences du Marché intérieur s'appuie sur quelques mesures d'accompagnement destinées à garantir une protection suffisante du consommateur. Ces mesures sont de quatre types.

³³ On retiendra de la presse spécialisée, les pertes avant impôts enregistrées par la Commercial Union (68,6 millions de livres pour 1991), la Royal Insurance (373 millions de livres), Sun Alliance (466,2 millions de livres) et le Lloyd's qui traverse par ailleurs une crise grave (509 millions de livres) (le Lloyd's ne compte plus actuellement que 22.400 membres pour 32.000 en 1988 et 51.260 en 1962). Ces pertes auraient, dit-on, sérieusement entamé les fonds propres des compagnies britanniques qui chercheraient leur salut en vendant les filiales étrangères et en se repliant sur leur propre marché national. On annonce aussi des ajustements tarifaires pouvant aller jusqu'à 20 ou 30 % en assurance automobile.

³⁴ M. ALBERT, « L'avenir de l'assurance, modèle alpin ou modèle maritime », *Risques*, 1991, pp. 181-193.

³⁵ Il existe à cet égard une proposition de directive sur la liquidation obligatoire des entreprises d'assurance directe *J.O.C.E.*, n° C 71 du 19 mars 1987. Proposition modifiée *J.O.* n° C 253 du 6 octobre 1989, p. 3. Les directives de deuxième génération (art. 20 LPS non-vie, art. 21 LPS vie) se limitent quant à elles à prévoir un traitement équivalent des engagements souscrits en LPS.

1. L'application de la loi de la résidence habituelle du preneur

35. A défaut d'harmonisation du droit matériel du contrat d'assurance, étape qui n'est plus actuellement considérée par la Commission CEE comme une condition préalable à la réalisation du Marché intérieur, la protection du consommateur est garantie par la possibilité laissée aux Etats membres de soumettre le contrat conclu avec un consommateur à la loi du pays où se localise le risque (assurance non-vie) ou l'engagement (assurance vie), c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à la loi de la résidence habituelle du preneur d'assurance. Les propositions de troisièmes directives maintiennent par conséquent intact le système complexe de droit international privé prévu par les directives de deuxième génération (art. 7 LPS non-vie; art. 4 LPS vie).

Sous l'angle de la protection, on peut mettre en doute l'aptitude du système proposé à garantir la sécurité juridique des consommateurs. Les solutions de droit international privé prévues par les règles communautaires dépendent en effet de la mise en œuvre de techniques complexes et de notions à contenu variable (lois de police, ordre public international ...). L'usage qui en sera fait par les autorités administratives ou judiciaires sera donc difficilement prévisible et permettra aisément de dissimuler les options et convictions héritées du droit national. Le droit international privé reste le reflet de la conception générale portée par un ordre juridique national sur les relations internationales de droit privé.

D'autres incertitudes, que nous ne pouvons qu'énoncer, résultent de la définition du domaine de la loi applicable au contrat (permet-elle de désigner aussi la loi applicable à la subrogation, à l'action directe, comment distinguer les aspects juridiques des aspects techniques ...?) et de la portée de la référence aux règles générales de droit international privé de chaque Etat membre (art. 7, § 3 LPS non-vie, art. 4, § 5 LPS vie).

36.-37. Les tiers lésés ne seront pas non plus à l'abri des difficultés suscitées par l'application des règles de conflit de lois et des lois de police.

La désignation de la loi qui régira l'action directe et le régime d'opposabilité des exceptions qui l'assortit devrait à l'avenir constituer un sujet de préoccupation majeure. Il est vrai que dans le domaine de l'assurance automobile, ces difficultés seront résolues lors de l'entrée en vigueur, le 31 décembre 1992, de la troisième directive de coordination en assurance automobile ³⁶, dont l'article 2 impose aux entreprises d'assurance de donner, dans chacun des Etats membres, la couverture exigée par la législation du pays visité (loi de l'Etat qui impose l'obligation d'assurance) ou la couverture exigée par la législation de l'Etat membre où le

³⁶ Directive 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, *J.O.C.E.*, n° L 129 du 19 mai 1990, p. 39.

véhicule a son stationnement habituel (loi de l'Etat d'immatriculation), lorsque cette dernière est supérieure.

Cette solution protectrice de la victime ne résout cependant pas le problème complexe posé par l'interaction entre la loi applicable au contrat et la loi qui impose l'obligation d'assurance, notamment pour la détermination du régime de l'action récursoire que l'assureur pourrait dans certains cas intenter contre son propre assuré afin d'obtenir remboursement des sommes versées à la victime.

38. Vu la complexité des problèmes suscités par l'application des règles de droit international privé, l'opportunité d'une harmonisation du droit matériel du contrat d'assurance est remise à l'ordre du jour.

Cette harmonisation, abandonnée depuis plusieurs années ³⁷, est à nouveau réclamée avec insistance par les milieux judiciaires, économiques ^{38 39} et universitaires ⁴⁰. Elle n'est pourtant pas une solution miracle. L'harmonisation ne pourra, certainement, pas couvrir tous les secteurs dans lesquels des règles impératives ont été adoptées par les Etats membres.

Certaines lois sur le contrat d'assurance comportent en effet plus de cent articles, sans compter les lois spéciales qui régissent les assurances obligatoires. De plus, les quelques règles protectrices harmonisées n'empêcheraient vraisemblablement pas les Etats membres d'adopter des règles plus protectrices, faisant ainsi renaître les divergences et les conflits de lois.

Pour ces raisons, il sera donc difficile, sinon impossible, de faire l'économie des règles de droit international privé.

Ce constat tient moins, notons-le, à l'inefficacité ou à la mauvaise volonté des autorités nationales et communautaires, qu'à l'irréductibilité des ordres juridiques nationaux dont les spécificités se sont développées concurremment durant des dizaines d'années.

Par conséquent, si l'importance et le nombre des conflits de lois peuvent certes être atténués par l'harmonisation des règles essentielles applicables au contrat d'assurance, il

³⁷ Proposition de directive visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le contrat d'assurance, *J.O.C.E.*, n° C 190 du 28 juillet 1979, p. 2; proposition modifiée de directive, *J.O.C.E.*, n° C 355 du 31 décembre 1980, p. 30.

³⁸ Voir les Actes du douzième Colloque juridique Assureurs/Magistrats organisé à Avignon du 4 au 7 octobre 1991. « L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen », *L.G.D.J./R.G.A.T./C.E.A.*, 1992 et spécialement l'intervention de M. JOUHAUD, Président de la première Chambre civile de la Cour de cassation française, ainsi que l'exposé introductif de J. BIANCARELLI et les conclusions du professeur H. COUSY. Voir, pour le secteur professionnel de l'assurance, Comité Européen des Assurances, *Les droits du contrat d'assurance dans la C.E.E.*, mai 1990, et F. LOHEAC, « L'Europe de l'assurance : le cadre institutionnel », *Risques*, décembre 1991, p. 17.

³⁹ Voy. le récent communiqué de presse du *Beuc* et de *Test Achat* du 17 avril 1992 concernant l'assurance R.C. automobile.

⁴⁰ Voy. l'étude coordonnée par J. STUYCK, pour le Secrétariat d'Etat à l'Europe 1992 intitulée « Vrijmaking van de financiële dienstverlening in de E.G. en bescherming van de consument in België », spéc. pp. 71 à 76 et H. COUSY, conclusions précitées, note 37.

n'empêche que les opérateurs devront s'accommoder des techniques du droit international privé. Une solution pourrait consister dans une simplification des règles de conflit prévues par les directives, voire par une suppression pure et simple de ces règles au profit de celles prévues par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ⁴¹.

2. La transparence du contrat et l'information du consommateur

39. L'organisation de la transparence des produits d'assurance par le biais d'une obligation d'information portant sur les éléments essentiels du contrat s'inscrit de façon cohérente dans la conception générale d'une surveillance fondée sur la suppression du contrôle matériel a priori des conditions contractuelles. Cette technique de protection du consommateur perturbe peu la commercialisation des produits : elle n'intervient pas impérativement pour dicter un contenu déterminé au contrat et laisse au consommateur le soin de choisir, sur la base des informations qui lui sont données, le produit le mieux adapté à ses besoins.

Les directives LPS de deuxième génération comportent très peu de dispositions relatives à l'information du consommateur. L'article 21 de la directive LPS non-vie et l'article 22 de la directive LPS vie se limitent à exiger l'identification claire et précise du cocontractant du preneur d'assurance, pour éviter que celui-ci ne se trompe sur l'établissement qui lui propose le contrat en libre prestation de services (agence, succursale ou siège social) ⁴².

Ce régime d'information centré sur l'identité du cocontractant est maintenu dans les troisièmes directives et étendu aux succursales établies dans le pays de résidence du preneur. Les directives de la troisième génération franchissent un pas supplémentaire. Elles élargissent considérablement l'objet de l'obligation d'information en y englobant les caractéristiques essentielles du produit d'assurance proposé.

40. Le contenu de l'information à fournir au consommateur est nettement plus détaillé en assurance vie qu'en assurance non-vie. Ceci s'explique par la similitude entre les produits d'assurance vie et les produits financiers dont les éléments essentiels tiennent aux caractéristiques techniques, à la rentabilité et à la sécurité des engagements. Les produits d'assurance non-vie dont les caractéristiques sont constituées par l'ensemble des clauses qui compose le contrat se prêtent moins facilement à une obligation de transparence. Néanmoins, on ne voit pas ce qui empêcherait que certaines dispositions essentielles du contrat fassent

⁴¹ La Convention de Rome du 19 juin 1980 est actuellement en vigueur dans dix des Etats membres de la Communauté. L'Espagne et le Portugal y ont adhéré le 15 mai 1992. Il faut rappeler que cette Convention, dans son état actuel, ne s'applique pas aux contrats d'assurance couvrant des risques localisés dans la Communauté.

⁴² En ce qui concerne l'assurance R.C. auto obligatoire, l'Etat de la prestation peut exiger aussi que le nom et l'adresse du représentant de l'entreprise d'assurance opérant en libre prestation de services figurent dans les documents remis au preneur (art. 8 de la directive LPS auto).

l'objet d'un devoir spécial d'information avant la conclusion (durée du contrat, obligation de déclaration du risque, sanction en cas de non-paiement des primes ...). Selon l'article 31 de la troisième directive en assurance non-vie, le preneur doit seulement être informé avant la conclusion du contrat, de la loi qui sera applicable au contrat, des mesures relatives à l'examen des plaintes des preneurs d'assurance au sujet du contrat et de l'existence de procédés non contentieux de règlement des sinistres.

L'obligation d'informer le preneur de la loi qui régira le contrat n'est sans doute pas inutile. Remarquons que cette obligation écarte curieusement l'hypothèse d'un choix tacite pourtant envisagé expressément par l'article 7 de la directive LPS non-vie. En outre, l'article 31 ne précise pas si l'obligation d'information s'applique également lorsqu'aucun choix de la loi applicable au contrat n'est ouvert aux parties. Enfin, l'obligation mise à charge de l'assureur ne tient pas compte de l'interférence possible des lois de police dont on conçoit cependant qu'elle ne puisse faire l'objet d'une information préalable.

41. L'article 31 de la troisième directive en assurance vie va, quant à lui, beaucoup plus loin. Il prévoit que le preneur devra être informé de manière claire et précise, par écrit, avant la conclusion du contrat et, le cas échéant pendant la durée du contrat, des éléments essentiels du produit proposé. Les éléments qui doivent faire l'objet de cette information sont détaillés en annexe. Ils concernent soit l'entreprise, soit l'engagement lui-même. Les informations doivent être fournies dans une langue officielle de l'Etat membre de l'engagement.

Avant la conclusion du contrat, dix-neuf catégories d'information doivent ainsi être données au preneur (durée du contrat, modalités de résiliation, modalités et durée du paiement des primes, modalités de calcul et d'attribution des participations bénéficiaires, indication des valeurs de rachat et de réduction, nature des actifs représentatifs des contrats à capital variable, modalités d'exercice du droit de renonciation, indications relatives au régime fiscal, et à la loi applicable ...). Il est question actuellement d'étendre le devoir d'information aux éléments constitutifs de la prime commerciale, et notamment de la part des frais de gestion dans le montant de la prime. En outre, le preneur doit être tenu informé pendant la durée du contrat de toute modification concernant les informations relatives à l'entreprise et de certaines informations relatives à l'engagement souscrit.

3. Les règles matérielles de protection

42. Dans la ligne d'un contrôle fondé essentiellement sur la solvabilité de l'entreprise, les directives communautaires relatives à l'assurance vie ou non-vie comportent très peu de dispositions matérielles visant directement à protéger le consommateur dans le cadre du contrat qui le lie à l'entreprise d'assurance. L'article 15 de la directive LPS vie accorde un droit de renonciation au preneur d'une assurance vie individuelle souscrite en libre prestation de

services – passive ou active –, dans un délai compris entre quatorze et trente jours. La proposition modifiée de troisième directive en assurance vie reconnaît ce droit à tout preneur quelles que soient les modalités de conclusion du contrat, y compris par voie d'établissement (art. 30). Un tel droit n'est curieusement pas accordé au preneur d'une assurance non-vie.

4. Les pouvoirs attribués à l'autorité de contrôle du pays d'activités

43. Le régime de la licence unique qui concentre les pouvoirs de contrôle entre les mains de l'autorité du pays du siège social de l'entreprise d'assurance ne prive pas pour autant les autorités du pays d'activités de tout moyen d'action. Ainsi, tout Etat membre est théoriquement en mesure d'exiger le respect des règles de droit applicables sur son territoire si elles sont justifiées par l'intérêt général (sur cette notion, voy. infra n° 47). Les autorités de contrôle de l'Etat où l'entreprise d'assurance exerce ses activités peuvent en effet, en collaboration avec les autorités de contrôle de l'Etat membre d'origine, et même directement en cas d'urgence, sanctionner l'assureur en infraction. Cette sanction peut aller jusqu'à l'interdiction de conclure de nouveaux contrats d'assurance sur son territoire (art. 40, troisième directive en assurance non-vie - art. 40, troisième directive vie).

L'efficacité du « home country control » dépendra, pour une large part, d'une collaboration rapide et étroite entre les autorités de contrôle concernées, collaboration qui, pour l'heure, est loin d'être entrée dans la pratique quotidienne.

C. L'accès du consommateur aux produits étrangers

1. Les produits étrangers

44. Par l'élargissement de la gamme des produits offerts qu'elles impliquent, les directives de troisième génération devraient permettre au consommateur de trouver la couverture la mieux appropriée à ses besoins au meilleur prix. Pour trouver cette couverture, celui-ci pourra en effet s'adresser soit à une société communautaire établie à l'étranger exerçant ses activités en LPS, soit à une succursale de l'entreprise étrangère établie dans son pays de résidence. Dans ces deux hypothèses en effet, les produits sont soumis à la législation du pays du siège social pour tout ce qui concerne les règles prudentielles.

Le consommateur peut ainsi profiter d'un environnement réglementaire éventuellement plus favorable, l'harmonisation minimale effectuée n'éliminant pas, loin s'en faut, les disparités des législations à cet égard. La concurrence entre les réglementations restera donc de mise après l'entrée en vigueur des dernières directives.

La marge d'autonomie laissée aux Etats membres peut d'ailleurs faire craindre que certains d'entre eux n'alourdissent inutilement les contraintes réglementaires sur les sièges sociaux de compagnies établies sur le territoire, en pesant ainsi négativement sur la compétitivité des entreprises nationales par rapport aux entreprises étrangères bénéficiant d'un environnement plus favorable (discriminations à rebours).

45. L'assurance qui serait souscrite dans ces conditions par le consommateur serait-elle réellement un produit étranger ? Au regard de ce que nous venons de dire, la réponse est certes affirmative pour ce qui concerne les aspects techniques et financiers. Elle doit être sérieusement nuancée pour ce qui concerne les aspects contractuels.

Il est étonnant de constater que sur le plan de la loi applicable au contrat, les troisièmes directives ne changent virtuellement rien aux solutions retenues par les deuxième directives. Il en résulte que dans l'immense majorité des cas, le contrat d'assurance souscrit par un consommateur en LPS ou auprès d'une agence ou d'une succursale établie relevant d'une entreprise communautaire ayant son siège social à l'étranger sera régi par la loi de la résidence habituelle du consommateur (loi du lieu où le risque est situé en assurance non-vie, loi du lieu de l'engagement en assurance vie) ou par la loi du lieu d'immatriculation du véhicule s'il s'agit d'une assurance automobile. Si ce consommateur a sa résidence habituelle dans un pays réglementant le contrat de façon contraignante, cette règle de droit international privé obligera l'entreprise d'assurance étrangère à modifier les conditions contractuelles habituellement proposées dans son propre pays, conformément aux règles impératives de la loi de la résidence habituelle du preneur. La restriction est importante surtout pour les produits d'assurance non-vie où les aspects contractuels sont déterminants, moins pour les produits d'assurance vie qui s'apparentent davantage à des produits financiers. Sans doute, cette adaptation des contrats se justifie-t-elle pour de simples raisons de politique commerciale, mais il convient de ne pas sous-estimer le caractère parfois très contraignant de certaines législations continentales relatives au contrat d'assurance.

46. La Commission explique cette solution rigide par l'absence d'harmonisation du droit matériel du contrat d'assurance et par la nécessité de protéger le consommateur, exigence reconnue par les arrêts de la Cour du 4 décembre 1986 (voy. supra n° 12). L'application de la loi du pays de résidence habituelle du preneur résulterait en droite ligne de la motivation de la Cour concernant les conditions d'assurance.

Cette explication se heurte toutefois à plusieurs objections.

1°) Il ne paraît pas très cohérent d'affirmer d'une part que l'harmonisation du droit matériel du contrat d'assurance n'est pas une condition préalable indispensable à la réalisation du Marché intérieur, en s'appuyant implicitement sur le caractère peu important des distorsions

issues des divergences des droits des Etats membres, et d'imposer d'autre part l'application systématique de la loi de la résidence habituelle du preneur en se fondant sur des motifs de protection.

2°) Il n'est pas certain que l'on puisse dégager des arrêts de la Cour une règle de droit international privé dictant l'application de la loi de la résidence habituelle du preneur au contrat souscrit par un consommateur. La Cour se prononçait en effet dans le contexte du contrôle matériel des conditions contractuelles et non dans celui du droit du contrat. En réalité, elle semble ne pas avoir examiné les liens implicites unissant cet aspect du problème au contrôle des polices. Au moment où elle s'est prononcée, le contrôle des conditions contractuelles ne se concevait en effet que par référence aux règles du pays où l'autorité administrative exerçait sa compétence et dans les limites territoriales de cette compétence. L'hypothèse était celle du cloisonnement des marchés nationaux.

3°) En vertu de la primauté des articles 52 et 59 du Traité C.E.E., la règle de droit international privé protectrice du consommateur doit elle-même être justifiée au regard des critères de nécessité et de proportionnalité énoncés par la Cour. Or, cette règle impose l'application de la loi du pays de résidence du preneur au contrat d'assurance même lorsque ce preneur prend lui-même l'initiative de souscrire le contrat d'assurance (vie ou même non-vie) auprès d'une entreprise communautaire non établie dans son pays de résidence. Cette solution ne paraît guère cohérente avec l'idée selon laquelle le consommateur agissant en LPS passive est censé renoncer à la protection que lui accorde la loi du pays où il réside habituellement. Dans la même hypothèse, l'article 5 de la Convention de Rome ⁴³ sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui concerne les contrats de consommation, permet aux parties de choisir la loi applicable au contrat, conformément au principe général de l'autonomie de la volonté.

On peut donc légitimement douter de la compatibilité des entraves découlant des règles de conflit communautaires avec la liberté de prestation de services et même avec la liberté d'établissement si le contrat est conclu avec une succursale d'une société étrangère ⁴⁴.

Sous l'angle de la libre commercialisation des produits d'assurance étrangers, la solution qui oblige l'assureur à adapter ses produits en fonction des règles impératives des douze Etats membres de la Communauté est critiquable. Même en tenant compte de la faculté laissée aux Etats membres d'élargir dans certaines hypothèses le choix de la loi applicable ⁴⁵,

⁴³ Précitée, note 41.

⁴⁴ Voy. en ce sens W.H. ROTH, « Art. 59 EEC. Treaty and its implications for the Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts », pp. 1-27, Actes du colloque qui s'est tenu à l'Institut Européen de Florence, les 23 et 24 mai 1991, à paraître; B. DUBUISSON, *op. cit.*, note 12.

⁴⁵ Dans certains cas en effet, les règles de conflit communautaires laissent à l'Etat membre la possibilité d'élargir le choix de la loi applicable pour le cas où son propre droit serait désigné par la règle de conflit. Dès lors que cette possibilité ne peut se concevoir comme une option permettant d'écarter purement et

les raisons de protection avancées par les autorités communautaires ne suffisent vraisemblablement pas à justifier dans tous les cas les restrictions ainsi apportées à la liberté de prestation de services ou à la liberté d'établissement au regard des critères de nécessité et de proportionnalité.

2. La libre commercialisation des produits étrangers

47. La suppression des frontières liée à l'ouverture du Marché intérieur implique que les produits d'assurance puissent circuler librement dans l'ensemble de l'espace communautaire. L'article 28 de la troisième directive en assurance non-vie et l'article 28 de la troisième directive en assurance vie traduisent clairement cette préoccupation.

En vertu de ces dispositions, l'Etat membre où le risque est situé en assurance non-vie (Etat membre de l'engagement en assurance vie) ne peut empêcher le preneur d'assurance de souscrire un contrat conclu avec une entreprise d'assurance agréée, pour autant que ce contrat ne soit pas en opposition avec les dispositions légales d'*intérêt général* en vigueur dans cet Etat ⁴⁶.

La lecture des considérants fait clairement apparaître que la notion d'intérêt général doit être comprise par référence à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté d'établissement et de prestation de services. Les dispositions des articles 28 doivent donc être considérées comme des règles de droit communautaire et non comme des règles de droit international privé.

Alors que la règle de droit communautaire tend à favoriser l'application de la législation d'origine de l'entreprise d'assurance pour garantir la libre circulation des biens et des services, les règles de conflit prévues dans les directives, dans un souci de protection, donnent le plus souvent compétence à la loi de la résidence habituelle du consommateur. Le conflit qui en résulte doit se résoudre en faveur du droit communautaire. Sous cet angle, l'intérêt général apparaît comme un correctif à la rigidité des règles de conflit et à l'application des lois de police.

48. Dans le contexte du droit communautaire, la notion d'intérêt général, création prétorienne, permet en effet à la Cour de justice d'exercer un contrôle sur la conformité des normes ou pratiques nationales qui restreignent l'exercice d'une des libertés fondamentales reconnues par le Traité CEE. Plus précisément, l'intérêt général entendu au sens le plus large

simplement les règles des articles 4 et 7 au profit d'une liberté complète de choix, c'est bien dans le cadre de la technique du renvoi en droit international privé qu'il convient d'analyser cette faculté. L'usage qui en a été fait par les Etats membres dans leur législation de transposition témoigne de la complexité du mécanisme. Pour plus de détails, voy. B. DUBUISSON, op. cit., note 12, n° 14.

⁴⁶ La rédaction a été quelque peu modifiée par rapport à la formulation de la proposition initiale, mais cette modification ne change rien au fond du problème.

« regroupe l'ensemble des conditions établies par la Cour de justice pour justifier une réglementation nationale constituant une entrave à l'une de ces libertés » ⁴⁷.

La notion d'intérêt général exprime, sous l'angle positif, le pouvoir que conservent légitimement les Etats membres de prendre, sur leur territoire, les mesures qui leur paraissent nécessaires à la sauvegarde d'un intérêt collectif ressenti dans l'ordre juridique national et, sous l'angle négatif, les conditions auxquelles est soumis l'exercice de ce pouvoir. La légitimité d'une entrave nationale par rapport aux exigences du droit communautaire est subordonnée en droit à la vérification de quatre conditions cumulatives ⁴⁸ :

- les mesures critiquées ne peuvent être prises que dans des domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation;
- elles ne peuvent entraîner une discrimination entre ressortissants de la Communauté;
- elles doivent être justifiées par des raisons d'intérêt général consacrées par une disposition du Traité CEE ou par des exigences impératives reconnues par la Cour de justice;
- elles doivent être objectivement nécessaires et proportionnées au but poursuivi.

L'intérêt général ne consacre donc pas une compétence illimitée des Etats membres, mais plutôt une compétence contrôlée dont l'exercice est surveillé en dernier ressort par la Cour. Il reste vrai cependant que la notion d'intérêt général comprise dans un sens large est une notion fonctionnelle dont il est extrêmement difficile de prévoir les implications, en particulier lorsque le produit concerné est un contrat d'assurance. L'Etat membre animé par une volonté protectionniste pourrait être tenté de l'utiliser pour verrouiller son marché national et barrer l'accès aux produits d'assurance étrangers. Cette attitude est surtout à redouter dans les domaines peu ou pas du tout harmonisés au niveau communautaire.

49. L'entrave nationale dont la légitimité pourrait être soumise au contrôle de la Cour de justice peut aussi bien consister dans une mesure de police économique que dans une mesure de police contractuelle. On songe à titre principal à une interdiction découlant d'un acte législatif, réglementaire ou administratif pris par un Etat membre, de commercialiser tel ou tel produit d'assurance au titre de l'ordre ou de l'intérêt public, alors même que ce produit serait légalement commercialisé dans l'Etat du siège social de l'entreprise d'assurance (contrats de capitalisation, universal life, tontines, contrats d'assurances couvrant le retrait du permis de conduire ...). Le contrôle de la légitimité de cette restriction au regard du droit communautaire passera par un examen rigoureux des motifs d'ordre public qui justifient l'interdiction.

L'entrave pourrait aussi bien consister dans l'obligation pour l'assureur d'aménager le contenu du contrat en fonction des règles impératives de l'Etat de la prestation. L'assimilation

⁴⁷ W. VAN GERVEN, « La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice », *Rev. de la Banque*, 1991, p. 43. Sur cette notion en matière bancaire, voy. aussi J. PARDON, « La loi applicable aux contrats bancaires dans l'espace financier européen de 1993 », *Ass. belge des banques*, 1990, spéc. n° 30, p. 44.

⁴⁸ Ces conditions sont énumérées très clairement dans le préambule de la troisième directive en assurance non-vie (considérant n° 19).

entre le contrat et le produit soumet virtuellement les règles matérielles de droit contractuel impératives ou d'ordre public (au sens du droit interne), au contrôle de la Cour sur le fondement de l'intérêt général. Ces règles ont en effet une influence directe sur le contenu du produit et sur ses caractéristiques particulièrement en assurance non-vie. Elles jouent en quelque sorte le même rôle que les spécifications techniques dans le domaine de la libre circulation des marchandises. L'appréciation des conditions de nécessité et de proportionnalité paraît toutefois délicate et aléatoire lorsqu'elle concerne des règles matérielles de droit privé ⁴⁹.

50. Quelques dispositions nouvellement insérées dans la troisième directive en assurance non-vie permettent d'illustrer les virtualités de la notion d'intérêt général, en même temps qu'elles reflètent les inquiétudes de certains Etats membres face au risque que représente l'ouverture des frontières pour certains secteurs d'assurance touchant à la sécurité sociale. Ces dispositions concernent les assurances accidents du travail et les assurances maladie alternatives à la sécurité sociale.

L'assurance accidents du travail est gérée dans certains Etats membres (Belgique, Danemark, Portugal) par des assureurs privés. Les dangers d'une possible concurrence étrangère sur le marché national, ont incité les gouvernements de ces pays à demander des garanties dans l'intérêt des victimes d'accidents du travail. C'est pourquoi l'article 55 de la troisième directive prévoit que les « Etats membres peuvent exiger de toute entreprise d'assurance pratiquant sur leur territoire et à ses propres risques l'assurance obligatoire des accidents du travail, le respect des dispositions spécifiques prévues par leur législation nationale pour cette assurance, à l'exception des dispositions relatives à la surveillance financière, qui relèvent de la compétence exclusive de l'Etat membre d'origine ». Cette disposition rassurante ne constitue en fait qu'un rappel de la notion d'intérêt général prévue à l'article 28 et ne peut donc, à notre avis, être comprise comme légitimant a priori toute réglementation nationale spécifique autre que celle concernant la surveillance financière de l'entreprise. Elle ne dispense aucunement de la vérification des conditions énoncées par la Cour de justice. On peut concevoir cependant qu'elle permettra de justifier l'application des réglementations du pays d'activités concernant par exemple les modalités de règlement du sinistre et les critères d'indemnisation.

Plus explicite est la disposition de l'article 54 qui concerne les contrats d'assurance maladie pouvant se substituer partiellement ou entièrement à la couverture fournie par un régime légal de sécurité sociale. Cette formule d'assurance, qui existe en Allemagne, justifie la possibilité pour l'Etat membre concerné d'exiger que le contrat soit conforme aux dispositions légales spécifiques protégeant l'intérêt général pour cette branche d'assurance et que les conditions générales et spécifiques de cette assurance soient communiquées aux autorités compétentes de l'Etat membre d'activités préalablement à leur utilisation. Ainsi, l'Etat peut, selon l'article 54, imposer que la technique de cette assurance soit analogue à celle de

⁴⁹ Voy. B. DUBUISSON, *op. cit.*, note 12, n° 84 à 88; W. ROTH, *op. cit.*, note 45, rapport, p. 3.

l'assurance vie, notamment, lorsque les primes versées sont calculées sur la base de table de fréquence des maladies, lorsqu'une réserve de vieillissement est constituée, lorsque l'assureur ne peut annuler le contrat que durant un certain délai et lorsque le contrat prévoit la possibilité d'augmenter les primes ou de réduire les versements.

3. La demande de produits étrangers

51. Les directives communautaires de la troisième génération s'appuient implicitement sur la conviction qu'une modification des conditions de l'offre entraîne inévitablement une modification du marché. Ce faisant, elle néglige la question de la demande et des facteurs qui la déterminent. Or, ces facteurs, qui tiennent au contexte culturel, institutionnel et socio-économique de chaque Etat membre, jouent un rôle important dans la souscription des contrats d'assurance particulièrement en branche vie, conçue comme un des piliers de la retraite.

Le contexte culturel de l'assurance est radicalement différent dans les pays anglo-saxons et dans les pays continentaux. Alors que le modèle britannique s'inspire d'une gestion spéculative et performante du risque, le modèle alpin privilégie la sécurité et la solidarité issues de la mutualisation des risques. Alors que dans « le modèle alpin », l'assurance est d'abord une institution dont le bon fonctionnement exige que la loi du marché soit strictement réglementée, dans le « modèle anglo-saxon », l'assurance est d'abord un marché soumis aux lois générales de la concurrence et où la spécificité des compagnies se limite à l'application des règles prudentielles ⁵⁰. Sous cet angle, le système proposé par les directives communautaires est certainement plus proche du modèle anglo-saxon que du modèle continental.

Ces différences culturelles sont bien sûr difficilement surmontables et ne peuvent être résolues uniquement par des textes juridiques. Le Marché unique n'impose d'ailleurs pas qu'elles s'estompent à titre préalable. Le consommateur doit toutefois être conscient qu'en s'adressant à une compagnie d'assurance étrangère, il peut aussi entrer dans une culture d'assurance différente de celle qui prévaut dans le pays où il réside. Ce passage nécessite donc une connaissance précise des conditions du marché, sans quoi l'on ne peut exclure certaines déconvenues, notamment au moment du règlement du sinistre.

52. La structure des produits d'assurance vie commercialisés sur un marché national est aussi étroitement liée aux systèmes fiscaux (déductibilités, exonération ou réduction d'impôts ...) ou sociaux (organisation du deuxième et du troisième piliers, système par répartition ou capitalisation, facultatif ou obligatoire ...) prévalant dans l'Etat concerné.

Si le marché européen des assurances permettra indéniablement d'accroître l'offre et l'assortiment des produits d'assurance vie, il aura en revanche un effet vraisemblablement

⁵⁰ Voy. M. ALBERT, « L'avenir de l'assurance, modèle alpin ou maritime », *Risques*, 1991, pp. 181-193.

limité sur la structure même de ces produits, car les conditions qui ont une influence directe sur cette structure ne font l'objet d'aucune harmonisation pour l'instant. Ceci contribuera à atténuer considérablement la concurrence transfrontalière sur les produits d'assurance vie ⁵¹.

53. Le traitement de la fiscalité directe confirme cette analyse. La constitution d'une épargne à long terme est en effet encouragée dans la plupart des Etats membres par des incitants fiscaux dont le bénéfice est subordonné le plus souvent à la souscription du contrat auprès d'une entreprise établie dans l'Etat membre qui accorde l'avantage fiscal. La Cour de justice a eu récemment à se prononcer, dans deux arrêts du 28 janvier 1992, sur la compatibilité avec la liberté de circulation des travailleurs et la liberté de prestations des services, de la réglementation belge limitant la déductibilité des cotisations d'assurance complémentaires contre la vieillesse et le décès prématuré aux versements effectués par le contribuable à titre définitif en Belgique ⁵².

Contre toute attente, la Cour de justice a admis que les mesures prises par l'Etat belge étaient « nécessaires pour assurer la cohérence du régime fiscal en cause » et a reconnu que ce motif pouvait être retenue au titre de l'intérêt général pour justifier l'entrave nationale au regard des articles 48 et 59 du Traité C.E.E.. Dans le régime fiscal belge en effet, la perte de recettes qui résulte de la déduction des cotisations d'assurance vie du revenu total imposable est compensée par une imposition des pensions, rentes ou capitaux versés par l'assureur à l'échéance.

Même si les arrêts de la Cour paraissent critiquables à plusieurs points de vues ⁵³, ils réduisent considérablement l'intérêt de la libre prestation des services en assurance vie pour le consommateur. Le fait de ne pouvoir bénéficier de la déductibilité des primes lorsque le contrat est souscrit auprès d'une entreprise étrangère est, en effet, un facteur assez dissuasif. La Cour le reconnaît elle-même lorsqu'elle affirme que « des dispositions qui impliquent

⁵¹ En ce sens, D. NONHOFF, « Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft », 2/1991, p. 233.

⁵² Arrêts du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, H.M. Bachmann c/ Etat belge et Aff. C-300/90 Commission c/ Royaume de Belgique, non encore publiés.

⁵³ La justification tirée de la cohérence du régime fiscal, notion qui n'avait jamais été reconnue auparavant par la Cour et qui se distingue de celle tirée de l'efficacité des contrôles fiscaux, n'est guère convaincante, car le législateur belge pouvait contourner cet écueil en imposant aux assureurs étrangers de fournir des garanties ou en concluant des conventions bilatérales avec d'autres Etats membres pour éviter les doubles impositions. De plus, les restrictions issues de la législation belge, à les supposer justifiées par l'intérêt général, ne satisfont pas au critère de proportionnalité. L'examen auquel la Cour a procédé paraît très sommaire à cet égard. Il n'est pas du tout certain qu'un même résultat n'aurait pu être obtenu par des règles moins contraignantes. L'Avocat général qui était d'un avis contraire à celui de la Cour avait d'ailleurs souligné qu'aux Pays-Bas ou au Danemark la déduction aurait été possible dans la même situation, moyennant la garantie de l'assureur de payer les impôts dus au titre de la législation nationale (système danois).

De plus, en ce qui concerne la compatibilité avec l'article 59 CEE, la constatation d'une discrimination manifeste et directe à l'égard des assureurs étrangers aurait dû conduire la Cour, dans la continuité de sa jurisprudence, à limiter son examen aux raisons d'ordre public au sens de l'article 56 CEE susceptibles de justifier le régime belge. Seules ces raisons pouvaient en effet justifier des mesures discriminatoires. Celles-ci n'étaient manifestement pas présentes en l'espèce. Ce revirement apparent de jurisprudence aurait certainement mérité de plus amples développements.

l'établissement de l'assureur dans un Etat membre pour que les assurés puissent bénéficier, dans cet Etat, de certaines déductions fiscales, découragent les assurés de s'adresser aux assureurs établis dans un autre Etat membre, et partant, constituent, pour ces derniers, un obstacle à la libre prestation des services » (attendus n° 21 de l'arrêt *Commission c/ Etat belge* et n° 31 de l'arrêt *Bachmann c/ Etat belge*).

Tant que des mesures substitutives ne sont pas proposées par la Commission (harmonisation fiscale qui paraît peu probable, ou application de la fiscalité du pays de la résidence du preneur comme dans le domaine de la taxation indirecte du contrat d'assurance ...), l'espoir du consommateur réside dans un revirement éventuel de la jurisprudence de la Cour à la faveur d'un nouvel arrêt, ou dans la possibilité de souscrire à l'étranger des produits dont le rendement serait plus élevé que les économies résultant des avantages fiscaux. Dès l'entrée en vigueur des troisièmes directives, la souscription de l'assurance auprès d'une succursale de l'entreprise étrangère établie dans le pays de résidence habituelle du consommateur permettra toutefois de cumuler l'attrait des produits étrangers avec les avantages fiscaux accordés éventuellement par ce pays. Les arrêts du 28 janvier 1992 replacés dans le contexte des troisièmes directives contribuent ainsi à marginaliser la libre prestation des services par rapport au droit d'établissement dans le secteur des assurances, marginalisation accentuée par le fait que dans le domaine des risques des particuliers, l'assurance reste un service de proximité.

4. *La proximité du service*

54. L'approche européenne centrée sur la libre commercialisation des produits tend à occulter le fait que l'assurance est essentiellement un service dont l'efficacité se révèle au moment de la réalisation du risque assuré. Cette affirmation est surtout vraie pour l'assurance dommages, où la procédure de constatation et de règlement du sinistre nécessite des contacts rapprochés et des démarches multiples dans le pays où le risque s'est réalisé. Elle est sans doute moins pertinente pour l'assurance vie dont les caractéristiques sont proches des produits financiers.

Pour le preneur d'une assurance non-vie, il est important de pouvoir compter sur une « présence » de la compagnie d'assurance avec laquelle il a contracté, dans le pays où le risque est situé. En assurance de la responsabilité civile, le problème prend une dimension supplémentaire souvent oubliée, car la victime, par hypothèse tierce au contrat d'assurance, ne doit pas être pénalisée au niveau du règlement par le fait que le preneur a souscrit le contrat en libre prestation de services auprès d'une compagnie étrangère.

Cette constatation condamne-t-elle la libre prestation des services sur le plan de la stratégie commerciale ? Sans doute pas. Si la définition même de la liberté de prestation des services ne paraît pas permettre à l'entreprise non établie de recourir, dans *l'exercice de ses*

activités commerciales dans l'Etat de la prestation, à une agence, à une succursale, à un bureau géré par le propre personnel de l'entreprise ou à une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence au nom de l'entreprise, comme le ferait une agence (art. 3 LPS non-vie et LPS vie), en revanche, rien ne s'oppose à notre avis à ce que l'entreprise libre prestataire puisse s'appuyer sur une présence occasionnelle ou même permanente dans le pays où elle exerce des activités pour *la gestion et l'exécution des contrats*, et donc même pour le règlement des sinistres. Cette présence pourrait consister dans le recours aux services d'un intermédiaire, d'un bureau de règlement de sinistres établi dans le pays de la prestation, mais aussi, à l'extrême limite, d'une succursale dont l'entreprise disposerait dans le pays du risque.

55. Les dispositions spécifiques prévues par la directive LPS auto du 8 novembre 1990 confirment ce point de vue. Lorsqu'une assurance R.C. automobile obligatoire est souscrite en libre prestation de services, l'article 6, § 4, de cette directive oblige en effet l'entreprise d'assurances à désigner un représentant résidant ou établi sur le territoire où est situé le risque (lieu d'immatriculation du véhicule). Ce représentant aura pour mission de réunir toutes les informations nécessaires en relation avec les dossiers d'indemnisation. Il devra disposer des pouvoirs suffisants pour représenter l'entreprise auprès des personnes qui ont subi un préjudice, pour payer l'indemnité et pour la représenter devant les tribunaux et les autorités de l'Etat membre. De même le représentant peut aussi être appelé à représenter l'entreprise devant les autorités pour ce qui est du contrôle et de la validité des polices d'assurance.

La directive précise expressément que la désignation d'un tel représentant ne constitue pas une succursale ou une agence et qu'il n'est pas considéré comme un « établissement » au sens du Traité CEE. Toutefois, la personne désignée ne peut se livrer à aucune opération d'assurance directe pour le compte de l'entreprise qui l'a désignée. On pourrait donc en déduire que seules les activités de type commercial consistant dans la prospection et la souscription des contrats sont visées au titre du droit d'établissement au sens du Traité CEE. On s'étonnera toutefois qu'une telle obligation, déterminante pour la sauvegarde des droits des victimes, n'ait pas été étendue à l'ensemble des assurances de responsabilité ⁵⁴.

56. Il faut reconnaître cependant que la perspective de l'entrée en vigueur des directives de la troisième génération relativise considérablement l'intérêt de la libre prestation des services pour les entreprises d'assurance et les consommateurs. En effet, en souscrivant le

⁵⁴ Afin que la souscription d'une police d'assurance en libre prestation de services ne porte pas préjudice aux tiers lésés, l'article 24 de la directive LPS non-vie se limite à prévoir la possibilité pour l'Etat membre d'imposer aux assureurs opérant sur son territoire d'être affiliés et de participer dans les mêmes conditions que les entreprises établies, à tout régime destiné à garantir aux assurés et aux tiers lésés le paiement des demandes d'indemnisation. L'article 6 de la directive LPS auto précise cette disposition pour l'assurance automobile en obligeant l'entreprise d'assurance exerçant des activités en libre prestation de services à adhérer à son bureau national et à son fonds national de garantie et à leur financement.

contrat auprès d'une succursale établie dans le pays d'activités, les particuliers pourront bénéficier de tous les avantages de la proximité sans perdre le profit d'un environnement réglementaire (technique et financier) éventuellement plus favorable du pays du siège social de l'entreprise et ce sous la seule réserve de l'intérêt général⁵⁵. S'il s'agit d'un contrat d'assurance vie, la souscription auprès d'une succursale permettra aussi d'éviter la perte des avantages fiscaux. Pour le marché des particuliers, à l'exception peut-être des transfrontaliers, la libre prestation de services promet donc de rester marginale⁵⁶.

5. *La distribution des produits étrangers*

57. L'ouverture du Marché intérieur des assurances multipliera sans doute les offres et sollicitations diverses adressées au consommateur. Du point de vue des entreprises, les réseaux et les méthodes de distribution des contrats sont un élément déterminant dans la stratégie des compagnies (vente directe, agence, intermédiaires ...). Du point de vue des consommateurs, la multiplication des offres justifie une protection particulière à l'égard des pratiques commerciales déloyales.

58. Les directives communautaires relatives à l'assurance n'entrent en principe pas dans les considérations liées aux méthodes de distribution des produits d'assurance, qui relèvent de la stratégie propre à chaque compagnie.

Sous l'angle strictement juridique, les seules contraintes issues des textes communautaires, sont celles qui découlent en définitive de la distinction entre la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services. On sait que cette distinction, qui subsiste dans les troisièmes directives malgré la suppression de l'interdiction du cumul (article 37, troisième directive non-vie et article 37, troisième directive vie), n'est pas parfaitement claire (voy. supra n° 54).

On ne peut se cacher toutefois que la distribution par courtage constitue le prolongement naturel d'un régime de libre concurrence tarifaire. De fait, on peut constater que dans les pays où la concurrence en matière de prix et de produits joue librement, les systèmes de distribution par agences ou courtiers indépendants sont nettement plus développés que dans les pays réglementés où prédominent les systèmes d'agents liés⁵⁷. Les troisièmes directives

⁵⁵ Lorsque les activités sont exercées par la voie d'une succursale, l'article 28 de la troisième directive en assurance non-vie et l'article 32 de la proposition modifiée de troisième directive vie oblige l'entreprise à désigner un mandataire général qui sera doté des pouvoirs suffisants pour engager l'entreprise à l'égard des tiers et pour la représenter vis-à-vis des autorités et des juridictions de l'Etat membre de la succursale.

⁵⁶ Même dans le secteur des grands risques, le Lloyd's ne se déclare pas très optimiste quant aux perspectives de l'assurance directe à caractère transnational (World Insurance Report n° 417/2, août 1991, p. 10). Au cours du premier semestre suivant l'entrée en vigueur de la directive du 22 juin 1988 (de juillet à décembre 1990), l'assurance directe à caractère transnational n'a représenté que 33 millions de Livres, dont 2, 2 millions seulement reviennent au marché non-maritime.

⁵⁷ J. MARBACHER, *op. cit.*, note 31, p. 1397.

qui s'inspirent d'un modèle d'économie de marché de type britannique favorisent donc implicitement le développement des réseaux d'intermédiaires indépendants..

59. Les directives relatives à l'assurance comprennent peu de dispositions destinées à protéger le consommateur contre des pratiques commerciales déloyales. Sur ce plan, l'article 41 de la troisième directive en assurance non-vie et l'article 41 de la troisième directive vie autorisent les entreprises d'assurance, dont le siège social est situé dans un Etat membre, à faire de la publicité pour leurs services par tous les moyens de communications disponibles dans l'Etat membre de la succursale ou de la prestation de services. Celles-ci doivent toutefois respecter les règles éventuelles régissant la forme et le contenu de cette publicité arrêtées pour des raisons d'intérêt général. La notion d'intérêt général est ici reprise dans un autre contexte, mais son application répond, en droit communautaire, aux mêmes critères que ceux définis précédemment. Les mesures nationales visées doivent donc poursuivre un but légitime et être proportionnées à l'objectif poursuivi.

60. Face à l'élargissement de la gamme des produits offerts, le rôle des intermédiaires d'assurance sera déterminant pour le consommateur qui doit pouvoir compter sur la compétence et la qualification professionnelle de son interlocuteur. Ces exigences conditionnent l'accès aux produits étrangers. Même si les pratiques et les stratégies de distribution évoluent considérablement, notamment sous l'influence du marketing direct et du phénomène de la « bancassurance », la distribution de l'assurance reste largement dominée dans la plupart des pays de la Communauté par les intermédiaires, avec une préférence plus ou moins marquée selon les pays pour les courtiers ou les agents. En l'absence d'une réglementation harmonisée sur les conditions d'accès à la profession, des garanties minimales doivent être fournies dans un souci de protection du consommateur. C'est dans ce but que la Commission a adopté le 18 décembre 1991 une recommandation destinée aux Etats membres sur les intermédiaires d'assurance ⁵⁸.

Cette recommandation vise à susciter ou à améliorer la convergence des réglementations professionnelles concernant l'accès à l'activité d'intermédiaires. Elle invite les Etats membres à fixer des exigences minimales pour les agents et courtiers d'assurances ⁵⁹, portant notamment sur leur qualification professionnelle, leur honorabilité, les garanties financières requises et l'assurance de leur responsabilité civile professionnelle ⁶⁰. Un système d'immatriculation indiquant le niveau de compétence et le degré d'indépendance dont les modalités sont précisées en annexe est également suggéré. On notera que l'article 3 de cette

⁵⁸ *J.O.C.E.*, n° L 19 du 28 janvier 1992, p. 33.

⁵⁹ Au sens de l'article 2, § 1, de la directive 77/92/CEE du 13 décembre 1976 sur les intermédiaires d'assurance, *J.O.C.E.*, n° L 26 du 31 janvier 1977.

⁶⁰ Le champ d'application de la Recommandation couvre en fait toutes les formes d'intermédiation, c'est-à-dire non seulement les agents et courtiers, mais aussi les banques, les commerces de détail, la poste et les agences de voyages qui proposent des contrats d'assurance à leur clientèle.

annexe prévoit que les courtiers doivent informer les preneurs d'assurance de tout lien juridique ou économique direct avec une entreprise d'assurance et de tout lien de participation avec une telle entreprise susceptible d'affecter leur liberté de choix. Ils doivent même informer l'autorité administrative compétente de la répartition de leurs opérations entre entreprises au cours de l'année écoulée.

VI. CONCLUSIONS

L'examen des directives communautaires relatives à l'assurance débouche sur un constat en demi-teinte. Si le consommateur est largement laissé à l'écart de la libéralisation partielle réalisée par les directives de la deuxième génération pour des raisons qui tiennent, à tort ou à raison, au besoin de protection, les directives de la troisième génération devraient lui donner un accès plus important aux produits étrangers.

Le concept de produits d'assurance étrangers est toutefois ambigu, sinon trompeur. L'assurance est un service complexe qui ne peut être assimilé à une marchandise et qui ne se satisfait pas d'une simple transposition des règles relatives à la libre circulation des produits ⁶¹. La fixation du niveau de la prime d'assurance dépend en effet de multiples variables dont toutes ne sont pas tributaires du pays où est établie l'entreprise d'assurance ⁶². Ceci relativise, sans le supprimer, l'intérêt des comparaisons de tarifs pratiqués dans les différents Etats membres. Parmi ces variables on notera :

1. *Les facteurs assurantiels* (masse assurable, attitude face au risque, fréquence et intensité moyenne des sinistres). Ces facteurs dépendent du pays où le risque est situé ou du pays où le sinistre survient ⁶³. Une entreprise d'assurances doit tenir compte pour préserver son équilibre technique. Ainsi, il n'est pas du tout certain qu'un assureur britannique pourra maintenir les tarifs automobiles qu'il propose dans son pays à des assurés britanniques, s'il entend couvrir des risques situés en Italie (véhicules immatriculés en Italie), pays où la sinistralité automobile est particulièrement élevée.
2. *Les facteurs juridiques* (droit du contrat, règles d'indemnisation des sinistres). Ces facteurs sont surtout déterminants pour les assurances non-vie. En ce qui concerne le droit du contrat, les directives européennes contiennent, on l'a vu, des règles de conflit de

⁶¹ Le rapport Cecchini sur « le coût de la non-Europe des services financiers » verse dans cette erreur (voy. Price WATERHOUSE, *The Cost of non Europe in Financial Services*, 1988). Selon ce rapport, l'ouverture des frontières devrait entraîner une diminution de prix jusqu'au niveau moyen de ceux constatés dans les quatre pays les moins chers. Les facteurs influençant la prime dans le pays du risque sont ainsi occultés.

⁶² Pour une analyse complète des facteurs influençant la prime, voy. D. KESSLER, « Equilibre ou déséquilibre des marchés d'assurance en Europe », *Risques*, n° 8, décembre 1991, pp. 41-68.

⁶³ Les différences de sinistralité sont particulièrement sensibles dans le domaine de l'assurance automobile.

lois qui désignent le plus souvent la loi du pays de résidence habituelle du consommateur et non la loi du pays d'établissement de l'assureur.

Le contrat d'assurance vendu par-delà les frontières à un consommateur ne sera donc pas configuré selon les mêmes règles qu'un contrat interne et ne pourra donc probablement pas être souscrit aux mêmes conditions tarifaires, du moins si la loi applicable au contrat est très contraignante. En l'absence d'harmonisation, les règles d'indemnisation dépendent, quant à elles, en principe de la loi du lieu du fait dommageable et sont très variables d'un Etat à l'autre. En matière de responsabilité civile par exemple, un même cas d'incapacité totale peut aboutir à des montants variant de 1 à 9 selon les pays ⁶⁴. Ces règles qui divergent considérablement d'un Etat à l'autre sont aussi un élément de coût important pour l'assureur qui couvre des risques à l'étranger.

3. *Les facteurs réglementaires et administratifs* (règles de contrôle des conditions contractuelles et tarifaires, des provisions techniques et des actifs représentatifs ...). Le principe d'applicabilité est ici clairement défini par la réglementation européenne : les directives de la troisième génération s'appuient sur le principe fondamental de l'application de la loi du pays d'origine de l'entreprise. La suppression pure et simple du contrôle matériel a priori accompagnée d'une harmonisation minimale des règles de calcul et de représentation des provisions techniques devrait permettre de neutraliser ou, du moins, de réduire l'impact de la législation de contrôle sur le coût des produits. Même si les entreprises restent, dans une certaine mesure, tributaires des distorsions de concurrence suscitées par des règles et des pratiques nationales de contrôle divergentes, la législation communautaire trouve ici son principal point d'impact : elle contribue par le décloisonnement des marchés à réduire les conséquences des réglementations de contrôle sur la détermination des primes et la commercialisation des produits.
4. *Les facteurs fiscaux* (taxe sur le contrat d'assurance et incitants fiscaux ...). La fiscalité indirecte liée à la souscription d'un contrat d'assurance a une influence déterminante sur le niveau de la prime commerciale. En l'absence d'harmonisation de la taxe sur le contrat d'assurance, son montant dépend de la législation du pays du risque ou de l'engagement ⁶⁵. Ce principe de la territorialité fiscale permet de neutraliser l'effet négatif des taxes divergentes sur la concurrence. Néanmoins, l'assureur étranger devra intégrer ce coût fiscal dans le tarif proposé au consommateur, ce qui l'empêchera aussi de pratiquer le même prix que celui proposé pour un contrat interne. Les incitants fiscaux accordés dans le cadre de la souscription d'assurances retraite, maladie ou invalidité

⁶⁴ P. SZOLOSZY, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, juillet 90.

⁶⁵ Au Royaume-Uni par exemple, il n'existe aucune fiscalité indirecte ni sur l'assurance vie, ni sur l'assurance des risques industriels, ni sur l'assurance automobile.

complémentaires, n'ont pas de répercussion sur les tarifs, mais exercent une influence déterminante dans le choix du consommateur. La possibilité de refuser la déduction à des consommateurs qui n'ont pas souscrit leur contrat auprès d'une entreprise établie dans le pays de leur résidence habituelle contribue à recloisonner les marchés nationaux.

5. *Les facteurs commerciaux et financiers* (coûts de gestion, charges d'acquisition, efficacité des techniques et des réseaux de distribution ...). Ces facteurs qui dépendent de l'efficacité et de la compétitivité de l'entreprise d'assurance ne sont pas traités par la législation communautaire, conformément à la logique de l'économie du marché. Sur ce plan, les consommateurs européens pourront profiter pleinement de la concurrence, compte tenu cependant des difficultés particulières liées à la distribution et à la gestion des polices en libre prestation de services.

Au vu de ces différentes considérations, on peut croire que l'entrée en vigueur des troisièmes directives entraînera plutôt une coexistence qu'une véritable intégration des marchés nationaux. La stratégie des entreprises d'assurance qui s'oriente principalement vers l'acquisition ou la prise de participation dans des sociétés existantes établies dans le marché convoité accrédite l'idée du maintien de marchés nationaux, en tout cas pour ce qui concerne le consommateur.

Bernard DUBUISSON