

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**Au lendemain du 1er juillet 1994:
La réalité des marchés à l'épreuve de la nouvelle
conception européenne de l'assurance**

par Jean-Marc BINON

Doc. 94/14

Colloque de la Section Lombardie de l'A.I.D.A. sur
le thème "Novità qualificanti delle Direttive
Assicurative di terza generazione" (Milan, 4.11.1994)

Introduction

1. La philosophie et les principes essentiels des troisièmes directives "assurances"

1. La Communauté Economique Européenne - devenue l'"Union Européenne" avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht le 1er novembre 1993 - aura attendu plus de trente ans pour avoir son Marché de l'assurance : au terme d'un processus de libéralisation engagé au début des années septante, les directives dites "de la troisième génération" (directive du 18 juin 1992 pour l'assurance non-vie; directive du 10 novembre 1992 pour l'assurance vie) sont applicables depuis le 1er juillet 1994, marquant ainsi la naissance "officielle" du Marché Unique de l'assurance. Depuis un peu plus de quatre mois, l'Europe "virtuelle" de l'assurance est devenue une réalité, dans les textes du moins. De plus, elle intègre, non plus douze, mais dix-sept marchés - les 12 marchés de l'Union Européenne (U.E.) et les 5 marchés de l'A.E.L.E. signataires du Traité sur l'Espace Economique Européen (Autriche, Finlande, Islande, Norvège, Suède) ¹ - depuis que l'"acquis communautaire" (càd. la législation communautaire que les pays de l'A.E.L.E. sont tenus d'intégrer dans leurs droits nationaux) a été étendu aux troisièmes directives assurances ^{2 3}.

2. En assurance comme dans les autres secteurs de services financiers, la construction du Marché européen a reposé sur deux postulats fondamentaux :

- le décloisonnement des espaces nationaux, par l'allègement des conditions d'accès et d'exercice transfrontalier des activités d'assurance dans les différents marchés;
- la réduction de l'interventionnisme et du contrôle étatiques et, corrélativement, un transfert substantiel de la responsabilité des activités d'assurance, des autorités publiques aux entreprises privées.

Que l'on s'en réjouisse ou non, cette conception libérale imprègne pleinement les directives de la troisième génération ⁴. Leurs principes en sont désormais connus, tant la presse (spécialisée ou non) s'en est fait l'écho dans toute l'Europe ces derniers mois :

- régime de l'agrément unique ("passeport européen"), autorisant toute entreprise ayant son siège social dans l'un des 17 Etats de l'Espace Economique Européen (E.E.E.) et agréée dans cet Etat à commercialiser ses produits par la voie d'agences/succursales ou en libre prestation de services (L.P.S.) sur l'ensemble du territoire européen, sous le couvert de l'agrément initial et sous le contrôle technique et financier (contrôle "prudentiel") de son Etat "d'origine" ("*home country control*");

¹ On sait que depuis, l'Autriche et la Finlande ont franchi une étape supplémentaire - et décisive - : le 1er janvier 1995, elles deviendront les 13ème et 14ème Etats membres de l'Union Européenne. La Suède doit se prononcer sur l'adhésion à l'U.E. le 13 novembre et la Norvège, le 27 ou 28 du même mois. L'Islande n'est, pour l'heure, pas candidate à l'adhésion.

² Décision du Comité mixte de l'E.E.E. du 21 mars 1994 (*J.O.C.E.*, n° L. 160 du 28 juin 1994).

³ La troisième directive assurance non-vie n'est toutefois pas applicable à la Finlande.

⁴ On relira, pour s'en convaincre, la description que M. Fitchew (à l'époque directeur général de la D.G. XV de la Commission Européenne) donnait du "Marché Commun de l'assurance" dans un discours-programme de mars 1988, dont un large extrait est publié dans le Cahier de l'U.P.E.A. (Union Professionnelle des Entreprises d'Assurances de Belgique) sur "Le Marché Européen : ce qu'en attend l'assurance belge" (p. 9).

- suppression des systèmes de double agrément en régime d'établissement, en L.P.S. "active" (en assurance vie) et en L.P.S. "risques de masse" (en assurance non-vie) et généralisation des procédures de notification à l'autorité de contrôle du pays d'origine;
- reconnaissance mutuelle des régimes d'agrément et de contrôle appliqués par les différents Etats de l'E.E.E.;
- suppression quasi-complète du contrôle préalable des conditions contractuelles ⁵ et tarifaires ⁶ (contrôle matériel), désormais remplacé par un contrôle de la solvabilité de l'entreprise d'assurance, de son actionnariat et de sa direction;
- libéralisation des règles de placement des provisions techniques et mathématiques ⁷.

3. Ces différents principes témoignent à l'évidence du parti pris pour une économie de marché à l'échelon européen, libérant dans une très large mesure les activités d'assurance de l'intervention des autorités publiques en vue de susciter une offre optimale de prix et de produits; dans cette optique, le droit au choix le plus large possible entre des produits d'assurance novateurs et proposés au meilleur prix par des compagnies de tous horizons est perçu comme la meilleure garantie de protection du consommateur ⁸. Cette déréglementation substantielle, on le sait, n'a cependant été rendue possible que par une harmonisation de certains aspects essentiels de l'activité d'assurance, à savoir - notamment - les normes prudentielles applicables aux entreprises.

4. Les Etats (de l'U.E. à tout le moins) étaient tenus d'adopter au plus tard le 31 décembre 1993 les dispositions nécessaires pour se conformer aux troisièmes directives et de les appliquer à partir du 1er juillet 1994.

A ce jour, 7 pays ont complètement (ou presque) intégré les règles prescrites par les troisièmes directives : les Pays-Bas ⁹, le Royaume-Uni ¹⁰, l'Allemagne ¹¹, le Portugal ¹², le Danemark ¹³, la France ¹⁴ et la Belgique ¹⁵. Les projets d'intégration

⁵ Sous réserve de dérogations particulières précisées plus loin (voy. *infra*, n° 10)

⁶ Sous réserve de dérogations particulières précisées plus loin (voy. *infra*, n° 10).

⁷ Ce point sera plus amplement développé ultérieurement (voy. *infra*, 2ème partie).

⁸ Voy. le considérant n° 19 de la troisième directive assurance non-vie et le considérant n° 20 de la troisième directive assurance vie.

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

¹⁰ Insurance Companies (Third Insurance Directives) Regulations 1994 (qui amende l'Insurance Companies Act de 1982) et Insurance Companies Regulations 1994 (qui amende et "consolide" l'Insurance Companies Regulations de 1981).

¹¹ Loi du 21 juillet 1994 (*Bundesgesetzblatt*, 1994, I, pp. 1630 à 1669), entrée en vigueur le 29 juillet.

¹² Décret-Loi n° 102/94 du 20 avril 1994 (*Diario da Republica*, n° 92) et arrêté n° 110/94 du 26 juillet.

¹³ Loi n° 363 du 18 mai 1994.

¹⁴ Loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 (*J.O.* du 5 janvier 1994), décret n° 94-635 du 25 juillet 1994 (*J.O.* du 25 juillet 1994) et arrêté du 8 août 1994 (*J.O.* du 23 août 1994).

¹⁵ Arrêtés royaux du 12 août 1994 (*M.B.*, 16 septembre et 12 octobre). Un dernier projet d'arrêté royal doit encore être adopté; il concerne notamment l'information du preneur et les relations avec les Etats de l'A.E.L.E.

devraient être prochainement adoptés en Italie ¹⁶, en Irlande ¹⁷ et au Luxembourg ¹⁸. Les retards sont en revanche plus sérieux en Espagne et en Grèce, où il n'existe à l'heure actuelle que des avants-projets de transposition. Parmi les pays de l'A.E.L.E., la Norvège ¹⁹ et l'Autriche ²⁰ ont déjà adapté leur dispositif de contrôle aux troisièmes directives; en Finlande, en Islande et en Suède, la transposition devrait selon toute vraisemblance être achevée pour le début de l'année 1995.

Ces retards ont conduit la Commission Européenne à rappeler aux autorités de contrôle nationales les conséquences juridiques de la non-transposition des troisièmes directives pour l'exercice des activités transfrontalières d'assurance ²¹.

2. La technique de l'harmonisation minimale : sa portée et ses conséquences

5. Les troisièmes directives contiennent une série de règles coordonnées, essentiellement dans le domaine prudentiel, qui s'imposent dans les mêmes termes et de manière inconditionnelle à tous les Etats.

En revanche, sur de nombreux points, elles n'ont procédé qu'à une harmonisation légère, assortie d'options pour les législateurs nationaux. D'autre part, certaines questions n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation, soit parce que celle-ci ne paraissait pas indispensable, soit parce qu'elle n'était pas réalisable dans les délais imposés par l'Acte Unique Européen de 1986 pour achever le Marché Unique de l'assurance. Enfin, les troisièmes directives n'ont jamais eu, ni pour objectif, ni pour ambition, de gommer les particularismes des marchés nationaux d'assurance.

6. Tous ces domaines restés - en tout ou en partie, et peut-être provisoirement pour certains - en marge de l'oeuvre de coordination du législateur communautaire sont autant d'occasions pour les Etats membres, les autorités de contrôle et les opérateurs d'exprimer, à travers leurs réglementations, décisions et pratiques, leur conception de l'activité d'assurance ou d'y intégrer des préoccupations propres à leur marché.

Dans quelle mesure les orientations, interprétations et comportements rencontrés sur les différents marchés nationaux reflètent-ils la philosophie animant les troisièmes directives : s'inscrivent-ils dans la perspective libérale sous-jacente à la création du

¹⁶ Loi n° 146 du 22 février 1994 (*G.U.*, 4 mars) - "loi de procuration" - donnant mandat au Gouvernement italien pour transposer les troisièmes directives ainsi que la directive "Comptes" du 19 décembre 1991 dans un délai d'un an, en tenant compte des options fixées par la loi.

¹⁷ En assurance non-vie, projet de réglementation du 26 juillet 1994; en assurance vie, projet de réglementation datant de la mi-juillet.

¹⁸ Le vote du projet de loi a été postposé en juin dernier en raison des élections législatives; il devrait intervenir à l'automne. La loi requiert cependant un règlement d'exécution.

¹⁹ Ot. prp. n° 70 et 71 (1993-1994) du 16 juin 1994.

²⁰ VAG Nouvelles 1994 (*B.G.Bl* n° 652/1994), entrée en vigueur le 1er septembre dernier.

²¹ "Non-transposition par un ou plusieurs Etats membres des troisièmes directives "assurances" : conséquences juridiques au 1er juillet 1994" (Doc. XV/2035/94).

Il ressort de ce document que :

a) si l'Etat membre d'origine de l'assureur a transposé les troisièmes directives, ce dernier peut dès à présent faire état de son passeport européen sur les autres marchés, même si ceux-ci n'ont pas encore intégré les nouvelles normes communautaires;

b) à l'inverse, tant que son Etat d'origine n'a pas transposé les troisièmes directives, l'assureur ne peut pas se prévaloir de son agrément pour accéder à un autre marché européen, quand bien même ce dernier aurait complètement adapté sa législation aux directives.

Marché Unique de l'assurance ou, au contraire, entendent-ils se démarquer de l'optique clairement affichée par les autorités communautaires ?

Qu'en penser et comment les traiter dans un contexte d'activités transfrontalières ?

Quels effets sont (ou pourraient être) liés à la disparité des réglementations nationales dans un espace communautaire désormais intégré ?

7 . Nous avons choisi de procéder à cette "confrontation" de la réalité des marchés à la nouvelle conception européenne de l'assurance, au départ de trois aspects majeurs de l'activité d'assurance :

- la fixation des conditions contractuelles et des tarifs;
- la politique de placement des provisions techniques et mathématiques;
- les règles de protection des créanciers d'assurance en cas de faillite de l'assureur, tout particulièrement en assurance vie.

I. La fixation des conditions contractuelles et des tarifs

1. Les règles de droit communautaire et de droit international privé

8. Le droit (privé) du contrat d'assurance n'a finalement pas été harmonisé au niveau communautaire, une telle harmonisation n'ayant pas été jugée indispensable à l'achèvement du Marché Unique ²².

Dans ce contexte, la rédaction d'une police d'assurance transfrontalière (càd. souscrite en libre établissement ou en L.P.S.) implique avant tout de l'assureur qu'il prenne en compte la loi - ou à tout le moins ses dispositions impératives - réputée applicable au contrat en vertu, tantôt du choix opéré par les parties (en grands risques non-vie essentiellement), tantôt des règles de conflits de lois inscrites dans les deuxième et troisième directives assurances ²³.

D'après le droit international privé, le contrat d'assurance transfrontalier doit également satisfaire aux "règles" ou "lois de police" en vigueur sur le territoire de l'Etat où le risque est situé ²⁴.

En assurance (non-vie) obligatoire ²⁵, le contrat doit par ailleurs être conforme aux "dispositions spécifiques" qui régissent la branche en question dans l'Etat où est localisé le risque ou l'activité assurés ²⁶ (articles 8 de la deuxième directive et 30 de la troisième directive).

En outre, dans toute assurance, le contrat doit respecter les "dispositions légales d'intérêt général" en vigueur dans l'Etat du risque (en assurance non-vie) ou de l'engagement (en assurance vie) (article 28 des troisième directives).

On observera enfin que les troisième directives imposent dorénavant à l'assureur d'informer le preneur avant la conclusion du contrat et pendant son exécution, afin de

²² Voy. le considérant n° 18 de la troisième directive assurance non-vie et le considérant n° 19 de la troisième directive assurance vie. La proposition de directive du 10 juillet 1979 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), ainsi que la proposition modifiée de directive du 30 décembre 1980 portant sur le même objet (*J.O.C.E.*, n° C. 355 du 31 décembre 1980) ont d'ailleurs été retirées du programme d'achèvement du Marché Intérieur, la Commission Européenne ayant estimé qu'elles ne revêtaient plus un caractère d'actualité (*J.O.C.E.*, n° C. 228 du 24 août 1993).

²³ Sans entrer dans les détails (voy. à ce propos la remarquable thèse de doctorat défendue par B. DUBUISSON sur "Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré", à paraître aux éditions Bruylant - L.G.D.J. en 1995), on précisera que ces règles de conflits de lois désignent, en règle générale, la loi du pays du "risque" en assurance non-vie (articles 7 de la deuxième directive et 27 de la troisième directive) et celle du pays de l'"engagement" en assurance vie (article 4 de la deuxième directive).

²⁴ Pour plus de détails sur les critères d'application des lois de police (concept qui sera précisé ultérieurement), voy. B. DUBUISSON, *op. cit. note précédente*, pp. 395 à 409.

²⁵ Pour un recensement des assurances obligatoires en Europe, voy. B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, p. 633 et réf. citées aux notes 1 et 2, notamment B. LEGRAND, "Les assurances de responsabilité civile obligatoires en Europe", *Risques*, 1992/12, pp. 37-46.

²⁶ En assurance R.C. automobile, il s'agit, non pas de l'Etat d'immatriculation (càd. de l'Etat du risque au sens des deuxième et troisième directives), mais de l'Etat sur le territoire duquel le véhicule est mis en circulation; dans un contexte de circulation internationale, ces deux notions ne coïncideront pas toujours. On sait cependant qu'au terme d'une fiction juridique matérialisée par la carte verte, le contrat d'assurance R.C. automobile est censé correspondre, à chaque passage de frontière entre deux Etats européens, à la législation obligatoire du pays parcouru.

garantir la transparence des produits proposés; cette exigence - beaucoup plus détaillée en assurance vie (article 31 et annexe 2 de la troisième directive) qu'en assurance non-vie (article 31 de la troisième directive) - n'est cependant pas de nature à affecter la conception des polices dans la mesure où elle ne dicte pas impérativement un contenu déterminé au contrat.

9. En matière de prix, dès lors qu'elle constitue des provisions techniques suffisantes et adéquates conformément à la législation de son Etat d'origine, l'entreprise d'assurance peut pratiquer une politique de tarification sans contrainte; les troisièmes directives l'autorisent même à descendre en-dessous de l'équilibre technique et à compenser les pertes éventuelles par des résultats financiers sur les valeurs représentatives des provisions, voire par des prélèvements sur fonds propres (pourvu que ces derniers ne soient pas systématiques et permanents, et ne mettent pas, à terme, la solvabilité de l'entreprise en péril) (voy. notamment l'article 19 de la troisième directive assurance vie) ²⁷.

En assurance vie cependant, l'entreprise d'assurance doit observer les règles relatives au taux d'intérêt technique définies dans son Etat d'origine conformément à la troisième directive. L'article 18, paragraphe 1, lettre b) impose à cet égard que l'autorité de contrôle du pays d'origine plafonne le taux d'intérêt technique - lorsqu'il est contractuellement garanti - à 60 % de celui des emprunts obligataires d'Etat ²⁸ (ce qui n'implique pas que les entreprises soient tenues d'utiliser un taux aussi élevé); lorsque les actifs de l'entreprise ne sont pas évalués à leur valeur d'acquisition, le(s) taux maximal(aux) peu(ven)t être fixé(s) en tenant compte des rendements prévisibles des actifs en portefeuille. Les éléments statistiques (taux de mortalité et survie notamment) doivent quant à eux être choisis en tenant compte de l'Etat de l'engagement - autrement dit du pays de résidence des personnes assurées - (article 18, paragraphe 1, lettre c) de la troisième directive) ²⁹.

10. Pour le reste, on l'a dit, les troisièmes directives interdisent dorénavant les systèmes d'approbation préalable et de communication systématique des conditions contractuelles ³⁰ et tarifaires, quelle que soit la nature de l'opération d'assurance

²⁷ La plupart des Etats ont ainsi opté pour un contrôle financier global (contrôle de la solvabilité), sous réserve, bien entendu, du respect des règles relatives à la séparation des activités vie et non-vie (voy. *infra*, n° 31 et note 110). En Belgique en revanche, l'article 21 bis de la loi du 9 juillet 1975 (introduit par la loi du 19 juillet 1991) impose le contrôle de la rentabilité (équilibre technico-financier) par "produit" (93 en assurance non-vie; 13 en assurance vie) ou par "groupe de produits" (33 en assurance non-vie; 7 en assurance vie), interdisant aux compagnies belges d'assurance de compenser les pertes d'un produit/groupe de produits par les bénéfices réalisés sur un autre produit/groupe de produits (voy. pour une description détaillée de ce système et des questions qu'il soulève au regard des troisièmes directives, H. COUSY et H. CLAASSENS, "Ex post control of insurance in Belgium", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 19, n° 70, janvier 1994, pp. 46 à 59). Le Danemark connaît un contrôle de la solvabilité générale en assurance non-vie, mais de la rentabilité par groupe de produits en assurance vie.

²⁸ Ce taux peut être différent selon la devise dans laquelle le contrat est libellé; dans ce cas, il est fixé après consultation de l'Etat concerné. En outre, pour les contrats libellés en Ecus, la limite est fixée par référence aux emprunts obligataires des institutions communautaires, libellés en Ecus.

²⁹ Voy. également A. D. WILKIE, "The actuarial principles in the third life directive", *L'Europe de l'assurance : les directives de la troisième génération*, Louvain-la-Neuve - Bruxelles - Anvers, Academia - Bruylant - Maklu, 1992, p. 167.

³⁰ En vertu des articles 50 de la troisième directive assurance non-vie et 46 de la troisième directive assurance vie, l'Espagne, la Grèce et le Portugal peuvent cependant continuer à exiger la communication préalable des conditions contractuelles en risques de masse et en assurance vie jusqu'à l'échéance suivante :

- Espagne :

* risques de masse non-vie : jusqu'au 31 décembre 1996;

* assurance vie : jusqu'au 31 décembre 1995.

(nationale ou transfrontalière) et le mode d'exercice des activités (établissement ou prestation de services); seule une communication non systématique et non préalable des conditions contractuelles peut encore être exigée ³¹ pour vérifier leur conformité au droit applicable au contrat (articles 29 et 39 de la troisième directive assurance non-vie; article 39 de la troisième directive assurance vie) ³².

En assurance obligatoire et en assurance maladie substitutive à la sécurité sociale, la communication préalable et systématique des conditions contractuelles - à l'autorité de contrôle du pays d'origine ou de la succursale/prestation - reste toutefois autorisée ³³ (articles 30, paragraphe 2 et 54 de la troisième directive assurance non-vie). En assurance vie, les autorités de contrôle du pays d'origine peuvent demander la communication systématique des bases techniques utilisées notamment pour le calcul des tarifs et des provisions techniques et mathématiques, sans que cette exigence soit une condition préalable à l'exercice des activités d'assurance et dans le seul but de vérifier l'application des principes actuariels (articles 5, paragraphe 3 et 29 de la troisième directive assurance vie) ³⁴.

2. Les normes minimales nationales en matière de tarifs et de conditions d'assurance

a) Etat des marchés

11. La plupart des marchés de l'E.E.E. se caractérisent par l'existence, principalement dans les branches d'assurances obligatoires, de conditions/clauses-types d'assurance, parfois assorties de normes de tarification minimale; ces normes minimales peuvent, soit résulter d'une concertation entre assureurs (accord de marché), soit être coulées dans un dispositif légal ou réglementaire.

-
- Portugal :
 - * risques de masse non-vie : jusqu'au 31 décembre 1998;
 - * assurance vie : jusqu'au 31 décembre 1995.
 - Grèce :
 - * risques de masse non-vie : jusqu'au 31 décembre 1998;
 - * assurance vie : jusqu'au 31 décembre 1998.

- 3 1 Par l'autorité de contrôle du pays d'origine et par celle du pays de la succursale ou de la prestation en assurance non-vie; uniquement par l'autorité de contrôle du pays de la succursale ou de la prestation en assurance vie.
- 3 2 Cette option a été exercée en Allemagne, en Belgique, au Danemark, en France (l'article L. 310-8 du Code des Assurances exige en outre des entreprises d'assurance qui commercialisent pour la première fois en France un modèle de contrat qu'elles en informent le Ministre de l'Economie et des Finances au moyen d'une fiche de commercialisation dont le contenu est prescrit dans l'annexe de l'arrêté du 8 août 1994), en Grèce (projet), en Irlande (projet), en Italie (projet), au Luxembourg (projet), au Portugal et en Espagne (projet); le Royaume-Uni n'a pas explicitement fait usage de cette faculté, mais le Secrétaire d'Etat compétent dispose *de facto* d'un tel pouvoir. La communication postérieure, mais non systématique, n'est pas prévue par la loi néerlandaise.
- 3 3 En ce qui concerne les assurances obligatoires, cette faculté a été utilisée par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la Grèce (projet), l'Irlande (projet), l'Italie (projet), le Luxembourg (projet), le Portugal et l'Espagne (projet), mais non par le Royaume-Uni et les Pays-Bas.
Le régime d'assurance maladie privée alternative à la sécurité sociale ne concerne que l'Allemagne et les Pays-Bas. L'Allemagne a fait usage de l'option prévue par la directive pour la communication préalable des conditions contractuelles. L'option a également été exercée par l'Espagne, où les prestations d'assistance sanitaire peuvent être offertes par les assureurs maladie privés en "collaboration" avec les organismes de sécurité sociale.
- 3 4 Cette option a été exercée par tous les Etats membres.

Ainsi, l'assurance R.C. automobile est-elle soumise à des conditions-type à caractère réglementaire en Belgique ³⁵, en Grèce ³⁶, en France, en Irlande, en Italie, au Luxembourg et au Portugal. Au Portugal, c'est également le cas pour les assurances accident et les assurances R.C. générales, en Italie pour les autres assurances obligatoires que l'assurance R.C. automobile et en France pour les assurances de la construction ³⁷. Au Royaume-Uni, l'association professionnelle des assureurs a édicté des conditions-type en assurance incendie/vol, en assurance maritime et en réassurance. En Irlande, l'assurance des risques commerciaux fait l'objet de conditions-type émanant de l'association professionnelle. Au Danemark, il existe des accords de marché concernant les conditions d'assurance R.C. générale, R.C. produits, R.C. environnement, d'assurance familiale, d'assurance incendie des bâtiments à usage commercial ou industriel. En Autriche, les assurances vie, maladie, accident, R.C. automobile et protection juridique (et peut-être prochainement les autres branches d'assurance de dommages) font l'objet de conditions-type professionnelles. En Norvège, il existe des recommandations professionnelles concernant les conditions-types d'assurance incendie habitation. Le marché espagnol ne connaît plus de conditions-types d'assurance (réglementaires ou professionnelles) depuis 1984.

Les normes minimales tarifaires sont en revanche moins fréquentes. Il n'en existe pas en Espagne (depuis 1984), en Irlande, en Italie, au Portugal, au Royaume-Uni, au Danemark, en Autriche, en Finlande, en Norvège et en Suède. En Grèce, une décision ministérielle ³⁸ fixe des normes tarifaires en assurance incendie lorsque la valeur du risque assuré est inférieure ou égale à 850.000.000 drachmes; dans les autres branches, les normes tarifaires ont été supprimées le 1er juillet 1994. En Belgique, les conditions-types d'assurance R.C. automobile sont assorties d'une tarification minimale à caractère réglementaire ³⁹.

Par ailleurs, les structures tarifaires de l'assurance R.C. automobile font partout l'objet d'un système de personnalisation a posteriori, appelé système "bonus/malus". Ces systèmes, qui présentent des disparités sensibles dans leur mode de fonctionnement ⁴⁰, sont de nature réglementaire en Allemagne, en Belgique, en France, en Grèce, en Italie, au Luxembourg et au Portugal; ils relèvent d'un accord de marché au Danemark, en Espagne, en Irlande, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

b) Qualification et traitement des normes minimales tarifaires et contractuelles en droit communautaire

12. Comment qualifier ces normes minimales tarifaires et contractuelles en droit communautaire, et quel traitement leur réserver dans un contexte d'activités transfrontalières ? A l'aube du Marché Unique de l'assurance, il s'agit sans aucun doute de questions essentielles pour les opérateurs. Pourtant, les réponses ne sont pas simples : elles doivent, d'une part, être nuancées en fonction de l'objet et de la nature de la norme minimale et, d'autre part, tenir compte à la fois des principes de libéralisation des activités d'assurance et des règles communautaires de la concurrence.

³⁵ Arrêté royal du 14 décembre 1992 (*M.B.*, 3 février 1993).

³⁶ Décision ministérielle K4/585/1978.

³⁷ Voy. les clauses types annexées à la loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction (annexe 1 de l'article L. 241-1 du Code des Assurances).

³⁸ Décision ministérielle K3/7619/1992.

³⁹ Voy. la référence citée *note* 35.

⁴⁰ Voy. l'étude comparative de D. BURG, "Le bonus-malus sous pression : les Douze sur la même longueur d'onde", *L'Argus*, 19 avril 1991, pp. 1199 à 1203; voy. également l'étude réalisée par la Commission Automobile du Comité Européen des Assurances sur "Les différentes structures tarifaires pratiquées en Europe Occidentale en assurance R.C. automobile" (Doc. CEA AUT 040-06/93).

1. Les normes minimales tarifaires ou contractuelles relèvent d'un accord de marché

13. Les accords de marché ou pratiques concertées fixant des normes minimales tarifaires et/ou contractuelles, ou une échelle bonus/malus, ont par essence un effet restrictif de concurrence, en principe condamné par l'article 85, paragraphe 1 du Traité de Rome.

On sait cependant que la Commission Européenne (mandatée par le Conseil) a, par le Règlement "d'exemption par catégories" du 21 décembre 1992 ⁴¹, fait usage pour l'assurance de la possibilité - prévue à l'article 85, paragraphe 3 du Traité - de légitimer une série d'accords classiques dans le secteur, dont ceux portant sur l'établissement de tarifs de prime de risque basés sur des statistiques collectives et/ou sur le nombre de sinistres (article 1, lettre a) du Règlement) ⁴² et ceux définissant des conditions-types d'assurance (article 1, lettre b) du Règlement).

Les systèmes bonus/malus posent d'emblée un problème de qualification : sont-ils un élément de tarification de la prime pure (normes tarifaires) ou relèvent-ils des conditions régissant les relations contractuelles entre le preneur et l'assureur (normes contractuelles) ? A notre avis, ces systèmes sont des éléments tarifaires, dans la mesure où ils consistent à adapter *a posteriori* la prime pure en tenant compte des antécédents de conduite du preneur ("sinistralité individuelle"), selon un mécanisme (échelle) reposant sur des statistiques objectives de marché; le fait qu'ils soient, dans certains pays, insérés dans les conditions-types d'assurance R.C. automobile n'altère en rien, selon nous, leur nature tarifaire.

14. Pour bénéficier de l'exemption automatique au sens du Règlement et, partant, être légitimes au regard du droit communautaire de la concurrence, les normes minimales de tarifs en prime pure (en ce compris les échelles bonus/malus) et les clauses-types d'assurance doivent - notamment - être purement indicatives (valeurs ou modèles de référence) (article 3, lettre a) du Règlement - pour les normes tarifaires - ; article 6, paragraphe 1, lettre a) et b) - pour les conditions-types d'assurance -) : les entreprises du marché en question doivent pouvoir convenir de tarifs et de conditions d'assurance distinctes pour leurs activités d'assurance domestiques et, *a fortiori*, pour leurs activités à l'étranger, dans la mesure où ces normes minimales de référence reposent sur des observations et/ou des statistiques propres au marché local.

Purement indicatives pour les assureurs du marché, ces normes minimales le sont tout autant pour les assureurs étrangers qui auraient l'intention de souscrire des affaires en liberté d'établissement ou en L.P.S. : ceux-ci peuvent donc, à leur gré, soit épouser les accords ou pratiques en vigueur sur le marché prospecté, soit faire usage de normes tarifaires et contractuelles propres.

⁴¹ J.O.C.E., n° L. 398 du 31 décembre 1992. Pour un examen approfondi de ce Règlement, voy. le Numéro spécial Concurrence du C.E.A. Info "Adaptation à l'assurance du droit européen de la concurrence" édité par le Comité Européen des Assurances, 147 pages (version fr.-angl.-all.).

⁴² En revanche, les concertations sur les tarifs commerciaux sont interdites (article 3, lettre b) du Règlement).

2. Les normes minimales tarifaires ou contractuelles sont coulées dans un dispositif réglementaire

15. L'analyse est plus délicate lorsque les normes minimales tarifaires ou contractuelles ont une nature réglementaire. Celles-ci ne tombent pas sous le champ d'application de l'article 85 du Traité et du Règlement d'exemption par catégories, qui ne visent que les accords et pratiques d'entreprises, de groupes d'entreprises ou d'associations professionnelles, à l'exclusion des réglementations nationales. Rien n'interdit donc qu'une réglementation étatique impose, à tout le moins à ses entreprises et pour leurs activités locales, le respect de normes tarifaires, d'un système bonus/malus ou de conditions-types d'assurance déterminés.

16. L'assureur agréé dans un Etat imposant le respect strict de normes tarifaires et/ou contractuelles est-il contraint de s'y conformer pour ses activités à l'étranger ? Nous ne le pensons pas, à tout le moins pour les normes tarifaires, dans la mesure où celles-ci se fondent, on l'a dit, sur des observations et expériences relatives au marché local, par principe non pertinentes pour les opérations envisagées sur d'autres marchés⁴³. On verra que la réponse est beaucoup plus subtile en ce qui concerne les normes contractuelles⁴⁴ ; elle dépend d'abord de l'objet de la clause, ensuite des règles relatives à la loi applicable au contrat.

17. Inversement, les normes minimales tarifaires ou contractuelles arrêtées de manière impérative par un Etat membre s'imposent-elles en toute circonstance aux assureurs étrangers désirant souscrire des contrats sur le marché concerné ? Il faudrait pour cela qu'elles puissent être qualifiées, soit de règles de police, soit - en matière d'assurance obligatoire - de dispositions spécifiques d'assurance (au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la deuxième directive assurance non-vie), soit de dispositions légales d'intérêt général (au sens de l'article 28 des troisièmes directives). La réponse doit ici être nuancée, selon qu'il s'agit de dispositions tarifaires ou contractuelles.

18. On ne peut certainement pas reconnaître aux normes minimales de calcul de la prime pure et aux échelles bonus/malus le caractère de "règles de police" immédiatement et internationalement applicables dès lors que le risque est situé sur le territoire de l'Etat qui les a édictées. L'on s'accorde en effet à ne reconnaître cette qualité qu'aux règles qui poursuivent des objectifs économiques et sociaux fondamentaux pour le pays⁴⁵. Sans mettre en cause les mérites des normes minimales tarifaires et des systèmes bonus/malus, il faut admettre que les objectifs qu'ils poursuivent ne sont manifestement pas de cet ordre⁴⁶. Les normes tarifaires en prime pure visent tout au plus à permettre, grâce à un regroupement des statistiques disponibles sur le marché, d'améliorer la connaissance des

⁴³ Cette argumentation peut d'ailleurs trouver - en partie du moins - un fondement dans l'article 18, paragraphe 1, lettre c) de la troisième directive assurance vie (déjà cité n° 9), qui stipule que les éléments statistiques d'évaluation des provisions doivent tenir compte de l'Etat de l'engagement, càd. de l'Etat où est localisé le risque assuré.

⁴⁴ Voy. *infra*, n° 19.

⁴⁵ Voy. P. FRANCESKAKIS, *Rép. Dr. Int.*, v° Conflit de lois, n° 124 et 137; J.P. KARAQUILLO, "Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé", *P.U.F.*, 1977, p. 152; B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, p. 430.

⁴⁶ Pour un essai d'identification des "lois de police" en assurance, voy. B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, pp. 533 à 587.

risques et de faciliter leur évaluation par les compagnies ⁴⁷; incidemment, elles entendent uniformiser les tarifs et régulariser la concurrence, en éviter ainsi des pratiques de sous-tarification qui pourraient être préjudiciables à la branche et aux assurés ⁴⁸. Quant aux systèmes bonus/malus, ils entendent essentiellement réaliser une certaine équité, en évitant de faire payer par les bons conducteurs les sinistres des mauvais, et inciter par là les automobilistes à la prudence (objectifs moral et préventif).

Lorsqu'elles concernent des assurances obligatoires, les réglementations tarifaires et les échelles bonus/malus peuvent-elles être considérées comme des "dispositions spécifiques relatives à cette assurance", impérativement applicables à tout contrat couvrant un risque situé sur le territoire de l'Etat imposant l'obligation d'assurance ⁴⁹ ? La réponse est sans aucun doute négative, le concept de dispositions spécifiques d'assurance obligatoire visant exclusivement les règles destinées à garantir une protection uniforme des victimes ⁵⁰; or, tel n'est pas, à l'évidence, le but des normes réglementaires en matière de prime pure et de bonus/malus. Une appréciation en sens contraire serait d'ailleurs purement et simplement inapplicable en pratique, du moins en assurance automobile : en effet, les dispositions obligatoires applicables à un contrat d'assurance automobile transfrontalier sont celles du pays de mise en circulation du véhicule (soit, en définitive, celles du pays de survenance de l'accident), pays qui, dans un contexte de circulation internationale, n'est pas déterminable "une fois pour toutes" à la conclusion du contrat; comment, dans ces conditions, définir à l'avance les normes minimales tarifaires et l'échelle bonus/malus auxquelles le contrat doit répondre ?

Les réglementations minimales tarifaires appartiennent-elles aux mesures que l'Etat membre du risque peut imposer aux assureurs étrangers opérant sur son marché, au nom de l'"intérêt général" ? Le concept d'"intérêt général" n'a pas été précisé dans les directives communautaires. Selon une définition communément admise en droit communautaire, il recouvre "l'ensemble des conditions établies par la Cour de Justice des Communautés Européennes pour justifier une réglementation nationale constituant une entrave à l'une des libertés consacrées par le Traité de Rome" ⁵¹; ces conditions - reprises de manière synthétique dans le considérant n° 19 de la troisième directive assurance non-vie et dans le considérant n° 20 de la troisième directive assurance vie - peuvent être succinctement résumées comme suit :

- la mesure nationale ne peut être adoptée - et opposée aux opérateurs étrangers - que dans un domaine qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire;
- elle ne doit pas entraîner de discrimination entre opérateurs de l'U.E. (aujourd'hui l'E.E.E.);

⁴⁷ C'est du moins cet objectif qui a été mis en avant par la Commission Européenne pour justifier l'octroi d'une exemption automatique aux accords de marché ayant le même objet (voy. le considérant n° 6 du Règlement d'exemption par catégories).

⁴⁸ Le fait que des politiques de sous-tarification (sur un plan purement technique en tout cas) soient désormais implicitement admises par les troisièmes directives (voy. *supra*, n° 9) démontre clairement que l'objectif sous-jacent des réglementations minimales tarifaires n'accède pas au rang de celui qui peut justifier la qualité de loi de police.

⁴⁹ Un auteur a clairement démontré que les "dispositions spécifiques d'assurance" de l'article 8, paragraphe 2 de la deuxième directive en assurance non-vie étaient en fait une application particulière, en assurance obligatoire, du concept général de "loi de police" (B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, pp. 534 et 637 à 640).

⁵⁰ Voy. B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, p. 648.

⁵¹ W. VAN GERVEN, "La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice", *Rev. de la banque*, 1991, p. 43; également B. DUBUISSON, *op. cit. note 23*, p. 752.

- elle doit répondre à un objectif d'intérêt général consacré par le Traité ou par la Cour de Justice (en matière d'assurance, il s'agit principalement, et à ce stade, de la protection des consommateurs ⁵² et de la cohérence du régime fiscal ⁵³);
- elle doit être objectivement nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi, cette exigence impliquant, d'une part, que la mesure soit réellement pertinente au regard de l'objectif visé et ne suscite pas une entrave démesurée par rapport au but recherché et, d'autre part, qu'il n'existe pas d'alternative aussi efficace et moins restrictive pour l'exercice de la liberté concernée (tests de la (stricte) nécessité et de la proportionnalité);
- enfin, l'intérêt qu'elle vise à garantir ne doit pas être déjà sauvegardé par une règle d'effet équivalent, déclarée applicable à l'opération d'assurance (test du double emploi).

Les réglementations minimales tarifaires et les systèmes bonus/malus nous paraissent difficilement résister au "test" de l'intérêt général. On peut d'abord franchement douter qu'elles poursuivent *in se* un objectif d'intérêt général au sens du droit communautaire. Quand bien même on le soutiendrait, la poursuite de cet objectif justifie-t-elle bien une uniformisation des tarifs en prime pure et des mécanismes de personnalisation *a posteriori* ? Il est permis de douter qu'il s'agit là de l'alternative la moins restrictive...

En conclusion, l'assureur souhaitant opérer sur un marché de l'E.E.E. en liberté d'établissement ou en L.P.S. nous paraît pouvoir faire fi de la réglementation tarifaire minimale et du système bonus/malus de son pays d'origine - parce que les éléments statistiques et les observations qui sous-tendent ces normes tarifaires ne peuvent raisonnablement pas être pris en compte pour des activités sur des marchés étrangers -, mais aussi de celle du pays du risque - puisqu'aucune technique de droit international privé ou de droit communautaire ne permet de lui en imposer le respect -. L'on perçoit de suite les risques de distorsions de concurrence au détriment d'opérateurs domestiques qui seraient tenus, de leur côté, d'intégrer dans leurs tarifs des normes minimales et une échelle bonus/malus, à plus forte raison si ces normes tarifaires sont sévères. Dans ces conditions, le démantèlement des tarifs minimaux et des systèmes bonus/malus obligatoires - là où ils subsistent - nous semble inéluctable et indispensable au fonctionnement harmonieux du Marché unique et à un climat de saine concurrence.

19. La qualification des clauses/conditions-types d'assurance au regard du droit international privé et du droit communautaire est plus délicate.

On ne peut pas, à notre avis, reconnaître systématiquement à toute clause-type d'assurance en vigueur sur un marché déterminé le bénéfice de l'impérativité internationale (et immédiate) qui caractérise les règles de police ou, en assurance obligatoire, les dispositions spécifiques relatives à cette assurance. On l'a dit ⁵⁴, la première qualification ne peut être accordée qu'à des normes poursuivant un intérêt économique ou social majeur pour l'Etat qui les a édictées, et la seconde aux dispositions

⁵² Arrêts du 4 décembre 1986, *Rec. jurispr. de la Cour*, n° 33/1986, pp. 10 et suivantes; pour un commentaire de ces arrêts, voy. les références citées par J.M. BINON, *Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire*, Louvain-la-Neuve - Bruxelles, Academia - Bruylant, 1994, p. 31, note 64.

⁵³ Arrêts du 28 janvier 1992 (arrêts "Bachmann"), non encore publiés au *Rec. (J.O.C.E.)*, n° C. 44 du 19 février 1992; pour un commentaire de ces arrêts, voy. les références citées par J.M. BINON, "La fiscalité des assurances sociales complémentaires : principaux aspects de la problématique européenne", *La fiscalité des assurances sociales complémentaires*, Bruges, La Charte, 1993, p. 208).

⁵⁴ Voy. *supra*, n° 18.

qui, inspirées par un souci de protection des tiers (victimes) ⁵⁵ visent à uniformiser les aspects de la couverture d'assurance organisant les droits de ces victimes. Par conséquent, seules les clauses destinées à réaliser cet objectif peuvent se prévaloir de la qualité de lois de police ou - en assurance obligatoire - de dispositions spécifiques d'assurance : clauses définissant les personnes assurées, les bénéficiaires potentiels de l'indemnisation, la nature des dommages couverts, les montants de la garantie ⁵⁶, clauses relatives à l'action directe et au régime d'(in)opposabilité des exceptions. En revanche, les clauses-types qui dépassent l'objectif de protection des victimes pour entrer dans une réglementation détaillée des relations contractuelles entre le preneur et l'assureur (p. ex. déclaration du risque, paiement de la prime et conséquences du non-paiement, obligation en cas de sinistre, action récursoire de l'assureur contre le preneur et/ou l'assuré, franchise,...) ne peuvent pas se voir attribuer cette qualité ⁵⁷.

Le "test" de l'intérêt général au sens de l'article 28 des troisièmes directives conforte cette appréciation. Si la protection des victimes est sans nul doute un objectif d'intérêt général reconnu par la Cour de Justice des Communautés Européennes et implique une uniformisation de la couverture d'assurance dans la mesure nécessaire à la garantie de cet objectif, elle ne va certainement pas jusqu'à exiger une standardisation complète du contenu matériel des polices. Par conséquent, les clauses qui concernent, non pas la situation des victimes, mais les relations entre parties au contrat, ne sont pas "objectivement nécessaires" à la sauvegarde de l'objectif poursuivi et ne peuvent pas, selon nous, être imposées aux opérateurs étrangers au titre de dispositions légales d'intérêt général.

Dans ces conditions, il nous paraît plus raisonnable de décider que les clauses-types qui excèdent l'objectif de protection des victimes sont simplement impératives dans leur ordre juridique interne et que, dans un contexte d'activités transfrontalières, leur application devrait dépendre des règles de conflit de lois désignant le droit applicable au contrat (loi contractuelle). En grands risques (flottes automobiles, p. ex.), elles ne seront donc applicables que si les parties ont convenu de soumettre le contrat à la loi de l'Etat qui les a édictées; dans le cas contraire, elles seront évincées. En risques de masse - où la loi applicable au contrat est le plus souvent celle du pays du risque - elles seront applicables dès (lors) que le risque assuré par le contrat transfrontalier est situé sur le territoire de l'Etat qui les impose; dans ce cas, l'on aboutira donc en définitive à l'application homogène de l'ensemble des clauses-type du pays du risque.

Cette analyse, qui distingue les conditions-types d'assurance en fonction du but qu'elles poursuivent (protection des victimes ou réglementation des relations contractuelles), n'offre sans doute pas l'avantage de la simplicité; c'est pourtant, à notre avis, le prix d'une interprétation compatible avec les principes de droit international privé et de droit communautaire de l'assurance. On peut par conséquent s'interroger sur l'attitude des législateurs ou autorités de contrôle d'assurance qui tentent d'imposer aux opérateurs étrangers l'application "monolithique" de toutes les conditions-type d'assurance - R.C. automobile essentiellement - (en ce compris l'échelle bonus/malus) en vigueur sur leur marché. Sur certains marchés, la tendance est d'ailleurs beaucoup plus profonde, en ce qu'elle entend également faire respecter aux opérateurs étrangers

⁵⁵ C'est d'ailleurs cet objectif qui aura conduit le législateur à rendre l'assurance obligatoire dans la branche concernée.

⁵⁶ Ainsi, en Belgique, l'article 5 du contrat-type annexé à l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs (*M.B.*, 3 février 1993) prévoit que le montant de la garantie est, en règle générale, illimité. L'assureur étranger qui entend couvrir des risques R.C. automobile localisés en Belgique ne pourra pas, par conséquent, limiter sa garantie, même si une telle restriction dans son pays d'origine rendait sans doute la prime plus attractive.

⁵⁷ Certaines dispositions restent malgré tout difficilement qualifiables; il en est ainsi de celles qui, sans organiser la protection des tiers, influent de manière indirecte mais certaine sur leur situation en cas de sinistre (p. ex. les règles relatives à l'étendue de la garantie d'assurance dans le temps (garanties d'antériorité et de postériorité)).

l'ensemble des dispositions impératives de la loi sur le contrat d'assurance ⁵⁸. Cette attitude exagérément protectionniste perd (consciemment ou non) de vue que le concept d'intérêt général sert seulement à justifier, à titre exceptionnel, une entrave manifeste aux libertés communautaires et s'apparente dès lors davantage à un "filtre" très serré qu'à un label de qualité opposable en tout état de cause aux opérateurs étrangers. Si les dispositions de droit du contrat rendues impératives dans l'ordre juridique interne du pays du risque répondent généralement à un souci de protection des consommateurs, encore faut-il s'assurer, au cas par cas, qu'elles satisfont aux critères de proportionnalité et de nécessité définis par la jurisprudence communautaire et, notamment, qu'elles ne font pas double emploi avec celles qui sont déjà appelées à régir le contrat (p. ex. celles du pays de l'assureur) ⁵⁹.

⁵⁸ En Belgique, la solution est même consacrée dans la législation de contrôle (voy. les articles 28 ter, paragraphe 6, alinéa 2, 28 quater, paragraphes 1 et 2, et article 28 decies, paragraphe 2 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (*M.B.*, 29 juillet)). Voy., pour une analyse critique de ces dispositions, B. DUBUISSON, "Les règles belges de conflit de lois et l'assurance communautaire", *Les assurances de l'entreprise*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 533 à 606, et tout spécialement pp. 586 à 592.

⁵⁹ En ce sens, H. DRABBE, "The Internal Market for Insurance : A Reality ?", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, n° 71, avril 1994, p. 140.

II. La politique de placement des provisions techniques et mathématiques

1. La coordination minimale des directives communautaires

20. La coordination opérée par les troisièmes directives a pour l'essentiel porté sur les règles relatives à la constitution des provisions techniques et mathématiques ⁶⁰ et à leur placement en actifs représentatifs. Il fallait d'abord tirer les leçons des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 4 décembre 1986, qui avaient estimé nécessaire de compléter l'harmonisation des normes prudentielles engagée par les premières directives du 24 juillet 1973 (en assurance non-vie) ⁶¹ et du 5 mars 1979 (en assurance vie) ⁶², pour permettre l'avènement du principe de l'agrément et du contrôle uniques par l'Etat de l'assureur et, partant, la reconnaissance mutuelle des systèmes de surveillance. Ensuite, les réglementations nationales en matière de placements des provisions devaient être adaptées à la libéralisation des mouvements de capitaux mise en oeuvre par la directive du 24 juin 1988 ⁶³.

Ces deux éléments expliquent, d'une part, que les autorités communautaires se soient limitées, dans cette matière, à une harmonisation fondée sur des conditions souples et minimales et, d'autre part, que la technique et les principes adoptés s'inscrivent dans une optique libéralisante. Ainsi, en matière de placements :

- les entreprises d'assurance doivent désormais respecter, pour l'ensemble de leurs activités, les règles de placement fixées par la loi de contrôle de leur Etat d'origine, et non plus celles des différents pays d'exploitation (article 17 de la troisième directive assurance non-vie; article 18 de la troisième directive assurance vie) ⁶⁴;
- au-delà du principe général de sécurité, de rendement et de liquidité des investissements (article 20 des troisièmes directives), les directives ont dressé, à l'article 21, une liste - exhaustive mais très large, afin de laisser un maximum de souplesse aux Etats, mais aussi et surtout aux entreprises d'assurance - d'actifs représentatifs admissibles (16 en assurance non-vie; 15 en assurance vie) ⁶⁵ et, à l'article 22, une série - minimale, pour ne pas entraver exagérément la stratégie d'investissement des

⁶⁰ En réalité, cette harmonisation a été très largement réalisée - en assurance non-vie du moins - par la directive du 19 décembre 1991 sur les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (*J.O.C.E.*, n° L. 374 du 31 décembre 1991).

D'autre part, en assurance vie, la troisième directive a finalement renoncé à coordonner étroitement les méthodes et bases de calcul des provisions techniques et mathématiques pour s'en tenir à une harmonisation - générale - des principes actuariels.

⁶¹ *J.O.C.E.*, n° L. 228 du 16 août 1973.

⁶² *J.O.C.E.*, n° L. 163 du 13 mars 1979.

⁶³ *J.O.C.E.*, n° L. 178 du 8 juillet 1988.

⁶⁴ L'Espagne (jusqu'au 31 décembre 1996 pour les risques de masse en assurance non-vie; jusqu'au 31 décembre 1995 pour l'assurance vie), la Grèce (jusqu'au 31 décembre 1998 pour les risques de masse non-vie et l'assurance vie) et le Portugal (jusqu'au 31 décembre 1998 pour les risques de masse non-vie; jusqu'au 31 décembre 1995 pour l'assurance vie) peuvent toutefois continuer à exiger que la représentation des provisions techniques et mathématiques afférentes aux contrats couvrant des risques situés sur leur territoire s'effectue selon leurs règles nationales (articles 50 de la troisième directive assurance non-vie et 46 de la troisième directive assurance vie).

⁶⁵ Il s'agit d'une liste identique, sous réserve des distinctions suivantes :

- en assurance non-vie, les créances à la suite d'un sauvetage ou par subrogation sont également admises;
- en assurance vie, les avances sur polices et les intérêts réversibles ont été ajoutés au catalogue commun.

compagnies d'assurance - de "plafonds" destinés à garantir une diversification et une dispersion adéquate des placements ⁶⁶;

- il est désormais interdit aux Etats d'imposer à leurs entreprises d'assurance qu'elles placent un montant minimum de leurs provisions dans des actifs ou des catégories d'actifs déterminés (article 22, paragraphe 5 des troisièmes directives) ⁶⁷;

- les actifs représentatifs ne doivent plus être localisés par pays d'exploitation; leur localisation "dans la Communauté" est désormais suffisante (article 17, paragraphe 2 de la troisième directive assurance non-vie; article 18, paragraphe 3 de la troisième directive assurance vie);

- les entreprises d'assurance peuvent dorénavant détenir des actifs non congruents (càd. libellés ou réalisables dans une monnaie autre que celle des engagements exigibles) pour couvrir un montant pouvant aller jusqu'à 20 % de leurs engagements dans une monnaie déterminée (littéra h) de l'annexe I de la deuxième directive assurance non-vie, ajouté par l'article 23 de la troisième directive; point 4 de l'annexe I de la troisième directive assurance vie);

- pour le reste, les directives contiennent une série de principes généraux, orientations ou recommandations, visant essentiellement à uniformiser - dans une certaine mesure - l'évaluation et les conditions d'utilisation des actifs admissibles et à garantir qu'il n'existe pas de dépendance excessive d'une catégorie d'actifs déterminés, d'un secteur de placement ou d'un investissement particuliers.

21. Au-delà de cette harmonisation minimale, les directives laissaient d'importantes marges de manoeuvre - sous la forme d'"options" implicites ou explicites - pour la transposition des règles de placement dans les législations nationales de contrôle.

Ainsi - et pour l'essentiel - , des dérogations dans un sens restrictif étaient admises en matière d'actifs admissibles et de règles de dispersion des investissements ⁶⁸ : les Etats pouvaient, soit copier intégralement le catalogue d'actifs prévu à l'article 21 des deux directives, soit sélectionner, parmi celui-ci, les actifs réputés admissibles pour la représentation des provisions des entreprises agréées par leurs autorités; de même pouvaient-ils, soit se limiter à reprendre les plafonds prévus à l'article 22 des deux directives, soit fixer, pour leurs (seules) entreprises nationales, des règles de dispersion des placements plus sévères et/ou plus nombreuses. Les directives autorisaient en outre les législateurs nationaux à arrêter des conditions d'utilisation des actifs plus sévères ou plus détaillées (ainsi, des sûretés réelles ou des garanties pouvaient être exigées, notamment pour les créances sur les réassureurs).

⁶⁶ Il s'agit d'une liste commune à l'assurance vie et non-vie.

⁶⁷ Il doit par conséquent être mis fin aux règles ou pratiques qui, sur certains marchés, exigeaient des entreprises d'assurance qu'elles placent un pourcentage minimal (plus ou moins élevé selon les cas) de leurs provisions en emprunts, obligations ou fonds d'Etats, dans le but de financer un déficit étatique ou de soutenir une activité économique précise (p. ex. la promotion du logement national).

⁶⁸ A l'inverse - et sous réserve de l'article 22, paragraphe 4 des troisièmes directives, qui autorise les Etats à porter la limite de placement à 40 % (au lieu de 5 %) pour les obligations émises par un établissement de crédit de l'U.E. soumis à un contrôle public - les dérogations dans un sens plus souple (élargissement de la liste d'actifs admissibles; non-respect d'un plafond fixé par la directive) n'ont été admises qu'à titre individuel, dans des circonstances exceptionnelles et pour une période temporaire (p. ex. dans le cadre d'une opération d'assainissement de l'entreprise); elles doivent en outre être dûment motivées par l'autorité de contrôle (articles 21, paragraphe 3 et 22, paragraphe 6 de la troisième directive assurance non-vie; articles 21, paragraphe 2 et 22, paragraphe 6 de la troisième directive assurance vie). Voy. à ce sujet, H. DRABBE, "De bepalingen inzake tarieven, technische provisies, dekkingswaarden en de fiscaliteit met betrekking tot de levensverzekering", *L'Europe de l'assurance : les directives de la troisième génération*, op. cit. note 29, pp. 160-161.

A l'inverse, des dérogations dans un sens extensif étaient prévues. Ainsi, les Etats étaient libres d'accorder des assouplissements en matière de localisation des actifs (article 17, paragraphe 2 de la troisième directive assurance non-vie; article 18, paragraphe 3 de la troisième directive assurance vie). Il leur était en outre permis d'admettre la congruence des actifs libellés en Ecus (littera i) de l'annexe I de la deuxième directive assurance non-vie, inséré par l'article 23 de la troisième directive; point 5 de l'annexe I de la troisième directive assurance vie)⁶⁹.

2. La transposition des règles de placement dans les droits nationaux

22. La transposition des troisièmes directives n'étant pas terminée partout⁷⁰, il est encore impossible de dresser le tableau complet et détaillé de l'ensemble des options des différents droits nationaux en matière de placement des provisions. On peut cependant déjà décrire - dans les grandes lignes - les orientations suivies par les législations actuellement adoptées ou sur le point de l'être.

La *législation néerlandaise*⁷¹ semble à ce jour la plus libérale : elle a repris, ni plus ni moins, le catalogue d'actifs et la série de plafonds énumérés par les troisièmes directives. Dans l'ensemble, les conditions d'utilisation des actifs admissibles correspondent aux règles prescrites par les directives; seul le concept de "prêt non garanti" semble avoir suscité des discussions lors de la préparation du décret d'application. En outre, la loi autorise l'office de contrôle à accorder des assouplissements à la localisation des actifs et à admettre la congruence en Ecus.

Au *Royaume-Uni*⁷², la liste d'actifs admissibles correspond au catalogue des troisièmes directives. En particulier, les produits dérivés (options, futures, swaps) sont désormais explicitement admis en représentation des provisions⁷³, ce qui devrait permettre aux assureurs britanniques d'optimiser les "returns" de leurs investissements, de faire usage de nouvelles stratégies de placement et de couvrir les risques financiers inhérents à leurs placements (risques de change, de taux et de cours)⁷⁴; la réglementation étend par ailleurs les placements dans des O.P.C.V.M. agréés dans un Etat de l'Union Européenne (et plus seulement dans les "trusts autorisés"⁷⁵). En revanche, la législation britannique a introduit des limites supplémentaires (notamment pour les types de placement n'offrant pas une sécurité optimale - prêts non garantis, titres non négociés sur un marché réglementé,...-) et a abaissé plusieurs plafonds des

⁶⁹ Il s'agit là de la principale option en matière de congruence. D'autres options plus spécifiques figurent également, en termes identiques ou de manière distincte pour l'assurance vie et non-vie; le caractère inachevé de la plupart des opérations de transposition ne permet pas pour l'heure de rendre compte de la manière dont elles ont été exercées par les Etats.

⁷⁰ Voy. *supra*, n° 4.

⁷¹ Article 66 de la loi du 9 mars 1994, articles 8 et 10 et annexe B du décret du 13 juin 1994 (portant notamment exécution de l'article 66 de la loi du 9 mars) et arrêté du 29 juin 1994 (portant exécution de l'article 8, paragraphe 2 du décret du 13 juin).

⁷² Articles 44 à 57 et "schedule 12" de l'Insurance Companies Regulations 1994.

⁷³ Des conditions d'utilisation fort précises sont définies dans la nouvelle réglementation; en particulier, les produits dérivés doivent - comme le prévoient les troisièmes directives - se rapporter à des actifs représentatifs et contribuer à réduire le risque d'investissement ou à garantir la gestion efficace du portefeuille. Le DTI devrait venir clarifier ces règles d'utilisation au fil de l'expérience acquise (voy. Clifford Chance, *European Financial Services*, juillet 1994, pp. 14 à 16).

⁷⁴ Pour plus de développements sur ces produits dérivés, voy. E. DELATTRE, *Les nouveaux produits financiers*, P.U.F., 1994, 128 p.

⁷⁵ Les parts dans des organismes de placement collectif non réglementés ou établis en dehors de la Communauté ne sont, quant à elles, pas admises en représentation des provisions.

directives ⁷⁶. Des assouplissements à la localisation des actifs sont, comme par le passé, autorisés; en revanche, la congruence en Ecus n'est pas admise.

La réglementation belge ⁷⁷ admet 10 catégories d'actifs en représentation des provisions ⁷⁸; elle a prévu 4 plafonds supplémentaires. Des conditions d'utilisation plus strictes sont fixées pour certains types d'actifs (notamment pour les prêts, les créances sur les réassureurs, les créances à la suite d'un recours ou par subrogation). Les valeurs représentatives localisées à l'extérieur de la Communauté peuvent être admises à certaines conditions ⁷⁹, et la congruence en Ecus est autorisée.

La réglementation irlandaise (toujours en projet) a repris l'ensemble du catalogue d'actifs admissibles (à l'exception, pour l'assurance non-vie, des créances sur réassureurs et des comptes de régularisation). En revanche, elle maintient une liste considérable de règles de dispersion (16 en assurance non-vie et 20 en assurance vie), de surcroît dédoublés (dans la plupart des cas) en un plafond par placement individuel (dans une même entreprise ou un même "risque") et en un plafond pour le montant global des placements dans la catégorie d'actifs visée. Des assouplissements à la localisation des actifs sont permis en assurance vie, mais pas en assurance non-vie. La congruence en Ecus est autorisée à concurrence de 50 % maximum.

La législation allemande ⁸⁰ se caractérise par une réglementation extrêmement complète et détaillée, qui limite les placements aux actifs garantissant une sécurité adéquate et prévoit de nombreux plafonds supplémentaires par rapport aux directives. Les actifs peuvent dès à présent être localisés dans tout l'E.E.E. et des assouplissements sont possibles pourvu que la protection des assurés ne soit pas mise en péril. La congruence en Ecus est admise.

Au Portugal, seuls les 5 types d'actifs repris - dans les directives - sous la rubrique "Investissements" sont admis, l'autorité de contrôle pouvant toutefois autoriser des dérogations occasionnelles. L'association professionnelle des assureurs tente pour l'heure d'obtenir un élargissement du catalogue d'actifs; des discussions sont par ailleurs en cours sur la fixation des limites des investissements. La loi n'admet pas d'assouplissement à la localisation des actifs, et la congruence en Ecus n'est autorisée qu'à concurrence de 50 %.

La loi danoise ⁸¹ est sans nul doute la plus restrictive parmi celles qui ont été adoptées à ce jour. Comme au Portugal, seules les cinq catégories d'actifs énumérées par les directives sous la rubrique "Investissements" sont admises; encore doit-il s'agir, pour l'essentiel, d'investissements négociés sur des marchés réglementés de la "Zone A" au sens de la directive du 18 décembre 1989 relative au ratio de solvabilité des établissements de crédit ⁸², ou émis (ou assortis de garanties émises) par des organismes privés ou publics provenant de ladite "Zone A" ou par des organisations internationales comprenant au moins un Etat membre de l'Union Européenne. On recense une douzaine

⁷⁶ Ainsi, notamment, le plafond de 10 % prévu pour les immeubles a été abaissé à 5 %.

⁷⁷ Articles 10 et 11 de l'arrêté royal du 12 août 1994 modifiant l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances.

⁷⁸ La branche vie et la branche crédit bénéficient chacune d'une catégorie supplémentaire (distincte) d'actifs représentatifs.

⁷⁹ Il faut que la Banque Nationale de Belgique, un établissement de crédit belge ou de l'U.E. atteste qu'il détient, à travers un établissement situé dans l'U.E., ces valeurs, qui doivent en tout état de cause être localisées dans un pays de l'O.C.D.E.

⁸⁰ Article 54 a) de la Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG -.

⁸¹ Articles 18 à 30 de la loi n° 363 du 18 mai 1994.

⁸² J.O.C.E., n° L. 386 du 30 décembre 1989, p. 14.

de plafonds ⁸³ - et ceux qui étaient prévus par les directives ont parfois été abaissés ⁸⁴ -, et les conditions d'utilisation des actifs sont en règle générale plus détaillées que celles fixées par les directives. En outre, la loi danoise impose toujours aux entreprises du pays de placer 60 % au minimum de leurs provisions en fonds d'Etat ou en placements réputés très sûrs (logement national notamment) ⁸⁵, et des règles de diversification sont même imposées pour les actifs non représentatifs des provisions (càd. le patrimoine libre) ⁸⁶. Aucun assouplissement ne peut être accordé en matière de localisation des actifs, et l'autorité de contrôle, habilitée par la loi, n'admet la congruence en Ecus que de manière limitée. Le Gouvernement danois a justifié la sévérité de la nouvelle réglementation par les récentes difficultés économiques et financières de plusieurs compagnies ou sociétés holding d'assurances de son marché.

Les informations actuellement disponibles pour la France ⁸⁷, l'Espagne, la Grèce ⁸⁸, le Luxembourg et les pays de l'A.E.L.E. ne permettent pas de dégager les orientations définitives en matière de placement des provisions techniques et mathématiques. La situation en Italie fait, quant à elle, l'objet d'un rapport distinct.

3. Premiers enseignements et appréciations

23. Il est bien sûr trop tôt pour apprécier l'effet des nouvelles réglementations nationales d'investissement sur la stratégie financière des assureurs et leur politique des prix, ainsi que sur les conditions de concurrence des opérateurs des différents marchés européens. En effet, tous les Etats ne disposent pas à ce jour d'un cadre législatif complètement adapté aux troisièmes directives; de plus, il faudra sans doute attendre quelques exercices comptables avant de pouvoir apprécier les premiers effets des normes nouvelles.

On peut toutefois penser - sous réserve d'une analyse plus approfondie - qu'il subsistera des divergences, parfois sensibles (cfr. la législation danoise par rapport à la législation néerlandaise), et que sur certains marchés, les dispositions nouvelles n'offriront pas aux opérateurs beaucoup plus de souplesse que par le passé. Seule l'imposition du même catalogue d'actifs et de la même liste de pourcentages maxima à tous les Etats aurait permis de gommer les différences, mais on sait qu'elle s'est avérée politiquement impossible lors des discussions ayant conduit à l'adoption des troisièmes directives.

Dans ces conditions, on pourrait s'attendre à ce que les entreprises d'assurance soumises à des législations de placement contraignantes soient défavorisées par rapport à celles qui, tirant parti d'une réglementation plus souple, seraient en mesure de commercialiser leurs produits à de meilleures conditions financières. En assurance vie, compte tenu des limitations en matière de taux d'intérêt technique, la concurrence jouerait davantage au niveau des participations bénéficiaires (de type financier) qu'au niveau des primes; en assurance non-vie, les perspectives de rendements financiers élevés pourraient

⁸³ Le plus significatif est certainement celui qui interdit de placer plus de 2 % du montant total du passif (en assurance vie) ou de 4 % des réserves techniques (en assurance non-vie) dans la même entreprise ou le même "risque".

⁸⁴ Ainsi, la loi abaisse à 2 % (au lieu de 5 % dans les directives) le plafond pour les prêts non garantis.

⁸⁵ Pratique pourtant désormais interdite par les directives (voy. *supra*, n° 20 et note 67).

⁸⁶ Ces règles semblent à première vue contraires à l'article 26 de la troisième directive assurance non-vie et l'article 27 de la troisième directive assurance vie.

⁸⁷ La France a, semble-t-il, largement anticipé les principes de placement des troisièmes directives.

⁸⁸ L'autorité de contrôle souhaite aligner autant que possible la législation grecque sur les troisièmes directives; un plafond pour le montant global des placements en immobilier serait cependant ajouté, tant en assurance vie qu'en assurance non-vie.

inciter les entreprises à abaisser leurs taux de primes, à plus forte raison depuis que le contrôle financier se limite, dans la plupart des Etats, à un contrôle général de solvabilité ⁸⁹. Pour les entreprises à vocation européenne, ces distorsions de concurrence pourraient être doublement pénalisantes dans la mesure où, dans le régime nouveau de la licence unique, la législation financière de l'Etat d'origine régit désormais l'ensemble des activités menées par l'entreprise, tant au plan local qu'à l'étranger; l'effet discriminatoire d'une réglementation sévère n'est plus circonscrit, comme par le passé, aux seules activités locales. Parallèlement, un risque de "forum shopping" est à craindre dans le chef d'entreprises (de l'U.E. ou de pays tiers) qui souhaiteraient implanter une filiale sur le territoire communautaire.

Ce sentiment doit cependant être nuancé. D'une part, une politique de vente à perte ou de dumping - si elle est admise par l'Etat d'origine ⁹⁰ - ne peut être qu'une stratégie à court terme; le financement systématique des pertes techniques par des résultats financiers et par les plus-values des actifs représentatifs ne constitue pas, en effet, une politique durable ⁹¹. D'autre part, on fera remarquer que les performances financières des compagnies d'assurance ne dépendent pas seulement des caractéristiques de leurs règles nationales de placement ⁹², mais aussi (et surtout ?) du degré de développement de leur marché financier (cfr. la City londonienne par rapport à certaines places financières européennes) et, indirectement, de la santé des différents secteurs de leur économie nationale. La libéralisation des règles de localisation des actifs et les assouplissements apportés aux règles de congruence ne sont-ils pas de nature à atténuer, dans une certaine mesure, le handicap des sociétés d'assurance dont le marché financier est peu développé, en leur ouvrant l'accès à des marchés plus attrayants en terme de rendement financier ?

⁸⁹ On perçoit ici un peu plus le handicap d'opérateurs qui, comme en Belgique, sont tenus à un principe de rentabilité par produit ou par groupe de produits. Depuis que les aspects techniques et financiers ont fait l'objet d'une harmonisation au plan communautaire, il ne saurait être question, pour l'autorité de contrôle du pays du risque (ou de l'engagement), d'imposer à une entreprise soumise dans son pays d'origine à un simple contrôle de solvabilité le respect, au nom de l'intérêt général, du principe plus strict de la rentabilité.

⁹⁰ Ainsi, il semblerait que la "vente à perte" des contrats d'assurance vie est désormais interdite au Royaume-Uni.

⁹¹ H. DRABBE, "De bepalingen inzake...", *op. cit. note 68*, p. 157; également H. COUSY et H. CLAASSENS, *op. cit. note 27*, p. 59 note 42 (citant B. DUBUISSON, "Le consommateur européen face au Marché unique de l'assurance : mythe et réalité", *Revue du Droit de la Consommation*, 1992, p. 1094).

⁹² Ainsi, comme le fait fort justement observer H. DRABBE ("De bepalingen inzake...", *op. cit. note 68*, p. 160), on n'a jamais pu prouver que la réglementation allemande, très stricte, avait jusqu'ici placé les assureurs allemands dans une position de concurrence défavorable par rapport aux assureurs bénéficiant de réglementations plus souples (assureurs néerlandais, p. ex.).

III. La protection des créanciers d'assurance en cas de faillite de l'assureur

1. L'état du droit communautaire

24. La dérégulation profonde induite des troisièmes directives, et l'abandon du contrôle matériel préalable en particulier, ont entraîné un transfert de la responsabilité des autorités étatiques vers les entreprises privées; dans ces conditions, la faillite des entreprises d'assurance fait partie - davantage que par le passé - du schéma "logique" des activités d'assurance, comme sanction ultime d'un modèle économique fondé sur la libre concurrence. Cette évolution donne une dimension toute particulière à la question de la protection des créanciers d'assurance en cas de faillite de l'assureur, surtout dans un contexte - de plus en plus marqué - d'activités transfrontalières.

Peu de dispositions des directives communautaires appréhendent spécifiquement l'hypothèse de la faillite de l'assureur. L'article 20 de la deuxième directive assurance non-vie et l'article 21 de la deuxième directive assurance vie prévoient simplement qu'en cas de liquidation d'une entreprise d'assurance, les engagements résultant d'un contrat souscrit en prestation de service doivent être exécutés de la même façon que ceux résultant des autres contrats d'assurance de cette entreprise, sans distinction fondée sur la nationalité des assurés et des bénéficiaires; ce principe de non-discrimination a été étendu par l'article 42 des troisièmes directives aux contrats souscrits en liberté d'établissement, afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les types d'engagements, qu'ils résultent d'un contrat "national" ou d'un contrat transfrontalier conclu en régime de L.P.S. ou par le biais d'une agence ou succursale étrangère de l'entreprise d'assurance. Implicitement, ces dispositions signifient que la procédure de liquidation d'un assureur "paneuropéen" doit être soumise à la (seule) réglementation nationale du pays d'origine de cet assureur (principe de l'unité de la procédure de la faillite) et produire les mêmes effets dans toute l'U.E. (principe de l'universalité de ses effets), de manière à garantir une égalité de traitement des créanciers d'assurance, quelle que soit leur nationalité ou leur pays de résidence.

25. Pour le reste - et comme pour le droit du contrat et la fiscalité - les directives n'ont (toujours) pas harmonisé les règles nationales relatives à la faillite d'une entreprise d'assurance et, plus particulièrement, celles consacrées à la protection des créanciers d'assurance en cas de liquidation de l'entreprise faillie. La proposition modifiée de directive du 18 septembre 1989 sur la liquidation obligatoire des entreprises d'assurance ⁹³ entend réaliser cet objectif; les discussions et les divergences de vue actuelles au Conseil de l'U.E. ne laissent toutefois pas présager son adoption dans un proche avenir.

2. La protection des créanciers d'assurance dans les droits nationaux

26. En règle générale, la déclaration de faillite de l'assureur permet aux preneurs (ou au curateur agissant dans leur intérêt) de demander la résiliation de leurs contrats, tant en assurance vie qu'en assurance non-vie; elle met rarement fin, de plein droit et avec effet immédiat, aux contrats en cours. Un transfert de portefeuille - subordonné à l'autorisation des autorités de contrôle concernées - peut garantir la continuité des activités

⁹³ J.O.C.E., n° C. 253 du 6 octobre 1989.

de l'entreprise faillie; plusieurs législations prévoient qu'en pareil cas, les preneurs peuvent résilier leur contrat dans un délai déterminé ⁹⁴.

27. Si, à défaut de reprise, il faut procéder à la liquidation de l'entreprise faillie, les Etats continuent à appliquer leurs propres règles en la matière, en l'absence actuelle d'harmonisation au plan communautaire. Dans les développements qui suivent, l'attention sera essentiellement portée sur les mesures appliquées en assurance vie.

L'Allemagne, les Pays-Bas ⁹⁵, le Danemark, la Belgique ⁹⁶, le Luxembourg ⁹⁷, le Portugal, la Grèce ⁹⁸, l'Autriche ⁹⁹, la Suède et la Finlande ¹⁰⁰ imposent, à tout le moins pour l'assurance vie, la constitution d'un patrimoine séparé (distinct du patrimoine libre de l'entreprise d'assurance), reposant sur la tenue permanente et à jour d'un registre des actifs représentatifs des provisions techniques et mathématiques, et affecté prioritairement ¹⁰¹, sinon exclusivement, à la garantie des créanciers d'assurance; ce mécanisme pourrait être introduit en Italie lors de la transposition des troisièmes directives. Dans certains pays (Pays-Bas, Belgique, Luxembourg), ce système est complété, lorsqu'il s'avère insuffisant, par un privilège général - de rang variable - sur le reste du patrimoine de l'entreprise.

En Espagne, la Commission de liquidation des entreprises d'assurance intervient, en cas de faillite, au profit de tout créancier d'assurance ¹⁰²; elle est financée par un prélèvement de 0,5 % sur toutes les primes (sauf en assurance vie). Par ailleurs, les actifs représentatifs sont affectés par priorité aux créanciers d'assurance, à moins qu'ils aient été grevés d'un droit réel ou frappés d'une saisie préalablement à la mesure de blocage décidée par l'autorité de contrôle.

En France ¹⁰³, la protection des créanciers d'assurance vie en cas de faillite de l'assureur consiste en un privilège général de 7ème rang sur les actifs mobiliers de l'entreprise, et de 3ème rang sur les actifs immobiliers; la Commission de Contrôle des Assurances peut en outre inscrire d'office une hypothèque sur les immeubles d'une entreprise en difficulté ou dont les actifs représentatifs sont insuffisants.

Au Royaume-Uni, la Policyholders Protection Act ¹⁰⁴ prévoit qu'en cas de faillite d'un assureur, une cotisation est prélevée auprès des autres assureurs agréés pour pratiquer la même branche que l'assureur insolvable; ce système permet, paraît-il, de garantir les créances des assurés et des bénéficiaires d'assurance à concurrence de 100 %

94 C'est le cas en Autriche, en Belgique, en Espagne, en Finlande, en France, en Grèce, en Italie (si le transfert entraîne un changement de régime de contrôle et de droit applicable), au Luxembourg, en Norvège et au Portugal; le délai de résiliation est de 1, 2 ou 3 mois selon les Etats. Il n'est pas prévu de faculté de résiliation en cas de transfert de portefeuille en Allemagne, aux Pays-Bas, au Danemark, en Irlande, au Royaume-Uni et en Suède.

95 Articles 155 à 173 de la loi du 9 mars 1994.

96 Article 18 de la loi du 9 juillet 1975, et article 48 de la même loi, complété par l'article 32 de la loi du 19 juillet 1991.

97 Articles 13 à 16 de la loi du 6 décembre 1991.

98 Article 10 du décret-loi 400/70.

99 Voy. essentiellement les articles 79 b), 92 et 94 de la VAG Nouvelles 1994.

100 Chapitre 15 de la loi sur les compagnies d'assurance.

101 Après déduction des frais de liquidation, en général.

102 Y compris en assurance R.C. automobile, en complément du Fonds commun de garantie.

103 Articles L. 327-2 et 327-3 du Code des Assurances, tels que modifiés par l'article 26 de la loi du 4 janvier 1994.

104 Loi du 12 novembre 1975.

en assurance obligatoire, et de 90 % dans les autres branches. Le Lloyd's a son propre système d'indemnisation en cas de faillite de l'un de ses membres ¹⁰⁵.

L'Irlande et la Norvège connaissent également des systèmes de fonds de garantie.

On constate finalement que la disparité des mécanismes de protection des créanciers d'assurance vie n'est pas aussi forte que ce que l'on entend souvent dire. Les systèmes recensés se ramènent en définitive à trois techniques (certes bien différentes) : constitution d'un patrimoine distinct réservé aux assurés et aux bénéficiaires; privilège général sur tous les actifs (mobiliers ou immobiliers) de l'entreprise; solidarité du secteur ou de la branche concernée à l'égard de l'entreprise en difficulté. La technique du patrimoine distinct est la plus répandue : 10 (bientôt 11 ?) Etats sur 17 l'appliquent.

3. Quelle solution au plan communautaire ?

28. Quel système paraît à la fois le plus indiqué au regard de l'objectif de protection des consommateurs et le plus conforme à la logique des directives de la troisième génération ?

La technique de la masse séparée d'actifs représentatifs, exclusivement réservée au remboursement des créances d'assurance (indemnités échues, capitaux, rentes, valeurs de rachat, réserves mathématiques et primes non consommées), réunit, selon nous, le mieux ces deux qualités. Elle découle d'ailleurs, nous semble-t-il, de la nature même de l'activité d'assurance, tout particulièrement en assurance vie de type "retraite". En effet, contrairement au patrimoine libre de l'entreprise d'assurance, les réserves mathématiques sont la "propriété"¹⁰⁶, non pas de l'entreprise d'assurance, mais des preneurs (ou des assurés en assurance groupe); si elles figurent au bilan de l'assureur, c'est en raison du phénomène d'inversion du cycle de production en assurance (l'assureur perçoit le prix avant de prêter le service). La meilleure preuve en est que ces réserves peuvent faire l'objet, en cours de contrat, d'une série d'opérations de la part du preneur ou de l'assuré (réduction, rachat, mise en gage, avance, cession,...). Pourquoi le droit d'en "disposer" pleinement devrait-il leur être contesté en cas de faillite de l'assureur ?

On entend parfois dire que la tenue du registre des actifs, sur lequel repose la technique du patrimoine distinct, constituerait une charge administrative excessive pour les compagnies d'assurance. N'est-ce pourtant pas un principe élémentaire de gestion que de connaître à tout moment la composition des actifs représentatifs de ses patrimoines - libre et engagé -, à plus forte raison depuis la libéralisation des règles de localisation ? La technique du registre permanent des actifs fonctionne d'ailleurs de longue date - et apparemment sans difficulté majeure - dans certains Etats (Belgique et Luxembourg notamment), où elle a montré qu'il était possible de concilier souplesse et efficacité.

On avance aussi que l'exclusivité absolue des créanciers d'assurance sur les actifs représentatifs des provisions techniques n'est pas de nature à garantir leur protection en tout état de cause, compte tenu des risques de sous-évaluation du passif ou de surestimation de l'actif, fréquentes dans les entreprises en proie à des difficultés financières. Ces risques sont sans doute réels, mais on rappellera que les troisièmes directives et la directive sur les comptes annuels et consolidés des entreprises d'assurance ont prévu un ensemble de mesures destinées à garantir une évaluation correcte des différents postes du bilan de l'entreprise d'assurance et ont renforcé les pouvoirs

¹⁰⁵ Lloyd's Act de 1982.

¹⁰⁶ Le concept a été volontairement mis entre guillemets car, sur un plan strictement juridique, il faudrait en réalité parler d'un droit de créance du preneur vis-à-vis de l'assureur.

d'information (comptable notamment), de contrôle et d'intervention des autorités de contrôle, afin de prévenir ou de déceler au mieux les irrégularités. En particulier, celles-ci peuvent à tout moment procéder à des vérifications "sur place" et exiger la présentation de tout document nécessaire à l'exercice du contrôle.

Enfin, on prétend qu'en cas de faillite, les actifs représentatifs seront généralement insuffisants pour garantir le remboursement adéquat des créances d'assurance. C'est sans doute là la principale faiblesse du système, mais n'est-ce pas là un risque inhérent à toute créance à l'égard d'une entreprise en difficulté ? L'on pourrait sans doute - comme cela se fait dans certains Etats ¹⁰⁷ - conforter la protection des créanciers d'assurance par un privilège général sur le patrimoine libre de l'entreprise. Cela dit, les premières directives ont prévu que des mesures de redressement et de financement pouvaient être imposées à une entreprise en difficulté par son autorité de contrôle bien avant que les provisions techniques et mathématiques deviennent insuffisantes; lorsque l'autorité de contrôle a le sentiment que la situation de l'entreprise va se détériorer, celle-ci peut même se voir interdire la libre disposition de ses actifs et retirer l'agrément.

29. Le système du privilège général sur l'ensemble du patrimoine de l'entreprise nous paraît dangereux, inconsistant et inadapté à l'assurance. Dangereux, car le rang d'un privilège général est très souvent difficilement déterminable compte tenu de la multitude de privilèges prévus, dans tous les Etats, par les législations les plus diverses (sociales, fiscales, administratives, hypothécaires,...); de plus, il peut varier au fil du temps avec l'apparition de nouveaux privilèges généraux. Inconsistant, car le privilège général aura été primé par les nombreux droits préférentiels exercés par certains créanciers sur des biens déterminés du patrimoine de l'entreprise. Inadapté enfin, car le système des privilèges généraux conduit, en assurance, à reconnaître à des créanciers autres que les assurés (fisc, sécurité sociale, travailleurs, ...) un droit de préférence sur un patrimoine tout à fait particulier qui, on l'a dit, appartient aux preneurs et aux assurés, et ne se trouve inscrit dans le bilan de l'assureur qu'en raison de l'inversion du cycle de production; appliqué par analogie dans des secteurs d'activités commerciales (secteur de la distribution, p. ex.), le système du privilège général tel qu'on le conçoit en assurance signifierait que les créanciers d'une entreprise de production tombée en faillite devraient pouvoir faire valoir, *a posteriori*, des droits sur les produits vendus par cette entreprise avant la faillite.

30. La technique du fonds de garantie, ou toute autre technique de "solidarité organisée", ne nous paraît pas correspondre - du moins en assurance vie, où aucune considération relative à la protection des victimes n'interfère - aux principes et à la philosophie communautaires de libéralisme et de responsabilisation des opérateurs privés. Elle revient en effet à faire supporter par les bonnes compagnies (et leurs assurés) les erreurs de politique commerciale ou de gestion commises par des entreprises moins diligentes ou peu scrupuleuses ¹⁰⁸. A l'extrême, elle pourrait aboutir à faire prendre en charge par la collectivité des assureurs et des assurés les conséquences désastreuses d'une politique de tarification agressive pratiquée par une entreprise d'assurance.

¹⁰⁷ Voy. ci-dessus n° 27.

¹⁰⁸ En ce sens, E. HÜBNER, "La protection du consommateur dans l'Europe de l'assurance", *L'Europe de l'assurance : les directives de la troisième génération*, op. cit. note 29, p. 113; A. BIAGOSCH, *Prise de position, L'Europe de l'assurance...*, op. cit. note 29, p. 128.

4. La nécessité d'une harmonisation communautaire

31. Cela étant, on a constaté que toutes les législations nationales contiennent aujourd'hui des mécanismes - certes différents, tant dans la forme qu'au niveau de leur efficacité - de remboursement des créanciers d'assurance vie en cas de liquidation d'une entreprise d'assurance. Par ailleurs, les autorités de contrôle disposent, on l'a vu, d'un certain nombre de moyens pour prévenir les faillites et en atténuer les effets; les formes de concertation et de collaboration entre autorités nationales ont en outre été renforcées pour permettre un contrôle efficace des opérateurs paneuropéens ¹⁰⁹. Les règles relatives à la séparation des activités d'assurances vie et non-vie constituent un autre élément de prévention de la faillite ¹¹⁰, et il est de toute façon prévu qu'en pareil cas, les résultats d'une activité ne peuvent jamais servir à combler les insuffisances de solvabilité de l'autre (article 14, paragraphe 3 de la première directive assurance vie). Enfin, des réflexions sont en cours dans plusieurs enceintes (nationales et communautaires) sur la nécessité d'adapter la marge de solvabilité (tant en ce qui concerne son niveau que ses éléments constitutifs) à l'environnement économique, à l'évolution des marchés financiers et à l'apparition de nouveaux instruments d'investissements.

Dans ces conditions, l'harmonisation des règles et des procédures nationales de liquidation est-elle vraiment indispensable au cadre institutionnel du Marché unique de l'assurance ? La réponse est, selon nous, affirmative, pour trois raisons.

Tout d'abord, les créanciers d'assurance non-vie (autre que l'assurance R.C. automobile) ne bénéficient pas partout d'un régime de protection analogue à celui qui existe en assurance vie ¹¹¹.

Ensuite, on l'a vu, l'égalité de traitement entre assurés d'un même assureur "paneuropéen" a été inscrite dans les deuxièmes et troisièmes directives; il incombe à présent de garantir aux assurés un traitement identique - ou à tout le moins équivalent - en cas de faillite, quel que soit l'assureur auquel ils se seraient adressés. Dans la logique d'un Marché Unique, le système ne sera pas complet tant qu'au principe de non-discrimination en fonction de la nationalité des créanciers d'assurance de l'entreprise faillie ne correspondra pas un principe de non-discrimination en fonction de la nationalité de l'assureur choisi par l'assuré.

¹⁰⁹ On songe notamment au nouveau Protocole de collaboration entre les autorités de contrôle des Etats de l'U.E. (novembre 1993), destiné à être élargi à l'ensemble de l'E.E.E., ainsi qu'aux dispositions de la future directive sur le renforcement de la surveillance prudentielle des entreprises financières (assurances, banques, entreprises d'investissement, O.P.C.V.M.) appartenant à un groupe financier (position commune en juin 1994). Dans le prolongement de son Programme stratégique visant à renforcer l'efficacité du Marché Intérieur, la Commission Européenne envisage en outre de créer un réseau informatique transeuropéen - dont l'accès serait strictement limité aux autorités de surveillance des assurances - en vue d'améliorer le contrôle des entreprises d'assurance.

¹¹⁰ En résumé, les entreprises multibranches existantes (essentiellement au Royaume-Uni, en Belgique, au Luxembourg et en Espagne - pour un état complet de la situation, voy. G. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 123 -) peuvent poursuivre leur double activité, à condition d'adopter une gestion distincte; en Espagne, le Ministère de l'Economie et des Finances s'est cependant réservé la possibilité de mettre fin, dans un délai de 5 ans, au cumul des activités vie et non-vie des entreprises multibranches espagnoles. En revanche, les "nouvelles" entreprises ne peuvent plus cumuler les activités vie et non-vie; une dérogation est cependant admise pour le cumul de l'assurance vie et de l'assurance accidents et maladie (article 16 de la troisième directive assurance vie, remplaçant l'article 13 de la première directive, et article 14 de la première directive).

¹¹¹ Ainsi, par exemple, en Allemagne et au Danemark, la situation des créanciers d'assurance non-vie est nettement moins favorable que celle des créanciers d'assurance vie.

Enfin, l'absence de coordination des règles de faillite pourrait inciter les autorités (de contrôle ou judiciaires) à appliquer, pour "leurs" assurés, leurs propres règles de liquidation en cas de faillite d'un assureur étranger ¹¹², ce qui pourrait provoquer l'anarchie dans le règlement des faillites internationales. A l'extrême, elle pourrait, en cas de dysfonctionnement majeur, servir de prétexte à la résurgence d'un contrôle et d'une obligation de localiser les actifs, par pays d'activités.

¹¹² Voy. P. VERKHOVSKOY et L. DEVELLE, "Assurances : les directives ne règlent pas les conflits de compétence", *Haute Finance*, 11 août 1994, p. 2.

Conclusion

32. Une oeuvre d'envergure ne laisse jamais personne indifférent. Le Marché Unique de l'assurance n'échappe pas à la règle; il a, comme la construction européenne dans son ensemble, ses partisans et ses détracteurs. Les premiers mettent l'accent sur les perspectives d'ouverture des marchés et d'accès à des produits nouveaux dans un contexte de libre concurrence qui devrait entraîner les primes à la baisse; les seconds redoutent un climat de concurrence sauvage, ou prétendent que l'Europe ne profitera qu'aux grandes entreprises et aux grands consommateurs, les seuls à disposer des infrastructures et des moyens pour exploiter les opportunités du Marché Unique.

Quelques mois après l'entrée en vigueur des troisièmes directives, il est encore trop tôt pour juger le bien-fondé de ces points de vue contrastés; sans doute la vérité se situe-t-elle, comme souvent, entre les deux... Cela dit, le Marché Unique de l'assurance figurait parmi les objectifs du Traité de Rome et le cadre institutionnel est pour l'essentiel en place; il appartient désormais aux parties intéressées de l'intégrer dans le cadre quotidien des activités d'assurance.

33. La réussite de ce Marché Unique dépendra en grande partie de la volonté des Etats et de leurs autorités de contrôle de "jouer le jeu" européen. Une période d'assimilation et d'adaptation est sans conteste nécessaire, tant les changements induits par les troisièmes directives dans la conception de l'assurance sont fondamentalement neufs pour la plupart des marchés. Mais elle ne peut pas être l'occasion de maintenir, soi-disant au nom de la protection des consommateurs, des normes ou des attitudes exagérément protectionnistes et totalement contraires à l'exercice des libertés fondamentales du Traité de Rome.

34. Le développement harmonieux du Marché Unique suppose en outre l'effacement des divergences nationales qui subsistent à l'heure actuelle en matière de liquidation et de fiscalité - directe notamment - des contrats ¹¹³. L'absence prolongée de solution au plan communautaire pourrait renforcer, au même titre que les interprétations excessives données au concept d'intérêt général, le sentiment - négatif, et pourtant bien ancré dans de nombreux milieux (de consommateurs notamment) - que l'on a avant tout songé à organiser l'Europe de l'offre, sans se préoccuper de l'Europe de la demande...

35. Il s'agira enfin pour les entreprises de trouver le juste milieu entre les charmes de la liberté nouvelle et les exigences "naturelles" de l'activité d'assurance. Des dérapages, des abus ou des dysfonctionnements majeurs pourraient être un prétexte - légitime - pour réintroduire des éléments de contrôle matériel. La création toute récente de la "Personal Investment Authority" (P.I.A.) au Royaume-Uni - champion du libéralisme - est là pour rappeler qu'un "retour du pendule" est toujours possible.

36. Ce n'est qu'à ces conditions, nous semble-t-il, que les entreprises et les consommateurs d'assurance prendront véritablement conscience que le Marché Unique de l'assurance est désormais partie intégrante - et favorable - de leur environnement.

¹¹³ On songe ici tout spécialement aux conséquences des arrêts "Bachmann" du 28 janvier 1992 qui ont jugé qu'en l'absence d'harmonisation communautaire, les Etats étaient autorisés, au nom de l'intérêt général (en l'occurrence la cohérence de leur système fiscal), à refuser le bénéfice d'avantages fiscaux à des versements effectués à un assureur non établi.