

TITRE II

LE DOMAINE DES REGLES DE CONFLIT COMMUNAUTAIRES RELATIVES AU CONTRAT D'ASSURANCE

62. Il est classique dans une étude de droit international privé d'entamer l'examen de règles de conflit d'origine internationale par la définition des situations (contractuelles en l'occurrence), auxquelles elles entendent s'appliquer. Trois critères peuvent servir à cette définition : le critère spatial, le critère matériel et le critère temporel.

L'existence même de ces critères indique déjà que les règles de conflit uniformes ne veulent pas régir l'ensemble des contrats internationaux d'assurance conclus ou susceptibles d'être conclus dans la matière concernée. Plusieurs systèmes de droit international privé sont donc appelés à coexister dans un même ordre juridique, en fonction des domaines d'application assignés à chacun. On parle dans ce cas de *coexistence horizontale* des systèmes de droit international privé (Chapitre I).

63. Comme la plupart des règles de conflit internationales adoptées dans un domaine déterminé, les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance n'organisent pas un système de droit international privé parfaitement autonome. Elles sont appelées à s'intégrer dans le régime général de droit international privé de l'Etat membre concerné, de sorte que pour toutes les questions non explicitement réglées par les normes spéciales, les règles et principes généraux de droit international privé de cet Etat restent applicables. On parle dans ce cas de *complémentarité verticale* des règles de droit international privé (Chapitre II).

L'examen de la coexistence et de la complémentarité des systèmes et des règles permettra de dégager les conséquences non négligeables pour le droit international privé, qui résultent de l'insertion de règles de conflits de lois dans un texte de droit communautaire destiné à faciliter l'exercice des libertés économiques prévues par le Traité CEE.

CHAPITRE I.

LA COEXISTENCE HORIZONTALE

DES SYSTEMES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

La coexistence horizontale des systèmes de droit international privé résulte de la délimitation du domaine d'application spatial (section I), matériel (section II) et temporel (section III) des règles de conflit de lois insérées dans les directives communautaires.

SECTION 1. LE DOMAINE SPATIAL DES REGLES DE CONFLIT COMMUNAUTAIRES RELATIVES AU CONTRAT D'ASSURANCE

64. Un examen de la pratique internationale démontre que les règles de rattachement uniformes issues de conventions internationales ne sont généralement pas affectées d'un critère d'applicabilité spatial visant à délimiter les situations transfrontières auxquelles elles entendent s'appliquer. Les dispositions uniformes sont le plus souvent purement et simplement substituées aux règles correspondantes en vigueur dans l'ordre juridique de l'Etat lié par la convention. La règle uniforme régit dans ces conditions tout contrat international entrant dans la catégorie visée, même si ce contrat se localise dans tous ses éléments en dehors du territoire d'un Etat partie à la convention¹

Tel n'est pas le cas des règles de conflit prévues par les directives européennes relatives au contrat d'assurance. Se démarquant de la pratique généralement suivie, celles-ci ont un domaine d'application limité dans l'espace et ne s'appliquent par conséquent qu'à certaines situations internationales²

¹ F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1987, n° 77 et 278. L'auteur remarque que la plupart des traités récents d'unification des règles de conflit ont un domaine d'application illimité² « III faut entendre par là que dans les Etats où ces traités sont en vigueur, ils s'appliquent à toutes les situations transfrontières visées par l'hypothèse de la règle de conflit, quelle qu'en soit la localisation³ ».

² F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1993, n° 330.

Il convient dans un premier temps de tenter de définir les critères spatiaux utilisés par les directives (§1), pour ensuite s'interroger sur la façon dont ils ont été transposés dans les législations nationales des Etats membres (§2).

§ 1. LES CRITERES DEFINISSANT LE DOMAINE SPATIAL DES REGLES DE CONFLIT DANS LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

A. Définition des critères spatiaux

65. Deux critères d'applicabilité dans l'espace se dégagent d'une lecture attentive de l'article 1 de la directive LPS non-vie et de l'article 4 de la directive LPS vie. Le premier se déduit expressément de l'article 1, § 1, qui limite son champ d'application aux contrats d'assurance «couvrant des risques situés dans les Etats membres». L'article 4, § 1, de la directive LPS vie ne comporte pas la même précision, sans doute parce qu'elle ne se fonde pas à proprement parler sur le lieu du risque mais sur le lieu de l'engagement. Il ne fait guère de doute cependant que l'engagement doive également se localiser sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne (ci-après CE) ou depuis peu, de l'Espace Economique Européen (ci-après EEE) pour que les règles de conflit relatives à l'assurance vie soient applicables.

Le second critère se déduit implicitement de l'emplacement des articles 1 et 8 de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie sous le titre II des deux directives consacré respectivement aux dispositions complémentaires à la première directive établissement. Pour l'application du titre II, on entend en effet par entreprise, toute entreprise ayant reçu l'agrément administratif conformément à l'article 1 ou à l'article 23 (ou 27 en assurance vie) de la première directive (directive LPS non-vie, art. 1, *litt. 1*, 1er tiret; directive LPS vie, art. 4, *litt. 1*, 1er tiret). On en déduit que pour être soumis aux règles de conflit communautaires, le contrat d'assurance doit avoir été conclu auprès d'une entreprise établie dans la CE ou l'EEE, peu importe que cet établissement relève d'une entreprise d'assurance ayant la nationalité d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Ce second critère est relevé par la plupart des commentateurs.

³ La notion d'Etat membre utilisée dans les développements qui suivent vise à la fois les Etats membres de la CE et de l'EEE. Depuis l'entrée en vigueur du Traité sur l'Espace Economique Européen et la reprise de l'acquis communautaire en matière d'assurance, les règles de conflit sont en effet également applicables dans tous les Etats membres de l'EEE, même ceux qui n'ont pas adhéré à l'Union européenne dans le respect toutefois du domaine d'application de ces règles de conflit (voy. *supra*, n°...).

⁴ Les agences ou succursales relevant d'une entreprise d'un Etat tiers ne bénéficient pas d'un droit à l'établissement comme les entreprises ressortissantes d'un Etat membre. Dans les termes de l'article 58 du Traité, pour qu'une entreprise puisse être considérée comme ressortissante d'un Etat membre, il faut que la personnalité morale lui ait été attribuée conformément au droit d'un Etat

1. La localisation du risque ou de l'engagement sur le territoire d'un Etat membre

66. L'Etat membre où le risque est situé se définit par référence à l'article 4, litt. a) de la directive LPS non-vie. Aux termes de cette disposition, le risque se localise en principe au lieu de la résidence habituelle du preneur, sauf pour les assurances relatives à des véhicules de toute nature, à des immeubles ou à des voyages de courte durée. Dans ces hypothèses, le risque est censé se localiser respectivement au lieu d'immatriculation du véhicule, au lieu de situation de l'immeuble ou au lieu de conclusion du contrat. Pour être soumis aux règles de conflit communautaires prévues par l'article 4, le risque doit être localisé au sens défini ci-dessus sur le territoire d'un Etat membre de la CE ou de l'EEE.

67. La solution n'est pas différente pour l'assurance vie, même si la directive LPS vie ne formule pas explicitement la même exigence. L'article 4, litt. a) de la directive LPS vie définit l'Etat membre de l'engagement comme celui où le preneur a sa résidence habituelle ou si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte. Par analogie, on limitera le champ d'application des règles de conflit prévues par l'article 4 aux contrats couvrant des engagements situés sur le territoire d'un Etat membre. Cette solution est également commandée, comme on le verra plus loin, par une délimitation cohérente du domaine d'application des directives et de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

membre et que la société ait en outre son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur de la Communauté européenne. Le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la liberté de prestation de services ajoute que lorsque les sociétés n'ont que leur siège statutaire à l'intérieur de la Communauté, leur activité doit présenter «un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre, étant exclu que le lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion ou de surveillance ou des personnes détenant ce capital social».

5. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988 relativement à la loi applicable», *R.G.A.T.*, 1989, p. 47, n° 16; P. LAGARDE, «Présentation de la directive du 22 juin 1988», *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 49; du même auteur, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 18 juin 1980», *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 98, n° 16; F. REICHERT-FACILIDES, «Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts», *IPRax.*, 1990, pp. 4 et 8; V. HAHN, *Die 'europäischen' Kollisions-Normen für Versicherungsverträge*, VVW Karlsruhe, 1992, pp. 4 et 154; J. BASEDOW et W. DRASCH, «Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht», *N.J.W.*, 1991, pp. 87 et 794; W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, J.C.B. Mohr/Tübingen, 1985, p. 90; K.W. BREVET, «De tweede richtlijn schadeverzekering en het toepasselijk recht», *Verz. Arch.*, 1991, p. 2; H.J.G. VAN HUIZEN, «Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijk recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverrichting», *Verz. Arch.*, 1989, pp. 56 à 160; P. BIAGOSCH, *Europäische Dienstleistungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht*, VVW Karlsruhe, 1992, p. 52; F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis*, t. III, 2ème éd., 1993, n° 330; A. PHILIP, «Private International law of insurance in Denmark and the European Communities», in *Festschrift K. Grönfors*, Särtryck, Norstedts, p. 351; I.D. WAGENAAR, «De rechtskeuze bij verzekeringsovereenkomsten», *S.E.W.*, 1994, pp. 609-614.

2. *La localisation de l'établissement de l'entreprise d'assurance sur le territoire d'un Etat membre*

68. Conformément au Traité, l'établissement de l'entreprise peut prendre plusieurs formes. L'article 1, *litt. c*, des deux directives LPS vie et non-vie cite le siège social, l'agence ou la succursale de l'entreprise. L'article 3 précise qu'est assimilée à une agence ou succursale, « toute présence permanente d'une entreprise sur le territoire d'un Etat membre, même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou agence mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour l'entreprise comme le ferait une agence ». Les termes sont intégralement repris de l'attendu n° 11 de l'arrêt de la Cour de Justice du 4 décembre 1986 rendu contre l'Allemagne⁶

⁶ Dans le contexte du domaine d'application des règles de conflit, nous ne pouvons procéder à une étude détaillée de la notion d'établissement appliquée au secteur de l'assurance, pour la distinguer de la prestation de services. Bornons-nous à souligner l'importance des termes utilisés par la Cour de Justice dans l'arrêt assurance-coassurance rendu contre l'Allemagne (CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 755; dans l'arrêt Gebhard du 30 novembre 1995, aff. 55/94, non encore publié au Recueil, la cour précise que le caractère temporaire de la prestation n'exclut cependant pas la possibilité pour le prestataire de services, de se doter « d'une certaine infrastructure dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause ». L'établissement requiert, selon l'attendu n° 11, « une présence permanente ». Ne constitue pas une présence permanente mais une forme de liberté de prestation de services sans déplacement du prestataire ni du destinataire, la distribution directe de contrats d'assurance par des moyens de télécommunications, comme le minitel. Pour être considéré comme un établissement, le bureau doit être mandaté pour agir en permanence « comme le ferait une agence ». Ceci suppose une activité proprement commerciale consistant dans la conclusion, la gestion et l'exécution des contrats au nom et pour le compte de la maison-mère (signature des polices, encaissement des primes, émission des quittances...). Pour la définition des notions d'agence et de succursale, il est permis de se référer à la jurisprudence que la Cour de Justice a développée à propos de l'article 5, 5°, de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (voy. à ce sujet *infra*, n° 642, note 152). Il ressort de cette jurisprudence que les éléments caractéristiques de l'établissement secondaire résultent de la soumission de l'intermédiaire à la direction et au contrôle de la maison-mère et de son pouvoir d'engager l'entreprise à l'égard des tiers. En revanche, la présence d'un bureau de règlement de sinistres dans le pays de la prestation ne saurait être assimilée à un établissement au sens du Traité. Ainsi s'explique sans doute la précision contenue dans l'article 3, § 3, de la directive LPS auto selon laquelle la désignation du représentant permanent habilité à gérer les dossiers de sinistres ne constitue pas une succursale ou une agence, le représentant n'étant pas considéré comme un « établissement au sens du Traité ». Bien que cela ne figure pas explicitement dans la directive LPS non-vie, le procès verbal du Conseil contient des considérations semblables à propos du représentant fiscal responsable dans l'Etat de la prestation, de la perception correcte des taxes et contributions parafiscales grevant les primes d'assurance. Reste l'épineux problème des intermédiaires, courtiers ou agents, distribuant les produits d'assurance de compagnies non-établies dans l'Etat d'activités. Si l'intermédiaire appartient au personnel de l'entreprise et travaille dans le cadre d'une structure souple chargée de prendre des contacts avec la clientèle sous la forme d'un bureau de représentation, il doit être considéré comme un établissement. L'assimilation d'un intermédiaire indépendant à un établissement suppose que celui-ci constitue un centre d'activités offrant de façon permanente des services consistant dans la conclusion et l'exécution des contrats. Pour qu'il puisse être tenu pour un établissement de la compagnie, l'intermédiaire doit à tout le moins être investi d'un pouvoir autonome de conclusion des contrats impliquant une relation structurée et durable. En outre, il semble que la permanence de

69. Dans ces conditions et par référence aux articles pertinents des directives, les règles de conflit ne s'appliqueraient pas aux contrats couvrant des risques situés dans la CE ou l'EEE mais souscrits auprès d'entreprises d'assurance qui n'y sont pas établies. Comme ces contrats n'entreraient pas davantage dans le champ de la Convention de Rome, ils resteraient soumis au droit commun (voy. *infra* n° 101).

Ce morcellement théoriquement critiquable ne s'impose toutefois pas comme une conséquence inéluctable. En effet, la souscription de contrats d'assurance auprès d'entreprises non établies dans la CE ou l'EEE n'est pas nécessairement autorisée par la législation de contrôle de tous les Etats membres. Ensuite et surtout, il semble que l'exigence de l'établissement dans l'espace européen ait été volontairement ou involontairement effacée lors de la transposition dans les lois nationales (voy. *infra* n° 14).

La référence à la condition d'agrément suscite plus de perplexité. On peut trouver étrange en effet que la délimitation du domaine d'application spatial d'une règle de droit international privé dépende d'une condition purement administrative, savoir l'autorisation délivrée par les autorités de contrôle pour exercer des activités d'assurance. Il s'agit là d'une conséquence probablement involontaire de l'insertion de cette règle dans un texte consacré essentiellement à la répartition des compétences administratives. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi les règles de conflit ne pourraient pas s'appliquer à un contrat souscrit auprès d'une entreprise établie sur le territoire d'un Etat membre mais non agréée. L'hypothèse, on le sait, n'est pas purement théorique.

70. A s'en tenir à la lecture des directives, les règles de conflit relatives au contrat d'assurance ne régissent donc ni les contrats couvrant des risques ou des engagements

l'activité de l'entreprise doit être appréciée indépendamment de la permanence du lien contractuel qu'elle a avec l'intermédiaire.

Pour plus de détails sur ces questions, voy. en particulier J. BIGOT et G. PARLEANI, «La liberté de prestation de services en assurance de dommage au point de vue juridique», *R.G.A.T.*, 1989, pp. 25 à 27; W.H. ROTH, «Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes», *RabelsZ*, 1991, pp. 105 à 107; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, pp. 82 à 87; I.D. WAGENAAR, *op. cit.*, note 3, p. 609. Voy. également le projet de communication de la Commission sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *J.O.C.E.*, 4 novembre 1995, n° 291, p. 10. Une communication similaire est attendue en assurances.

⁷ Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que les contrats internationaux souscrits en méconnaissance de la réglementation de contrôle pourraient être sanctionnés de nullité, pour autant que cette réglementation se veuille applicable à l'espèce (sur cette question, voy. *infra* n° 33 et ss.).

situés hors de la CE ou de l'EEE, souscrits auprès d'entreprises d'assurance qui y sont établies ni les contrats couvrant des risques situés dans la CE ou l'EEE souscrits auprès d'entreprise d'assurance qui n'y sont pas établies. On observe ainsi pour le seul contrat d'assurance un curieux paysage formé de plusieurs systèmes de droit international privé qui coexistent horizontalement en fonction de la configuration internationale de la situation⁸. Il y a lieu de s'interroger sur ce qui justifie un tel découpage a priori peu compatible avec le dogme de l'universalité de la règle de conflit.

B. Justification des critères spatiaux

71. La technique peu usitée de la délimitation spatiale des règles uniformes de conflit s'explique, semble-t-il, par des motifs à la fois historiques et proprement communautaires. La première raison est liée à l'adoption par les Etats membres le 11 juin 1980 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁹, qui comprend

⁸ Pour une proposition de codification, voy. F. REICHERT-FACILIDES, «Gesetzesvorschlag zur Neuregelung des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts», *VersR.*, 1993, pp. 177-1182.

⁹ La Convention de Rome (*JOCE*, n° 11266 du 9 octobre 1980) est entrée en vigueur le 1er avril 1991 en Allemagne, en Belgique, au Danemark, en France, en Italie, au Luxembourg et au Royaume-Uni (Contracts (Applicable Law) Act, 26 juillet 1990); la Grèce connaît les mêmes dispositions par le biais de la Convention d'adhésion à la Convention de Rome, signée le 10 avril 1984 à Luxembourg (*JOCE*, n° 1146 du 31 mai 1984) également en vigueur depuis le 1er avril 1991. La Convention de Rome est ensuite entrée en vigueur aux Pays-Bas le 1er septembre 1991 et en Irlande le 1er janvier 1992. La Convention d'adhésion de l'Espagne et du Portugal a été signée à Funchal par les douze Etats de la Communauté européenne le 18 mai 1992 (*JOCE*, n° 1133 du 18 novembre 1992). Elle est entrée en vigueur en Espagne le 1er septembre 1993, et le 1er octobre 1994 au Portugal entre tous les Etats ayant ratifié cette convention (Espagne, Pays-Bas, Italie, Portugal) (état au 31 décembre 1995). Il est probable qu'un accord du même type sera conclu pour étendre la convention aux trois nouveaux Etats de l'Union européenne, parmi lesquels la Finlande qui l'a déjà quasiment intégralement adoptée unilatéralement par une loi du 27 mai 1988. L'article 1, § 2 de l'acte relatif à l'adhésion de l'Autriche et des pays nordiques de l'Union européenne prévoit l'obligation pour ces pays d'adhérer outre aux conventions fondées sur l'article 20 du traité, à celles qui sont indissociables de la réalisation des objectifs du traité¹⁰, ainsi qu'aux protocoles concernant l'interprétation de ces conventions par la Cour de justice, ce qui comprend notamment la Convention de Rome. A noter que la Convention de Rome ne s'applique qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur.

Comme elle n'est pas fondée sur l'article 220 du Traité, aucun Etat membre n'est formellement tenu de la ratifier. Plusieurs pays avaient cependant déjà introduit les dispositions de la Convention dans leur droit national, sans attendre l'entrée en vigueur de la Convention elle-même. Telle avait été l'attitude adoptée par le Danemark (loi n° 188 du 9 mai 1984), le Luxembourg (loi du 27 mars 1986, *Mém.*, 1986, 1145), la Belgique (loi du 4 juillet 1987, *Mon.*, 9 octobre 1987) et l'Allemagne (loi du 25 juillet 1986, *BGBI.*, 1986, I, p. 142, trad. française, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 70); dans ce dernier cas, il s'agissait cependant d'une version quelque peu adaptée, ce qui avait été critiqué par la Commission (Recommandation du 15 janvier 1985, *JOCE*, n° 1124 du 14 février 1985, p. 42). Sur la primauté du texte original de la Convention de Rome depuis son entrée en vigueur par rapport au texte national, voy. A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Rec. des Cours*, 1992 I (vol. 232), pp. 290-296, n° 9 à 23).

Ne s'agissant pas d'un acte communautaire, le principe de l'attribution de compétences d'interprétation à la Cour de Justice des Communautés européennes a été fixé dans un protocole du 19 décembre 1988 (*JOCE*, n° 1128 du 20 février 1989, p. 28). L'entrée en vigueur de ce premier protocole, subordonnée à sept ratifications, est cependant conditionnée par celle d'un second

dans son champ d'application les contrats d'assurance couvrant les risques situés *en dehors du territoire de la Communauté* (art.1, §1, *a contrario*). Les directives adoptées ultérieurement ne pouvaient pas manquer d'y faire écho. Cette première raison ne rend cependant compte que partiellement et superficiellement du champ d'application spatial des directives. La seconde raison, qui pourrait également fonder la première, trouve ses racines dans la configuration internationale des libertés que les directives cherchent à promouvoir.

1. Le lieu du risque comme facteur de délimitation du domaine d'application de la Convention de Rome

72. *Justification.* Le rapport préparé par les professeurs Giuliano et Lagarde annexé à la Convention de Rome¹⁰ justifie l'exclusion des contrats d'assurance couvrant des risques localisés dans la Communauté européenne de façon laconique, par la prise en compte des travaux en cours au sein de la Communauté en matière d'assurance.

L'avant-projet datant de 1972 avait, quant à lui, exclu tous les contrats d'assurance du champ d'application de la Convention parce que la majorité des délégations des Etats contractants s'était prononcée en faveur d'une harmonisation du droit matériel propre à ces contrats¹¹. Ni l'une, ni l'autre explication n'était véritablement satisfaisante dès lors que, d'une part, la Convention de Rome ne faisait nullement obstacle à l'adoption ultérieure de règles de conflit de lois spécifiques à certains contrats et n'aurait donc pas empêché l'adoption ultérieure de règles de conflit uniformes dans le secteur des assurances (art.10)

protocole, du même jour (même référence) qui devra être ratifié par l'ensemble des Etats de la Communauté (il l'est actuellement par le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Irlande). Il a été jugé en effet que le droit institutionnel des Communautés ne permettait pas que la Cour de Justice se voie confier de nouvelles compétences non prévues par le Traité de Rome sans l'accord de tous les Etats membres. D'autres invoquaient des raisons constitutionnelles (sur ces protocoles voy. le Rapport de A. TIZZANO, *JOCE*, n°119 du 3 septembre 1990, pp. 1 à 19. Voy. également N. WATTE et A. NUYTS, «Vers une interprétation uniforme et cohérente des Conventions de Rome et de Bruxelles», *Rev. dr. U.L.B.*, 1994? pp.11-53. CHESCHIRE AND NORD, *Private International Law*, 12ème éd., London, Butterworths, p. 462. En l'état actuel, un Etat membre qui serait décidé à ne jamais ratifier le premier protocole peut donc également décider, en ne ratifiant pas le second protocole, d'empêcher les Etats membres qui le souhaiteraient de demander à la Cour son interprétation de la convention.

¹⁰ M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport explicatif concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE*, n°1182 du 31 octobre 1980, pp. 1 à 47.

¹¹ Voy. L. FORLATI PICCHIO, «La legge applicabile ai contratti di assicurazione e diritto comunitario», in *Dir. comm. e scam. int.*, 1983, p.19; du même auteur, «La legge applicabile ai contratti di assicurazione», in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, A cura di Tullio Treves, Padova, Cedam, 1983, p.183; H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats», *R.T.D.Eur.*, 1981, p.140, n°19. L'avant-projet de convention est publié au *J.D.I. (Clunet)*, 1976, p.153 et le rapport l'accompagnant à la *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p.198.

et que d'autre part, l'harmonisation matérielle alors envisagée par la Communauté ne permettait pas, vu son objet limité, de faire l'économie d'un système de conflits de lois¹².

Plusieurs auteurs ont critiqué l'introduction de ce critère spatial fondé sur le lieu du risque qui, sans reposer sur une justification sérieuse, aboutit à la multiplication des systèmes de droit international privé et contredit la vocation universelle de la Convention de Rome exprimée dans son article¹³. D'autres ont invoqué des exigences propres au marché intérieur tenant soit à l'égalisation des conditions de concurrence¹⁴, soit au renforcement de la protection de l'assuré¹⁵. Selon le premier point de vue, le souci d'éviter des distorsions de concurrence liées à la divergence des droits applicables justifierait des solutions spécifiques en droit international privé. Selon le second, la nécessité de garantir la protection de l'assuré dans un marché sans frontières imposerait un dosage plus prudent du libre choix de la loi applicable ouvert par l'article¹⁶ de la Convention ou, à défaut de choix, une dérogation au principe de l'application de la loi où réside le débiteur de la prestation caractéristique prévu par l'article¹⁷. Cette explication paraît toutefois faire peu de cas de l'article¹⁸ qui prévoit des règles spécifiques pour les contrats de consommation.

73. Il nous semble prématuré d'entrer pour l'instant dans cette controverse qui s'est d'ailleurs développée avant l'adoption définitive des directives communautaires relatives à la liberté de prestation de services. Les raisons qui ont incité le législateur communautaire à prévoir des règles de conflit dérogatoires pour le contrat d'assurance apparaîtront au fur et à mesure de l'examen de droit positif. Seule cette analyse permettra de dégager les politiques protectrices ou libérales qui sous-tendent les deux systèmes. *A priori*, il est clair qu'un tel découpage ne se justifie logiquement que si les caractéristiques particulières du

¹² Concernant la primauté du droit communautaire sur les règles conventionnelles, voy. F. JAYNE et C. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *R.C.D.I.P.*, 1995? pp. 1-39, spéc.¹⁹ 3.

¹³ E. ZANELLI, «La convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e l'attività assicurativa», *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, A cura di Tulio Treves, Padova, Cedam, 1983, p. 17; L. FORLATI PICCHIO, «Conflitti di leggi e conflitti di giurisdizione nel settore assicurativo», A cura di Alfonso Bellando, *Assicurazioni in Europa*, EDA, 1984, n° 3. Du même auteur, «La legge applicabile», *op. cit.*, note 1, p. 90; M. FRICKE, «Die Neuregelung des IPR der Versicherungsverträge im EGVVG durch das Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates des Europäischen Gemeinschaften», *IPRax*, 1990, p. 61; F. REICHERT FACILIDES, *op. cit.*, note 3, p. 9; A. PHILIP, «Private international law of insurance in Denmark and the European Communities», in *Festschrift K. Grönfors*, Särtryck, Norstedts, p. 350; en incorporant anticipativement la Convention de Rome dans l'ordre juridique danois, le législateur danois avait d'ailleurs étendu le champ d'application de la Convention aux contrats couvrant des risques situés dans la Communauté.

¹⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, note 11, p. 40, n° 9.

¹⁵ L. FORLATI PICCHIO, *op. cit.*, note 11, p. 90 ou 74; F. POCAR, «Conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di assicurazioni nella Comunità economica europea», *Riv. dir. int. priv. e pr.*, 1987, pp. 225 et 428.

¹⁶ L. FORLATI PICCHIO, *ibid.*; F. POCAR, *ibid.*

contrat d'assurance appellent des règles de conflit appropriées ou bien si les conditions spécifiques du marché intérieur rendent indispensables un régime de droit international privé spécialement destiné aux contrats d'assurance liés de façon étroite à la réalisation de ce marché¹⁷. Laissant pour l'instant de côté la question de l'opportunité d'un droit international privé adapté aux relations économiques intracommunautaires, on peut donc voir dans le lieu du risque, comme dans le lieu d'établissement, un critère destiné à isoler les situations qui présentent un lien suffisamment étroit avec le territoire communautaire. Il s'agirait, ni plus ni moins, de l'expression d'un rattachement minimal à l'ordre juridique communautaire¹⁸.

74. *Définition du lieu où le risque est situé selon la Convention de Rome.* Alors que les directives européennes comportent, on le sait, une définition de l'Etat où se situe le risque (ou l'engagement), la Convention de Rome se réfère à cette fin à la loi interne du juge saisi (art. 1, § 3, in fine). Le rapport explicatif précise que cette expression s'entend des règles en vigueur dans le pays du juge à l'exclusion des règles de droit international privé, conformément à l'article 15 de la Convention qui exclut le renvoi¹⁹.

La Convention de Rome ayant été adoptée le 11 juin 1980, donc bien avant les directives, la question s'est posée de savoir quelle disposition nationale il y avait lieu de consulter pour définir le lieu du risque dans ce contexte précis. Pour la plupart des pays signataires, cette question était embarrassante car les législations nationales ne comportaient généralement aucune définition à cet égard²⁰. Les réponses les plus diverses y ont été apportées. Certains²¹ se sont référés aux dispositions consacrées au contrat d'assurance dans la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale²², d'autres²³ aux articles 3 et 14 du Règlement

¹⁷ En ce sens, W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, op. cit., note 3, pp. 689-690; du même auteur, «EEC Treaty article fifty nine and its implications for the Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts», *Duke Journ. CIL*, 1992, p. 33; M. FALLON, op. cit., note 5, p. 62, n° 7; E. STEINDORFF, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Internationales Privatrecht. Ein Beitrag zum ordre public und zur Sonderanknüpfung zwingenden Rechts», *EuR*, 1981, p. 41.

¹⁸ En ce sens, L. FORLATI-PICCHIO, op. cit., note 11, p. 38 ou 37; J. BASEDOW et W. DRASCH, op. cit., note 5, *N.J.W.*, 1991, p. 94.

¹⁹ Rapport explicatif précité, note 10, p. 3.

²⁰ Ainsi en allait-il aux Pays-Bas, voy. K.W. BREVET, op. cit., note 5, p. 1 et en Allemagne, J. BASEDOW et W. DRASCH, op. cit., note 5, p. 87.

²¹ En ce sens, L. FORLATI PICCHIO, op. cit., note 11, p. 3 ou 143; *contra* F. POCAR, op. cit., note 15, qui estime que cette méthode ne peut être suivie pour la raison que la Convention sur la compétence répond à des préoccupations différentes de celles des conflits de lois.

²² Cette convention est entrée en vigueur, dans sa version de 1968, depuis le 1er février 1978 entre la Belgique, l'Allemagne, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas et, dans sa version de 1978 (Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, *JOCE*, n° 04, du 30 octobre 1978), depuis le 1er novembre 1986 entre les six Etats prémentionnés et le Danemark; depuis le 1er janvier 1987 entre ces sept Etats membres et le Royaume-Uni et depuis le 1er juin 1988 entre ces huit Etats membres et l'Irlande. La Grèce est liée par la Convention depuis le 1er avril 1989

concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants²³. A la vérité, la seule référence fiable ne pouvait être trouvée que dans les législations de contrôle dans la mesure où celles-ci faisaient appel à ce concept pour localiser l'activité d'assurance²⁴.

La question de la localisation du risque au sens de l'article²⁵, §²⁶, ne s'est toutefois jamais réellement posée en pratique en raison de la date tardive d'entrée en vigueur de la Convention de Rome (1er avril 1991), postérieure à celle de la directive LPS non-vie (1er juillet 1990) et de la plupart des lois de transposition. Dès la transposition, les critères de localisation du risque prévus par l'article²⁷, *litt.*²⁸, faisaient incontestablement partie du droit national interne si bien qu'ils pouvaient être utilisés également pour définir le champ d'application spatial de la Convention de Rome conformément à l'article²⁹, §³⁰. Cette référence univoque permettait en outre d'unifier le concept de lieu du risque autour de la définition communautaire et d'éviter les divergences d'interprétation en fonction du système de droit international privé applicable³¹³². La même solution vaut sans aucun

(Convention de Luxembourg du 25 octobre 1982, *JOCE*, n°³³³⁴88) d'abord dans les rapports avec tous les Etats membres mentionnés sauf le Royaume-Uni et, depuis le 1er octobre 1989, également dans les rapports avec le Royaume-Uni. La Convention relative à l'adhésion de l'Espagne et du Portugal signée le 26 mai 1989 (Convention de San Sebastian *JOCE*, n°³⁵³⁶85 du 3 octobre 1989) est entrée en vigueur depuis le 1er février 1991 entre l'Allemagne, l'Espagne, la France et les Pays-Bas. Elle est ensuite entrée en vigueur le 1er décembre 1991 avec le Royaume-Uni, le 1er février 1992 avec le Luxembourg, le 1er mai 1992 avec l'Italie, le 1er juillet 1992 avec la Grèce et le Portugal et le 1er décembre 1994 avec l'Irlande.

Le 16 septembre 1988, les 12 Etats membres de la CE et les Etats membres à ce moment de l'AELE ont conclu la convention de Lugano. Elle n'engage les Etats signataires qu'à partir du moment où leur ratification prend individuellement effet. Il en est ainsi depuis le 1er janvier 1992 en ce qui concerne les Pays-Bas, la France et la Suisse. Depuis la Convention est successivement devenue applicable à d'autres Etats signataires, soit au Luxembourg dès le 1er février 1992, au Royaume-Uni dès le 1er mai 1992, au Portugal dès le 1er juillet 1992, à l'Italie dès le 1er décembre 1992, à la Suède dès le 1er janvier 1993, à la Norvège dès le 1er mai 1993, à la Finlande dès le 1er juillet 1993 et à l'Irlande dès le 1er décembre 1993. Actuellement 7 Etats membres n'ont pas encore déposé leur instrument de ratification (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande). Sur cette convention en rapport avec le droit de l'assurance, voy. R. MERKELKACH et A.K. SCHNYDER, «La Convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁷ son importance pour les entreprises d'assurances³⁸, *R.G.A.T.*, 1994, pp.³⁹⁴⁰5-59. La Convention de Lugano est une réplique relativement fidèle de la Convention de Bruxelles. Les quelques modifications et améliorations apportées par la Convention de Lugano ont été insérées dans la dernière version de la Convention de Bruxelles mise au point lors des négociations menées par la CE en vue de l'adhésion du Portugal et de l'Espagne.

²³ L. FORLATI PICCHIO, *op. cit.*, note 11, p.⁴¹⁴²3 ou 143.

²⁴ Règlement n°⁴³⁴⁴408/71 (*JOCE*, n°⁴⁵⁴⁶449 du 5 juillet 1971); Règlement n°⁴⁷⁴⁸374/72 (*JOCE*, n°⁴⁹⁵⁰44 du 27 mars 1972); Règlement n°⁵¹⁵²390/81, (*JOCE*, n°⁵³⁵⁴443 du 29 mai 1981). Voy. le texte modifié, *JOCE*, 1983, n°⁵⁵⁵⁶430, pp.⁵⁷⁵⁸8-85.

²⁵ G. PARTESOTTI, «La localizzazione del rischio assicurato secondo il diritto italiano⁵⁹, in *Verso una disciplina comunitaria della lege applicabile ai contratti*, A cura di Tullio Treves, Padova, Cedam, 1983, pp. 201-214. Cet auteur procède à un essai de localisation du risque au départ d'une analyse approfondie de la législation de contrôle italienne.

²⁶ En ce sens, M. FALLON, «La loi applicable⁶⁰.⁶¹, *op. cit.*, note 5, p.⁶²⁶³43, n°⁶⁴⁶⁵6; P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé⁶⁶.⁶⁷, *op. cit.*, note 5, p. 298, n°⁶⁸⁶⁹6; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p.⁷⁰⁷¹87; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 5, p.⁷²⁷³8; H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 5, p.⁷⁴⁷⁵62; K.W. BREVET, *op. cit.*, note 5, p.⁷⁶⁷⁷1; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 6, pp.⁷⁸⁷⁹57-164; du même auteur, «Asservazioni sui profili internazionali privatistici della seconda direttiva comunitaria sull'assicurazione contro i danni⁸⁰, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1989, pp.⁸¹⁸²568-569; E. RUIZ et C. HENIN, «Law and jurisdiction in insurance contracts⁸³ limited freedom of choice in the E.C.⁸⁴,

doute pour l'assurance vie si ce n'est que le lieu du risque doit s'entendre ici du lieu de l'engagement tel que défini par l'article 1, litt. a, de la directive LPS vie²⁷.

75. Risques situés dans des Etats membres et des Etats tiers. Lorsqu'un même contrat souscrit auprès d'une entreprise d'assurance établie dans la CE ou l'EEE couvre plusieurs risques ou plusieurs engagements, dont certains se localisent au sens des directives dans la CE ou l'EEE et d'autres en dehors, se pose la question de savoir à quel système de droit international privé il convient d'emprunter les règles de conflit applicables. L'hypothèse n'est pas seulement théorique, elle peut se présenter en assurance non-vie pour des contrats relatifs à plusieurs immeubles ou à une flotte de véhicules immatriculés dans plusieurs Etats. En assurance vie, on songe à un contrat se rapportant à plusieurs établissements d'une même personne morale, situés dans plusieurs Etats.

Sous l'angle du droit international privé, une telle situation ne peut se résoudre, à notre avis, que par une application distributive des règles de rattachement prévues par les directives communautaires pour les risques situés dans la CE ou l'EEE et par la Convention de Rome pour les risques situés en dehors²⁸. La police d'assurance pourrait dès lors être soumise à des lois différentes, ce qui ne manquera pas de poser problème. Dans ce cas, la rédaction d'une police unique bien que théoriquement envisageable doit être déconseillée. On ne peut toutefois écarter totalement l'éventualité que le contrat puisse être régi par une seule loi, soit que les deux systèmes consultés contiennent une règle de conflit permettant le choix d'une même loi, soit qu'ils concordent sur un même rattachement objectif. A défaut, le système de droit international privé applicable devrait être celui du pays où le risque concerné par la situation litigieuse est localisé.

Int. Ins. L.R., 1995, p. 157; I. MACNEIL, «The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by E-C insurers under freedom of services», *I.C.L.Q.*, 1995, p. 31.

²⁷ Cette difficulté est résolue par l'article 1 de la loi néerlandaise du 18 avril 1991 qui désigne expressément les règles de la directive pour définir le lieu de localisation du risque au sens de la Convention de Rome. En l'absence de toute autre définition disponible dans le droit néerlandais, la définition prévue par l'article 1, litt. a, est considérée comme faisant partie du droit néerlandais pour la réponse à la question de la localisation. (Wet van 18 april 1991 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 88/357/EEG... en coördinatie van de conflictenrechtelijke bepalingen van het op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen verdrag, *Trb* 1980, nr 156, met die van de richtlijn, *Staatsblad*, 1991, 218 Tweede Kamer, Vergaderjaar 1989-1990, 21550, n° 1, p. 1).

²⁸ En ce sens, C.G.J. MORSE, «Party Autonomy in International Insurance Contract Law», in *International Insurance Contract Law in the E.C.*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 146; E. LORENZ, «Das auf grenzüberschreitende lebensversicherungsverträge anwendbare Recht- eine Übersicht über die Kollisionsrechtlichen Rechtsgrundlagen», *ZGVW*, 1991, p. 127.

²⁹ En ce sens, M. FALLON, «La loi applicable», *op. cit.*, note 5, p. 147, n° 15; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 5, p. 1; B. SMULDERS et P. GLAZENER, «Harmonization in the field of insurance law through the introduction of community rules of conflict», *Com. Mark. L. R.*, 1992, p. 88.

Certains auteurs préconisent dans la même hypothèse une solution comparable à celle qui prévaut en cas de concrétisation multiple d'un même facteur de rattachement. Les parties auraient le choix du système de droit international privé applicable au contrat³⁰. Cette solution, qui a été proposée en Allemagne, s'appuie cependant sur l'interprétation d'une disposition particulière de la loi allemande qui s'écarte quelque peu de la règle de conflit prévue par la directive LPS non-vie. Dans l'hypothèse d'un contrat couvrant plusieurs risques relatifs à des activités commerciale, industrielle ou libérale, l'article 10, II, de l'EGVVG³¹ étend en effet la solution prévue par l'article 1, § 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie aux risques situés sur le territoire d'Etats tiers. En procédant de la sorte, le législateur allemand méconnaît toutefois le critère spatial qui se déduit de l'article 1, § 3, de la Convention de Rome. Selon nous, la délimitation spatiale prévue par les directives communautaires et la Convention de Rome oblige à une application distributive des deux systèmes de droit international privé, qui ne se traduira pas nécessairement par des solutions discordantes.

Ces problèmes pratiques mis à part, le choix du critère du lieu du risque (ou de l'engagement) comme critère de délimitation spatiale, dont on a déjà démontré l'importance dans le droit administratif du contrôle, ne surprend guère. On a vu qu'il était fréquemment utilisé par certains législateurs nationaux pour localiser l'activité d'assurance sur leur territoire.

2. Le lieu du risque et le lieu d'établissement de l'assureur comme facteurs de délimitation du domaine des libertés communautaires

76. Les critères spatiaux tenant à la localisation du risque et à l'établissement de l'assureur sur le territoire d'un Etat membre font aussi penser à la définition spatiale des activités exercées en libre prestation de services dans le secteur des assurances (LPS non-vie, art. 12; LPS vie, art. 10). On pourrait donc voir dans ces deux critères une expression des limites spatiales propres à l'article 59 du Traité³² (sur les rapports entre les directives et le Traité, voy. *supra* n° 54 et ss.). Le fait même d'insérer des règles de conflit dans un texte de droit communautaire dérivé destiné à faciliter l'exercice d'une ou plusieurs des libertés économiques consacrées par le Traité aurait ainsi une influence directe sur le

³⁰ J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p. 88. Comp. S. IMBUSCH, «Das IPR der versicherungsverträge über innerhalb der EG belegene Risiken», *VersR.*, 1993, p. 60.

³¹ Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag (ci-après EGVVG), art. 1 à 14.

³² M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 5, p. 63, n° 38; du même auteur, «Les prestations de service au consommateur en droit international privé» in *Les prestations de services et le consommateur*, Bruxelles, Story, 1990, p. 193; V. HAHN, *op. cit.*, note 5, p. 17.

domaine d'application dans l'espace de ces règles de conflit, en sorte que celles-ci ne pourraient s'appliquer qu'à des situations entrant dans le domaine des libertés à promouvoir³³.

La question est d'importance pour le droit international privé et pour le droit communautaire. Pour le droit international privé, une réponse affirmative signifierait que l'adoption de règles de conflit sur le fondement des articles 49 CE (liberté de circulation des travailleurs), 54 CE (liberté d'établissement) ou 66 CE (liberté de prestation de services) ne pourrait jamais conduire qu'à un système de droit international privé limité dans son objet à certaines situations internationales sans pouvoir les englober toutes³⁴. Le droit communautaire réintroduirait ainsi, malgré lui, des conditions spatiales à l'application des règles de rattachement selon une pratique aujourd'hui abandonnée dans la plupart des traités d'unification. Lorsqu'il est utilisé aux fins de contribuer à la réalisation du marché intérieur, le droit international privé communautaire serait donc contraint à une certaine forme de régionalisme, et la coexistence horizontale des systèmes de droit international privé serait dès lors inhérente à la méthode elle-même.

Sous l'angle du droit communautaire, la même question met en jeu la compétence de la Communauté pour régir des situations internationales de droit privé dont certains éléments ne correspondraient pas aux critères qui déterminent le domaine d'application dans l'espace des libertés de circulation concernées³⁵.

³³ Sur la limitation des compétences communautaires en matière de droit privé, voy. F. DE LY, *Europese gemeenschap en privaatrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1993, pp. 44 à 48.

³⁴ F. DE LY, *ibid.*

³⁵ Des problèmes de cette nature se sont posés dans le domaine de la liberté de circulation des travailleurs à propos de la proposition de règlement du Conseil relatif aux dispositions concernant les conflits de lois en matière de relations de travail à l'intérieur de la Communauté (Proposition présentée par la Commission au Conseil le 23 mars 1972, *JOCE*, n° 1149 du 18 mai 1972, p. 16. Voy. sur cette proposition qui n'a jamais été définitivement adoptée, M. DE LOS ANGELES BENITEZ-SALAS, « La loi applicable au contrat de travail et la libre circulation des travailleurs dans la Communauté », *Rev. Marché Commun*, 1985, p. 19) et à propos de la proposition de directive relative au détachement temporaire des travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services (*J.O.C.E.*, n° C155 du 30 août 1991, p. 1; proposition modifiée, *J.O.C.E.*, n° 875 du 9 juillet 1993, p. 1). Dans l'arrêt *Walrave*, pour déterminer l'applicabilité de la règle de non-discrimination, la Cour avait simplement retenu le critère du rattachement suffisamment étroit des rapports de travail avec le territoire de la Communauté (*CJCE*, 13 décembre 1974, *Walrave c/ Union cycliste internationale*, aff. 17/74, *Rec.*, 1974, p. 1405; voy. également *CJCE*, 12 juillet 1984, *Prodest c/ Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, aff. 237/83, *Rec.*, 1984, p. 153). Les règles qui y étaient comprises pouvaient-elles concerner des ressortissants communautaires déplacés dans un pays tiers après avoir contracté sur le territoire de la Communauté ou même des travailleurs ressortissants de pays tiers? Sans entrer dans le débat sur la base juridique des textes évoqués, on y perçoit clairement le lien qui unit le fondement de la compétence des Communautés et le champ d'application spatial des règles de droit international privé insérés dans des textes de droit communautaire. Fondée sur une des libertés économiques du Traité, la réglementation s'inscrit nécessairement dans le domaine d'application de ces libertés, et est de ce fait condamnée au « régionalisme communautaire » (M. VERWILGHEN, M. FALLON, B. NYSSSEN, « Les conséquences sociales des mutations d'entreprises dans le droit des Communautés européennes », Louvain-la-Neuve, août 1990, p. 265, n° 405 et ss., spéc. p. 409, n° 472).

77. Insérées dans des directives destinées à faciliter l'exercice de la liberté de prestation de services, les règles de conflit relatives au contrat d'assurance verraient par le fait même leur champ d'application limité par les critères qui se déduisent de l'article 19 du Traité³⁶ le prestataire et le destinataire devraient être établis dans des Etats membres différents³⁷ et le prestataire devrait avoir en outre la qualité de ressortissant d'un Etat membre.

Un examen attentif des directives relatives à l'assurance démontre en réalité que le champ d'application spatial des règles de conflit qui y sont prévues ne subit pas directement l'influence du domaine spatial de la liberté de prestation de services.

Dès les premières négociations, les experts du Comité européen des assurances (C.E.A.), consultés comme représentants de la profession, avaient indiqué qu'il fallait établir des règles de droit international privé à caractère général, en ce sens qu'elles s'appliqueraient en tout état de cause, quelles que soient les limites de la directive sur la libre prestation de services, et devraient même constituer, au regard de l'assurance directe, la règle communautaire se substituant aux règles nationales de droit international privé³⁷. Cette vision des choses faisait toutefois abstraction de l'exigence d'un rattachement minimal à l'ordre juridique communautaire.

Le législateur communautaire a partiellement résolu la difficulté en insérant les règles de conflit propres au contrat d'assurance, non pas sous le titre III comprenant les dispositions particulières à la liberté de prestation de services, mais sous le titre II comprenant les dispositions complémentaires relatives à la première directive établissement. Les deux directives LPS en assurance vie et non-vie se fondent en effet à la fois sur l'article 57, § 2 et sur l'article 66 du Traité.

78. Le domaine des règles de conflit se trouve donc influencé moins par la définition de la liberté de prestation de services que par celle de la liberté d'établissement. Ceci explique que leur application soit conditionnée par l'exigence d'un établissement de l'entreprise d'assurance dans la Communauté censé exprimer un rattachement adéquat à l'ordre juridique communautaire. En revanche, la qualité de ressortissant communautaire prévue par l'article 52 n'est pas nécessaire. En effet, de la même façon que l'article 57, § 2,

³⁶ Si cette condition n'est pas remplie, la condition d'extranéité peut aussi être satisfaite si le lieu où s'exécute la prestation se situe dans un Etat membre différent de celui où résident le prestataire et le destinataire (voy. *supra*, n° 28)

³⁷ A. BESSON, «Loi applicable aux contrats d'assurance dans le cadre de la liberté de prestation de services», *R.G.A.T.*, 1967, p. 36.

a permis de prévoir des dispositions administratives relatives aux agences ou succursales établies à l'intérieur de la Communauté et relevant d'entreprises dont le siège social se situe en dehors de celle-ci sans leur reconnaître un véritable droit à l'établissement, les autorités communautaires ont compétence pour adopter sur le même fondement des règles de droit international privé englobant les contrats souscrits avec ces agences ou succursales d'entreprises étrangères. Les règles de conflit prévues par les directives peuvent donc théoriquement s'appliquer aux contrats conclus avec ces entreprises d'assurance, même si celles-ci ne peuvent exercer leurs activités en libre prestation de services.

Ce fondement juridique permet aussi de ne pas avoir égard au lieu de résidence habituelle du preneur. La condition de résidence ou d'établissement du preneur dans un Etat membre se déduit certes de l'article 59 du Traité, mais elle n'a pas de pertinence comme critère de délimitation spatiale des règles de conflit. Ces règles de conflit pourraient donc s'appliquer à des contrats souscrits avec des preneurs ne résidant pas sur le territoire d'un Etat membre et qui ne pourraient prétendre bénéficier de la liberté de prestation de services³⁸. On songe par exemple au cas d'un américain résidant aux Etats-Unis qui assure sa maison de vacances située en France sur le marché londonien.

A défaut de se fonder sur l'article 35 du Traité, les règles de conflit ne peuvent par contre s'affranchir de la condition d'établissement de l'entreprise d'assurance sur le territoire communautaire. Elles rompent par conséquent avec la tradition universaliste de la règle de conflit.

79. Le critère du lieu du risque (ou de l'engagement) qui, aux termes des textes communautaires, paraît se cumuler avec celui du lieu d'établissement de l'entreprise d'assurance, ne trouve, quant à lui, aucune justification dans les limites spatiales propres à la liberté d'établissement. Il se déduit pourtant expressément de l'article 7, § 1, de la directive LPS non-vie et d'une interprétation analogique de l'article 4 de la directive LPS vie, tous deux mis en relation avec l'article 1, § 1, de la Convention de Rome.

Plutôt qu'une expression des limites spatiales de la liberté de prestation de services, on pourrait simplement reconnaître dans ce facteur, l'expression d'un rattachement minimal du contrat d'assurance avec l'ordre juridique communautaire qui suffirait à justifier la compétence de ses autorités en matière de conflits de lois, même pour régir des

³⁸ En ce sens, W.H. ROTH, «EEC Treaty article fifty nine 1.1, *op. cit.*, note 17, pp. 134-135; du même auteur, «Art. 59 EEC Treaty and its implications for the Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts», in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 1; A.F. LOGEZ, *L'Europe de la liberté d'établissement et de prestation de services*, Paris, Ed. L'Argus, 1991, p. 119.

situations non visées par l'article 189³⁹. Pourvu que cette relation étroite soit vérifiée, la règle de conflit pourrait régir toutes situations internationales marquées par un élément d'extranéité suffisamment significatif au regard de cette liberté. En revanche, il ne serait pas nécessaire que la situation régie par la règle de conflit corresponde à la configuration spatiale propre à cette liberté, ou qu'elle soit née de son exercice. Ainsi par exemple, l'article 1 de la directive LPS non-vie pourrait parfaitement s'appliquer à des contrats internationaux d'assurance pour la couverture d'un risque localisé au sens de cette directive sur le même territoire que celui où est établi l'assureur.

80. Fondée sur les articles 48, 52 ou 59 du Traité CE, il reste que la réglementation de droit international privé ne peut être que partielle⁴⁰. Le phénomène est manifeste pour le contrat d'assurance qui peut être soumis à trois systèmes différents suivant la dispersion de ses éléments de rattachement : celui des directives communautaires, si le risque et l'établissement de l'entreprise d'assurance sont situés sur le territoire d'un Etat membre, celui de la Convention de Rome si le risque couvert par une entreprise établie ou non établie dans la Communauté ou l'Espace économique européen se localise sur le territoire d'un Etat tiers, et celui du droit international privé national si le risque bien que localisé dans la Communauté ou l'Espace économique européen est couvert par une entreprise d'assurance non établie sur le territoire d'un Etat membre⁴¹.

Lorsque les règles de conflit communautaires trouvent leur source dans une directive, comme c'est le cas en assurance, ce morcellement peut toutefois être corrigé par la liberté dont les Etats disposent lors de la transposition⁴².

§ 2. LES CRITERES DEFINISSANT LE DOMAINE SPATIAL DES REGLES DE CONFLIT DANS LES LEGISLATIONS NATIONALES DE TRANSPOSITION

81. Conformément à l'article 189 du Traité CEE, la directive lie l'Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la

³⁹ Comp. en ce qui concerne la liberté de circulation des travailleurs, les arrêts *Walrave* et *Prodest*, précités note 35.

⁴⁰ Voy. F. DE LY, *op. cit.*, note 33, pp. 44 à 48; K.F. KREUZER, «Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts Vergaben des Gemeinschaftsrechts», in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, P. MULLER-GRAFF (Ed.), Baden-Baden, 1993, p. 28.

⁴¹ C.G.J. MORSE, «Party autonomy in international insurance contract law», in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 11.

⁴² Voy. F. DE LY, *op. cit.*, note 33, p. 48, qui voit dans la transposition le seul moyen de surmonter la limitation des compétences communautaires en matière de droit privé.

compétence quant à la forme et aux moyens. Le règlement, quant à lui, est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre.

Si les règles de conflit telles qu'elles sont insérées dans les directives LPS vie et non-vie voient leur champ d'application spatial limité par des critères territoriaux exprimant un rattachement minimal avec l'ordre juridique communautaire, les Etats membres conservent au moment de la transposition, la liberté d'étendre les solutions prévues par ces directives à des situations qu'elles ne couvrent pas. Pour les situations entrant dans le domaine spatial du Traité, l'Etat procéderait à un véritable acte de transposition. Pour les autres, il s'agirait d'un acte purement national⁴³.

En ce qui concerne la transposition des règles de conflit insérées dans la directive LPS non-vie (art. 7 et 8), les Etats étaient donc en mesure d'effacer le critère spatial résultant de l'établissement de l'entreprise sur le territoire d'un Etat membre, en vue d'étendre le domaine des règles de conflit à tous les contrats d'assurance couvrant des risques localisés sur le territoire de la Communauté ou de l'Espace économique européen. En revanche, ils étaient tenus au respect du critère de localisation du risque qui s'imposait à eux en vertu de l'article 1er, § 1, de la Convention de Rome⁴⁴.

Dès avant la transposition et dans le respect des obligations que la directive impose aux Etats, plusieurs commentateurs avaient d'ailleurs conseillé à leur législateur de ne pas retenir lors de la transposition, le critère du lieu d'établissement de l'assureur⁴⁵. Plusieurs raisons étaient avancées en ce sens, liées soit à son caractère inapproprié dans un système de règlement des conflits de lois, soit à l'imprécision ou à l'extension donnée par les directives à la notion d'établissement, soit aux distorsions de concurrence qu'un tel critère risquait d'introduire entre les entreprises établies dans la CE ou l'EEE et celles qui ne le sont pas. Cette dernière raison était surtout invoquée dans les pays qui autorisaient depuis longtemps la prospection commerciale par des entreprises d'Etats tiers⁴⁶.

Il est donc intéressant d'examiner le parti que les législateurs ont pris à cet égard lors de la transposition des règles de rattachement contenues dans la directive LPS non-vie

⁴³ Comp. M. VERWILGHEN, M. FALLON, B. NYSSSEN, *op. cit.*, note 35, p. 75, n° 11.

⁴⁴ Sur l'état des ratifications, voy. *supra*, note 9.

⁴⁵ P. LAGARDE, *op. cit.*, note 5, p. 149; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 5, pp. 59-760; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 5, p. 8; V. HAHN, *op. cit.*, note 5, p. 54; H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 5, pp. 56 à 160; M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 5, p. 48, n° 16.

⁴⁶ Ainsi par exemple aux Pays-Bas, au bénéfice d'une simple intervention du Ministre des Finances; voy. à cet égard H.J.G. VAN HUIZEN, *ibid.*

du 22 juin 1988 entrée en vigueur le 1er juillet 1990⁴⁷ et dans la directive LPS vie du 8 novembre 1990 entrée en vigueur le 20 mai 1993⁴⁸.

82. Le critère du lieu d'établissement de l'assurance ne se déduisant qu'implicitement de l'article⁴⁹ et de l'article 4 par leur situation dans le titre⁵⁰ comprenant les dispositions complémentaires aux premières directives établissement, il n'est pas toujours aisé de discerner si la loi nationale le retient ou non pour délimiter le champ d'application spatial des règles de conflit.

Un examen minutieux des lois de transposition révèle que la solution dépend en définitive des techniques de transposition adoptées. De façon générale, on peut constater que le fait pour un Etat membre de dissocier, lors de la transposition, les règles de conflit des dispositions de nature administrative, afin de les insérer dans la loi sur le contrat d'assurance ou dans un titre introductif de cette loi, revient à couper ces règles de leur contexte communautaire et conduit, par conséquent, à effacer au moins implicitement le critère d'applicabilité spatial tiré du lieu d'établissement de l'assureur. Tel est le cas des lois allemande⁵¹, française⁵², espagnole⁵³, luxembourgeoise⁵⁴, autrichienne⁵⁵ et

⁴⁷ Pour un état de la transposition de cette directive au 1er janvier 1996, voy. *supra* titre I, note⁴⁰³ Pour des raisons pratiques, notre étude des lois de transposition se limitera aux Etats membres de la Communauté européenne ayant transposé la directive LPS non vie à cette date.

⁴⁸ Pour un état de la transposition de cette directive au 1er juillet 1995, voy. *supra* titre I, note⁴¹⁵. Pour des raisons pratiques, l'examen qui va suivre se limitera aux Etats membres de la Communauté européenne ayant transposé la directive du 1er janvier 1996⁴¹⁶ la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, le Luxembourg, l'Allemagne et le Portugal.

⁴⁹ Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Zweites Durchführungsgesetz EWG zum VAG) du 28 juin 1990, *BGBI*, I, 1249. Les dispositions concernant les règles de conflit de lois sont introduites dans un titre introductif de la loi sur le contrat d'assurance du 30 mai 1908 (VVG)⁴¹⁷ Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag (EGVVG, art.⁴¹⁸ à 15).

⁵⁰ Pour l'assurance non-vie⁴¹⁹ loi n°⁴²⁰9-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, *J.O.*, 3 janvier 1990, p.⁴²¹3, qui intègre les règles de conflit de lois en ajoutant un titre VIII au livre Ier du Code des assurances (art.⁴²²81-1 à L⁴²³82-1).

Pour l'assurance-vie⁴²⁴ loi n°⁴²⁵2-665 du 16 juillet 1992, portant application au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit (*JO*, 17 juillet 1992, p.⁴²⁶576). L'article⁴²⁷5 de la loi crée un chapitre⁴²⁸III comprenant les articles⁴²⁹85-1 et L⁴³⁰85-2 dans le titre⁴³¹VIII du livre⁴³²Ier du Code des assurances.

⁵¹ Ley 21/1990 de 19 de diciembre para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, *BOE* num.⁴³³04 du 20 décembre 1990, p.⁴³⁴7977 qui procède à la transposition des règles de conflit relatives à l'assurance non-vie par l'insertion d'un nouveau titre IV dans la loi 50/1980 du 8 octobre 1980 sur le contrat d'assurance (art.⁴³⁵07 à 109). La loi du 5 octobre 1995 transposant les troisièmes directives consolide l'ensemble des textes et reprend l'essentiel des règles de conflit de lois prévues par la loi du 19 décembre 1990 en les adaptant aux exigences nouvelles de la troisième directive non-vie. Cette même loi modifie l'article⁴³⁶08 pour y intégrer les règles de conflit relatives à l'assurance vie.

⁵² Pour l'assurance non-vie⁴³⁷ loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, *Mém.*, 23 décembre 1991, p.⁴³⁸761, qui insère un nouveau chapitre⁴³⁹V dans la loi sur le contrat d'assurance.

finlandaise⁵⁴. Seul le législateur allemand paraît cependant avoir eu conscience du problème⁵⁵ en effet, l'article⁵⁶ du titre introductif de la loi sur le contrat d'assurance (EGVVG) définit le domaine des règles de conflit relatives au contrat d'assurance en se référant uniquement à la localisation du risque, cette localisation étant définie conformément à l'article⁵⁷, *litt.*⁵⁸, de la directive du 22 juin 1988 et à l'article⁵⁹, *litt. e*, de la directive du 8⁶⁰ novembre 1990. On n'y trouve nulle trace du lieu d'établissement de l'assureur. Il faut en déduire que le seul critère d'applicabilité affectant les règles allemandes est celui du lieu du risque⁶¹.

Bien que la loi néerlandaise exclue aussi explicitement le critère du lieu d'établissement de l'assureur, elle mérite une place particulière par l'originalité de la technique de transposition utilisée. Le législateur néerlandais a en effet procédé à une transposition séparée des règles de conflit au moyen d'une simple référence au texte des directives, en n'inscrivant dans la loi que le choix opéré sur les options. La même loi coordonne les règles de conflit communautaires avec celles de la Convention de Rome⁶². En ce qui concerne le domaine d'application spatial des règles de conflit, on y trouve une référence à la localisation du risque sur le territoire d'un Etat membre quel que soit le lieu d'établissement de l'assuré. Les travaux préparatoires révèlent que le législateur a exclu en connaissance de cause l'exigence d'un établissement sur le territoire d'un Etat membre afin de ne pas créer de distorsions de concurrence entre les entreprises établies et non établies dans la Communauté européenne⁶³;

Pour l'assurance vie⁶⁴ loi du 18 décembre 1993 portant modification et complément de certaines dispositions en matière d'assurance, *Mém.*, 28 décembre 1993, p.⁶⁵149 qui ajoute deux articles concernant l'assurance vie dans le même chapitre⁶⁶.

53 Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum (*VersVG*), *Bundesgesetzblatt*, n°⁶⁷39/1993.

54 Loi 91/1993 du 8 janvier 1993 sur la loi applicable à certains contrats d'assurance internationaux, *Suomen Säädoskokoelma*, 1993, n°⁶⁸1.

55 En ce sens, V. HAHN, *op. cit.*, note 5, pp.⁶⁹15 et 154; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p.⁷⁰87.

56 Pour l'assurance non-vie⁷¹ Wet van 18 april 1991 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 88/357/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 juni 1988, PbEG 2172 en coordinatie van de conflictenrechtelijke bepalingen van het op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb 1980, nr⁷²56, met die van de richtlijn, *Staatsblad*, 1991, 218. Cette loi est entrée en vigueur le 1er juillet 1991.

Pour l'assurance vie⁷³ Wet van 23 december 1992 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 90/619/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 8 november 1990, PbEG L⁷⁴30 en coordinatie van conflicten rechtelijke bepalingen van het op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb 1980, nr⁷⁵56, met die van de richtlijn, *Staatsblad*, 1993, 16. Les textes relatifs à l'assurance vie et à l'assurance non-vie ont été coordonnés par une loi du 7 juillet 1993 (*Staatsblad* 392) qui n'a toutefois pas modifié substantiellement les options prises antérieurement.

57 Tweede Kamer der Staten Generaal, *Vergaderjaar 1989-1990*, 21550, nr⁷⁶3, p.⁷⁷2. Voy. également K.W. BREVET, *op. cit.*, note⁷⁸3, p.⁷⁹23.

Bien que le législateur danois ait adopté la même technique de transposition que son homologue néerlandais, on ne trouve pas dans le texte une solution explicite à la question posée. La loi danoise se contente en effet de renvoyer globalement aux règles de conflit des lois prévues par les directives sans autre précision ni parti pris sur les options qu'elles ouvrent⁵⁸

Lorsque le juge saisi fait partie de l'ordre juridique d'un des Etats cités précédemment, il apparaît donc que les règles de conflit issues de l'article 17 de la directive LPS non-vie seront applicables aux contrats d'assurance souscrits auprès d'entreprises non établies dans la CE ou l'EEE pour la couverture de risques localisés sur le territoire d'un Etat membre⁵⁹. On songe par exemple au cas d'un avocat résidant aux Pays-Bas assurant sa responsabilité professionnelle à l'occasion d'activités de consultance exercées aux Etats-Unis, auprès d'un assureur établi aux Etats-Unis.

83. Pour les pays qui ont inséré les règles de conflit de lois dans le même instrument législatif que les dispositions administratives, c'est-à-dire le plus souvent dans la loi de contrôle, la solution est incertaine, car aucune des lois consultées ne résout expressément la difficulté⁶⁰. Dans ce cas, la solution paraît dépendre d'une interprétation de la loi et d'un

⁵⁸ Réglementation n° 560 du 27 juin 1994 relative au choix de la loi pour certains contrats d'assurance, *Lovtidende*, n° 60 du 27 juin 1994.

⁵⁹ En ce sens I.D. WAGENAAR, *op. cit.*, note 13, p. 13.

⁶⁰ En *Belgique* pour l'assurance non-vie, arrêté royal du 22 février 1991 modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, *Moniteur belge*, 11 avril 1991, p. 477. Les règles de conflit sont transposées par l'insertion d'un chapitre III bis dans la loi de contrôle (art. 8 ter à decies); Pour l'assurance vie, arrêté royal du 8 janvier 1993 modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *Mon. Belge*, 9 février 1993, p. 878. Cet arrêté insère un chapitre III ter relatif à la loi applicable aux contrats d'assurance vie dans la loi de contrôle.

En *Italie*, pour l'assurance non-vie, decreto legislativo 15 gennaio 1992, attuazione della direttiva 88/357/CEE concernente coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE, *Gazz. Uff.*, n° 7 du 3 février 1992. Ce décret comprend un titre IV consacré à la loi applicable (art. 7). Cette disposition est reprise moyennant l'une ou l'autre modification, dans le decreto legislativo du 17 mars 1995, n° 75 – attuazione della direttiva 92/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, *Gazz. Uff.*, 18 mai 1995, n° 14 (art. 22). Pour l'assurance vie, decreto legislativo, 23 dicembre 1992, n° 515, Attuazione della direttiva 90/219/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, *Gazz. Uff.*, 31 décembre 1992, n° 306. Ce décret comporte un titre IV consacré à la loi applicable (art. 26); Cette disposition est reprise moyennant l'une ou l'autre modification dans le decreto legislativo du 17 mars 1995, n° 74, attuazione della direttiva 92/96/CEE in materia di assicurazione diretta sulla vita, *Gazz. Uff.*, 18 mai 1995, n° 14 (art. 108).

Au *Portugal*, Decreto-Lei n° 52/91 de 20 de Setembro, *Diário da República* - 1 série A du 20 septembre 1991, p. 4968 qui comporte un chapitre V consacré à la loi applicable au contrat d'assurance non-vie (art. 1 à 44); pour l'assurance vie, Decreto-Lei n° 102/94 de 20 de Abril, *Diário da República*, I série A du 20 avril 1994, p. 860 qui comporte un nouveau chapitre III

examen de son champ d'application quant aux entreprises d'assurance visées. En pratique, on l'a dit, le silence de la loi ne pose de difficultés que lorsque l'Etat concerné admet l'activité d'entreprises relevant de pays tiers non établie sur son territoire. Ainsi, dans le système de droit international privé du Royaume-Uni, il semblerait, selon l'interprétation donnée par M. Morse, que les contrats souscrits auprès de ces entreprises pour la couverture de risques situés sur le territoire des Communautés, ne seront soumis ni à la Convention de Rome ni aux règles issues de la directive LPS non-vie, mais au droit commun⁶¹.

84. L'insertion de règles de conflit dans une directive communautaire fondée sur les articles 57, § 2 et 66 emporte donc sur le plan du domaine spatial une double incertitude liée d'une part au lien qu'elles entretiennent avec l'ordre juridique communautaire et les facteurs territoriaux qui s'en déduisent et, d'autre part, aux options divergentes prises par les Etats membres lors de la transposition. Déjà à ce niveau, le paysage du droit international privé relatif au contrat d'assurance apparaît morcelé. Les raisons doivent en être trouvées dans le choix des bases juridiques du texte communautaire et dans le choix de la directive comme instrument juridique d'uniformisation des règles de conflit de lois.

SECTION 2. LE DOMAINE MATERIEL DES REGLES DE CONFLIT RELATIVES AU CONTRAT D'ASSURANCE

85. On vient d'analyser l'influence que l'insertion de règles de conflit dans une norme de droit communautaire destinée à faciliter l'exercice des activités d'assurance dans le marché intérieur exerce sur le domaine spatial de ces règles. Cette technique pourrait aussi exercer une influence déterminante sur le domaine matériel des règles de conflit *a priori*,

repreuant l'ensemble des règles de conflit applicables à l'assurance vie et à l'assurance non-vie (art. 180 à 185);

Au Royaume-Uni, pour l'assurance non-vie, Statutory Instruments, 1990, n° 333 Insurance, *The Insurance Companies (Amendment) Regulations* 1990, qui introduit les règles de conflit de lois dans la partie III of the Insurance Companies Act 1982, Schedule 3A; pour l'assurance vie, Statutory Instruments, 1993, n° 174, *The Insurance Companies (Amendment) Regulations*, 1993, qui introduit les règles de conflit dans la partie III of «The Insurance Companies Act 1982, Schedule 3A»;

En Irlande, pour l'assurance non-vie, Statutory Instruments, S.I. n° 42 of 1991, *European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations*, 1991, PL 8131, art. 1(1) remplacé par Statutory Instruments, S.I., n° 59 of 1994, *European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations*, 1994, Part IV; pour l'assurance vie, Statutory Instruments, S.I., n° 60 of 1994, *European Communities (Life Insurance) Framework Regulations*, 1994, Part V.

⁶¹ C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 28, p. 1. Cette interprétation n'est pas certaine car les lois de transposition précitées insèrent des dispositions nouvelles dans la section 94 de l'Insurance Companies Act 1982 qui définit le domaine d'application des règles de conflit par rapport au pays du risque ou de l'engagement sans reprendre le critère du lieu d'établissement.

celles-ci s'inscrivent en effet dans le même champ d'application *ratione personnae* et *ratione materiae* que celui assigné au texte communautaire.

La conséquence est manifeste en ce qui concerne le champ d'application matériel, puisque la définition des activités d'assurance auxquels la directive entend s'appliquer servent par la même occasion à définir la catégorie de rattachement des règles de conflit propres à l'assurance vie ou à l'assurance non-vie (§1). Mais les directives comportent aussi un champ d'application personnel relatif aux entreprises qui peut, de la même manière, influencer directement le domaine de la règle de conflit (§2).

Cette méthode, peu orthodoxe au regard du droit international privé, pourrait aboutir à créer des lacunes dans la réglementation des conflits de lois. Il est vrai qu'une technique de transposition adaptée permet d'effacer ces conséquences néfastes, mais on verra que cela n'a pas toujours été le cas.

§ 1. CHAMP D'APPLICATION RATIONE PERSONAE LES ENTREPRISES VISEES

86. On ne procèdera pas ici à une énumération complète, qui ne pourrait qu'être fastidieuse, des entreprises qui sont exclues du domaine d'application des directives communautaires relatives à l'assurance vie et non-vie. Ces exclusions se déduisent des articles 3 et 4 des premières directives établissement en assurance vie et non-vie, tels que modifiés par les directives ultérieures⁶². Elles visent certaines entreprises d'assurance qu'on n'a pas voulu soumettre au contrôle en raison de leur dimension ou de la nature de leurs activités (petites mutuelles d'assurance ou d'assistance, monopoles de droit public⁶³, caisses départementales...).

⁶² On songe principalement à la directive 84/641/CEE du 10 décembre 1984 concernant l'assistance touristique (précitée titre I, note 76) et aux deux directives de la troisième génération directive 92/49/CEE du 18 juin 1992 en assurance non-vie et directive 92/96 CEE du 10 novembre 1992 en assurance vie (précitées titre I notes 155 et 156).

⁶³ La compatibilité de ces monopoles avec l'article 32 du Traité CE a été mise en doute au motif que leur existence se justifierait uniquement par des raisons historiques, à l'exclusion de tout motif tiré d'un intérêt général d'ordre non économique susceptible d'être reçu par la Cour. Voy. W.H. ROTH, «Grundlagen...», *op. cit.*, note 6, 1991, p. 36. A noter que tout contrat conclu en méconnaissance du monopole est sanctionné de nullité. Une loi du 29 juillet 1993 (*BGBl*, p. 282 et ss.) autorise les Länder à transformer les contrats d'assurance souscrits auprès des entreprises d'assurance incendie, qui jouissent d'un monopole en vertu du droit du Land concerné, en contrats d'assurance pluriannuels, soumis intégralement à la loi allemande sur les contrats d'assurance. Les lois visant à la suppression de ces monopoles ont par ailleurs été adoptées ou sont en préparation dans les différents Länder. En réalité, on constate peu de résiliations de contrats depuis la suppression des monopoles régionaux, car cette faculté n'est pas ouverte lorsque l'immeuble assuré est affecté en garantie d'un prêt hypothécaire.

Il semble difficilement contestable que les exclusions prévues par les directives affectent également le domaine des règles de conflit qu'elles contiennent, en sorte que celles-ci ne pourraient s'appliquer aux contrats d'assurance internationaux conclus éventuellement avec l'un de ces organismes⁶⁴. S'il est vrai qu'étant exclus du champ d'application des directives établissement, ceux-ci ne peuvent, par le fait même, exercer leurs activités en libre prestation de services, d'autres éléments d'extranéité que ceux qui caractérisent une activité d'assurance exercée en prestation de services peuvent venir affecter ces contrats. Leur internationalisation au sens du droit privé ne peut donc être complètement écartée. Dans ce cas, à défaut de pouvoir appliquer les règles de la directive ou celles de la Convention de Rome, il conviendrait de recourir au droit international privé commun du for. On décèle ici, comme dans le cadre du domaine spatial, une coexistence possible de plusieurs systèmes de droit international privé pour une même catégorie de rattachement.

Cette conséquence préjudiciable à l'uniformité des solutions peut être corrigée par une méthode de transposition adaptée des règles de conflit dans le droit national. Transposées séparément dans un titre ou un chapitre spécifique de la loi sur le contrat d'assurance, ces règles de conflit rompent avec leur contexte communautaire et avec le champ d'application personnel des directives. Les lacunes dans la réglementation de droit international privé sont ainsi, volontairement ou involontairement comblées. On sait que les lois allemande, française, espagnole, luxembourgeoise, autrichienne et finlandaise procèdent de cette façon⁶⁵.

L'insertion des règles de conflit dans la réglementation administrative de contrôle est par contre nettement plus problématique, car elle a pour effet d'inscrire ces règles dans le champ d'application défini par la loi de contrôle nationale lui-même inspiré des directives. Cette méthode suivie notamment par les législateurs belge⁶⁶, portugais, anglais et irlandais⁶⁷ peut créer des lacunes correspondant aux exemptions accordées à certaines entreprises, lacunes qui, dans une interprétation stricte des textes, ne pourraient être comblées que par un recours au droit international privé général des contrats, dont les solutions risquent de ne correspondre ni aux préoccupations des directives

⁶⁴ En ce sens pour ce qui concerne les monopoles de droit public allemands, voy. F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 5, p.14; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p.187. S. IMBUSCH, «Das IPR der Versicherungsverträge über innerhalb der EG belegene Risiken», *VersR.*, 1993, p.1060.

⁶⁵ Lois précitées notes 49 à 54.

⁶⁶ Voy. en particulier l'article1, §1, de la loi du 9 juillet 1975 qui exclut notamment de son champ d'application les sociétés mutualistes reconnues conformément à la loi du 23 juin 1894, les caisses communes et entreprises privées à primes fixes pour les activités d'assurances accidents du travail et les entreprises exerçant certaines activités d'assistance.

⁶⁷ Lois précitées note 60.

communautaires, ni à celles de la Convention de Rome. Il est vrai que la Convention de Rome peut faire office, dans les Etats qui l'ont ratifiées, de droit international privé général.

§ 2. CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE LES OPERATIONS VISEES

87. De la même façon que pour les entreprises, les directives communautaires excluent certaines opérations ou certaines activités de leur champ d'application et impriment en principe le même domaine aux règles de conflit qu'elles contiennent.

Alors que pour la définition du champ d'application *ratione personae*, cette conséquence était à tout le moins implicite, elle se déduit pour la définition du champ d'application *ratione materiae*, d'une référence expresse mais tout aussi curieuse faite par les articles 1, § 1 de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie aux opérations d'assurance visées par les premières directives. L'article 1, § 1 énonce en effet que son objet est de déterminer la loi applicable *aux contrats d'assurance visés* par la première directive établissement en assurance non-vie, et l'article 4 prévoit, quant à lui, qu'il détermine la loi applicable *aux activités visées* par la première directive établissement en assurance vie.

Il en résulte que les règles de conflit de lois prévues par les directives LPS vie et non-vie ne s'appliquent en principe pas aux opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application matériel des directives établissement, telles que modifiées en dernier lieu par les directives de la troisième génération⁶⁸. L'influence de la réglementation administrative sur le droit international privé, déjà perceptible pour les entreprises, est toutefois moins critiquable ici, car la plupart des exclusions s'inspirent principalement du souci d'écarter du champ de la réglementation les opérations qui ne répondent pas aux caractéristiques techniques des opérations d'assurance.

⁶⁸ Voy. I. MAC NEIL, «The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by E.C. insurers under freedom of services», *I.C.L.Q.*, 1995, p. 23.

⁶⁹ Les directives LPS de la deuxième génération comportaient, elles-mêmes, des exclusions temporaires concernant l'exercice de certaines activités en libre prestation de services (directives LPS non-vie art. 12, directive LPS vie art. 10), mais elles n'avaient pas d'incidence directe sur le domaine des règles de conflit, celles-ci étant insérées dans des dispositions consacrées à l'établissement. Les règles de conflit de lois étaient donc applicables même aux contrats d'assurance qui faisaient l'objet de ces exclusions provisoires, dès l'entrée en vigueur des directives LPS vie et non-vie, en dépit du fait que les contrats en question ne pouvaient être souscrits en libre prestation de services. En tout état de cause, l'ensemble des exclusions prévues par les directives de la deuxième génération ont été supprimées par les troisièmes directives non-vie (art. 17) et vie (art. 17).

88. L'adoption de règles de conflit spécifiques pour les contrats d'assurance appelle néanmoins une définition de la catégorie de rattachement qui devrait cependant être centrée sur la nature juridique du contrat. Lorsqu'une catégorie de contrats obéit à des règles de rattachement particulières, la détermination de la nature juridique du contrat n'est plus en effet une simple question d'interprétation laissée à la loi régissant le contrat, mais une véritable question de qualification⁷⁰.

En ce qui concerne la définition des catégories de rattachement, les directives communautaires relatives à l'assurance innovent non seulement parce qu'elles contiennent des règles de conflit spécifiques pour le contrat d'assurance, mais aussi parce qu'elles en prévoient des différentes pour l'assurance vie et l'assurance non-vie, ce qui complique encore la tâche de qualification. La mise en œuvre de ces règles de conflit suppose en effet résolue la question de la nature du contrat d'assurance dont le rattachement doit être opéré. Une telle définition paraît largement tributaire de la délimitation du champ d'application *ratione materiae* des directives communautaires. Elle se dégage tantôt d'une analyse des opérations expressément visées (ci-après 1), tantôt d'une analyse des opérations exclues de leur domaine matériel (ci-après 2).

1. *La qualification au travers des opérations visées par les directives*

89. Quatre concepts permettent de déterminer le contenu des catégories de rattachement définissant le présupposé des règles de conflit prévues par l'article⁷¹ de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie⁷² il s'agit des concepts d'assurance, d'assurance directe, d'assurance non-vie et d'assurance vie. Il va de soi que ces règles de conflit ne concernent pas les contrats d'intermédiation (agence, courtage⁷³...). La détermination de la loi applicable aux relations qui se nouent entre l'intermédiaire d'assurance, l'assureur et l'assuré dépend en principe de la Convention de Rome. Celle-ci exclut cependant de son domaine d'application la question de savoir si le représenté a pu être engagé valablement envers les tiers par les actes accomplis par l'intermédiaire (art.⁷⁴, §⁷⁵, *litt. f*). En revanche, elle s'applique à toutes les autres questions relatives aux relations entre le représenté et l'intermédiaire et entre l'intermédiaire et les tiers, dans la mesure où ces questions sont de nature contractuelle.

a) Assurance

⁷⁰ A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, p.⁷⁶3, n°⁷⁷4.

90. On chercherait vainement dans les directives communautaires une définition du contrat d'assurance et de ses caractéristiques essentielles d'un point de vue juridique. Les groupes d'activités auxquels se réfèrent les règles de conflit sont uniquement définis, conformément aux annexes, par branche. L'examen du champ d'application *ratione materiae* des directives établissement en assurance vie et non-vie révèle que les autorités communautaires se sont attachées à définir globalement les activités que les entreprises d'assurance sont autorisées à exercer, en laissant à chaque Etat membre le soin de décider ce que les entreprises peuvent faire sur leur territoire respectif à l'intérieur de ce cadre largement défini⁷¹. Dans le souci de favoriser l'innovation des produits et la diversification des activités, elles se sont refusées à adopter une définition communautaire du concept même d'assurance, tant en assurance vie qu'en assurance non-vie⁷².

Ce relatif désintérêt s'explique dans le contexte d'une législation de type économique visant à faciliter l'accès aux activités d'assurance et à coordonner les conditions administratives du contrôle de ces activités, mais se justifie moins au regard du droit privé.

91. Sous l'angle du droit international privé, les dispositions consacrées au champ d'application *ratione materiae* des directives ne règlent pas d'emblée par une définition communautaire harmonisée, le problème de la qualification ou de la détermination de la catégorie de rattachement. A défaut d'une définition communautaire légale ou prétorienne du concept d'assurance, il appartiendra au système de droit international privé du for saisi de désigner l'ordre juridique auquel il convient d'emprunter la définition de ce concept ainsi que ses éléments caractéristiques⁷³. On sait que la majorité des auteurs s'accorde à reconnaître que le juge doit opérer cette qualification d'après les conceptions de sa propre loi (qualification *lege fori*)⁷⁴ tout en observant que le classement de la question de droit

⁷¹ W.E. POOL, «Insurance and the European Community», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992/4, p. 182.

⁷² On notera cependant une tentative du Parlement européen d'introduire dans la troisième directive vie une définition du risque propre à l'assurance vie⁷⁵ d'après cette définition, on entendait par risque, «l'événement aléatoire biométrique ou de placement, dont la réalisation ouvre le droit à l'indemnisation dans les termes prévus par la police (Rapport de M. Garcia Amigo du 27 avril 1992, PE/55137/déf, amendement n°16). Cet amendement n'a toutefois pas été retenu.

⁷³ Sur cette question, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, pp.132 à 140.

⁷⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8ème éd., t.I, Paris, L.G.D.J., 1993, n°92 et 293; P. MAYER, *Traité de droit international privé*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, n°155; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis de droit international privé*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1993, n°186; F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, 2ème éd., t.I, Bruxelles, Larcier, 1987, n°71; B. ANCEL, *L'objet de la qualification*, *J.D.I. (Clunet)*, 1980, p.105, n°12; R. AGO, «Règles générales de conflit de lois», *Rec. des Cours*, 1936 IV, pp.16-318.

dans l'une ou l'autre des catégories définies par les règles de conflit en présence suppose une analyse des éléments de l'objet à classer et donc un examen de la loi étrangère. L'opération de qualification implique en d'autres termes «Une phase préparatoire d'analyse selon la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for»⁷⁵.

Pour distinguer l'assurance du jeu, du pari ou de tout autre contrat aléatoire, question sur laquelle les directives ne se prononcent pas, il conviendra par conséquent de se référer à la loi du for afin de vérifier si les caractéristiques de la situation de droit envisagée répondent ou non au concept d'assurance.

92. L'influence des directives communautaires sur la définition de la catégorie de rattachement ne doit pourtant pas être sous-estimée. Le libellé des articles⁷⁶, §⁷⁷ et 4, §⁷⁸, des directives LPS non-vie et LPS vie renvoie en effet expressément aux activités visées par les directives établissement vie et non-vie. La plupart des législations nationales transposant la directive LPS non-vie reproduisent cette référence⁷⁹. La définition de la catégorie de rattachement est ainsi directement influencée par la classification

La justification la plus fréquemment avancée en faveur de la qualification *lege fori* repose sur deux arguments⁸⁰ : s'agissant d'interpréter la règle de conflit de lois, il serait normal d'emprunter à la loi du for, la détermination de l'extension des catégories dont elle use; de plus, l'on ne pourrait demander à la loi étrangère d'opérer la qualification, alors que dans le processus de mise en œuvre de la règle de conflit, on ignore encore si la loi étrangère est applicable ou non. Pour B. AUDIT, l'argument du cercle vicieux serait un sophisme; ce qui est présenté comme un conflit de qualifications s'analyserait en réalité comme un conflit de politiques législatives («Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Rec. des Cours*, 1984, III (vol. 186), p.324). Pour F. RIGAUX, le problème de qualification se poserait en réalité à une phase ultérieure du raisonnement juridique dans le contexte de la détermination du domaine matériel de chacune des lois nationales désignées par les diverses règles de rattachement; F. RIGAUX, *Précis*, t. I, 2ème éd., 1987, n°365; du même auteur, *La théorie des qualifications*, Bruxelles, Paris, 1956 et «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», *R.C.D.I.P.*, 1985, p.39, n°31.

⁷⁵ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, note 74, n°394; voy. également P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°356 à 168; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, note 74, n°391; F. RIGAUX, *Précis*, *op. cit.*, note 74, n°371.

⁷⁶ *Décrets italiens* du 15 janvier 1992 et du 23 décembre 1992 précités, note30. Le décret du 23 décembre se réfère aux contrats d'assurance vie et aux opérations de capitalisation; ces références ont toutefois disparu dans les décrets du 17 mars 1995 également précités.

Arrêts royaux belge du 22 février 1991 et du 8 janvier 1993, précités note30. L'intitulé des chapitresIIbis et IIter se réfèrent explicitement aux groupes d'activités vie et non-vie;

Lois luxembourgeoises du 6 décembre 1991 et du 18 décembre 1993, précitées, note32. L'intitulé des chapitres V et VI insérés dans la loi sur le contrat d'assurance se réfère aux branches d'assurance sur la vie et aux branches autres que l'assurance sur la vie;

Lois néerlandaises du 18 avril 1991 et du 23 décembre 1992, précitées note37, dont l'article 1er renvoie aux opérations visées par la loi de contrôle;

Insurance Companies Regulations 1990 et 1993 (Royaume-Uni), Part V of the 1982 Act, précitées, note30 qui se réfèrent explicitement aux directives européennes;

Décret-loi portugais du 20 septembre 1991 et du 20 avril 1994, précités note30;

Réglementation danoise n°360 du 27 juin 1994, précitée note38. Les §2 et 3 prévoient que les contrats d'assurance visés par la troisième directive vie ou non-vie sont régis par les règles de conflit prévues par ces directives;

Loi finlandaise 91/1993 du 8 janvier 1993 précitée note34.

administrative des risques en branches. Il paraît en effet difficile de contester la qualification d'assurance à des rapports juridiques nés d'activités expressément visées soit dans les articles pertinents des directives, soit dans l'annexe.

Ainsi par exemple, l'insertion des opérations d'assurance protection juridique et d'assistance touristique dans l'annexe de la directive établissement non-vie sous les branches n°17 et 18 a indéniablement pour effet d'attribuer à ces opérations la qualité d'opération d'assurance, alors même que d'un point de vue juridique, on a pu autrefois leur contester cette qualification⁷⁷. Il en va de même pour les assurances crédit et caution qui constituent les branches n°14 et 15⁷⁸. La même constatation peut être faite dans le domaine de l'assurance vie, pour les assurances liées à des fonds d'investissement visées par le pointIII de l'annexe ou encore pour les opérations de capitalisation visées par le pointVI.

L'effet sur la catégorie de rattachement est encore plus manifeste lorsque la classification en annexe se double d'une définition communautaire de l'opération en question. Bien qu'exceptionnel, ce procédé a été utilisé à propos des opérations d'assistance touristique (directive du 10 décembre 1984, art.1 et 2), des opérations tontinières, de capitalisation et de gestion de fonds collectifs de retraite (directive établissement vie du 5 mars 1979, art.2, 2°).

93. Il faut observer en outre qu'un litige qui surviendrait à propos du domaine matériel des règles de conflit devrait être porté devant la Cour de Justice par la voie d'un recours préjudiciel, dans les conditions fixées par l'article177 du Traité CEE. Un tel litige soulèverait en effet une question d'interprétation des articles consacrés à la définition du champ d'application *ratione materiae* des directives communautaires, à laquelle les règles de conflit renvoient pour la définition de leur propre domaine matériel⁷⁹.

On voit donc apparaître avec les règles de conflit relatives au contrat d'assurance quelques éléments annonciateurs d'une qualification proprement communautaire au sens du droit international privé⁸⁰. Il faut reconnaître cependant que cette qualification prend sa

⁷⁷ En ce sens, L. FORLATI-PICCHIO, *op. cit.*, note 11, p.42 ou 38.

⁷⁸ Sur cette question en droit international privé italien, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 6, p.33.

⁷⁹ Sur les méthodes d'interprétation suivies par la Cour de Justice des CE, voy. M. FALLON, «Le recours aux objectifs de la loi dans son application en droit international privé», Actes de l'Association internationale de méthodologie juridique, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p.5. La Cour préconise tantôt une interprétation autonome du concept issu du droit dérivé, tantôt se contente de renvoyer au droit national.

⁸⁰ L'article 18 de la Convention de Rome invite d'ailleurs l'interprète à tenir compte du caractère international des règles qu'elle contient en vue de parvenir à une uniformité d'interprétation. Sur ce

source moins dans une volonté consciente du législateur communautaire de dépasser les catégories de droit interne que dans l'introduction purement occasionnelle des règles de conflit dans les directives relatives à l'accès et à l'exercice des activités d'assurance.

Le domaine matériel des directives étant axé sur l'entreprise et sur la définition globale de ses activités, la catégorie de rattachement des règles de conflit voit curieusement son contenu influencé par des considérations de droit administratif. Est considérée comme une opération d'assurance, une opération entrant dans le champ des activités ouvertes aux entreprises d'assurance et effectuées par une entreprise d'assurance agréée pour exercer de telles activités.

L'institution de droit privé qui fait l'objet des règles de conflit communautaires n'est pas pour autant définie par un concept univoque d'origine communautaire. On est donc loin d'une catégorie de rattachement réellement communautaire, qui serait un premier pas vers la formation de catégories de rattachement universelle souhaitées par Rabel⁸¹. Tout au plus peut-on y voir un consensus sur les activités que les entreprises d'assurance sont autorisées à exercer dans la Communauté, chaque Etat membre restant libre de décider quelles activités peuvent être exercées par les entreprises qui relèvent de son contrôle, sous réserve des principes communautaires de libre circulation. Saisie d'un recours en interprétation des règles de conflit, la Cour de Justice pourrait en revanche jouer un rôle important dans la formation d'une catégorie de rattachement proprement communautaire.

b) Assurance vie et assurance non-vie

94. L'adoption de règles de conflit distinctes en assurance vie et non-vie nécessite un affinement supplémentaire des catégories de rattachement. Ceci suppose que soient définis clairement les concepts d'assurance vie et d'assurance non-vie qui servent de présupposés aux règles prévues par l'article 1 de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie.

principe et sa portée, voy. N. WATTE et A. NUYTS, «Vers une interprétation uniforme et cohérente des Conventions de Rome et de Bruxelles», *Rev. dr. U.L.B.*, 1994, p. 30, n° 11 et ss.

⁸¹ Sur cette théorie, voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, note 74, n° 97; P. MAYER, *op. cit.*, note 74, n° 61; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, note 74, n° 88; F. RIGAUX, *op. cit.*, note 74, n° 72. Rabel proposait de construire des catégories de rattachement universelles au départ d'une méthode comparative. Celles-ci seraient alors suffisamment vastes pour accueillir toute institution étrangère même absolument hétérogène à celle du for. En s'accordant sur le caractère utopiste ou à tout le moins idéaliste de cette théorie, plusieurs auteurs considèrent néanmoins que les catégories de rattachement doivent être conçues dans un esprit international et non dans la perspective du droit matériel interne. Voy. spécialement en ce sens B. ANCEL, *op. cit.*, note 74, p. 265, n° 2; F. RIGAUX, *op. cit.*, note 74, n° 36; M. FALLON, *op. cit.*, note 79, «Le recours aux objectifs», p. 30 et P. MAYER, *op. cit.*, note 74, n° 62 et ss.. Selon P. MAYER, une solution satisfaisante du problème pourrait résider dans l'interprétation de la règle de conflit du for.

Ces définitions ne peuvent se déduire que du domaine matériel respectif des directives établissement en assurance vie et en assurance non-vie. Ceci est d'autant plus vrai que la distinction entre l'assurance vie et l'assurance non-vie n'est généralement pas reçue dans les lois nationales des Etats membres relatives au contrat d'assurance, qui lui préfèrent la distinction traditionnelle entre assurances de dommages et assurances de personnes.

L'examen du domaine matériel des directives suffit à démontrer que cet affinement des catégories de rattachement dépend davantage de critères techniques liés par exemple aux modes de constitution des réserves, que de critères juridiques déduits des caractéristiques essentielles du contrat. C'est pour des raisons purement techniques que l'assurance pratiquée en Irlande et au Royaume-Uni sous le nom de «*Permanent health insurance*» (assurance maladie à long terme, non résiliable) fait par exemple partie du domaine matériel des directives relatives à l'assurance vie. Les assurances maladie et accident complémentaires ont, quant à elles, été rangées dans la catégorie des assurances vie, en raison de leur caractère accessoire par rapport à la garantie principale. Globalement, les directives considèrent comme des opérations d'assurance vie, toutes les opérations qui, par leur nature ou leurs modalités de gestion peuvent être traitées sur le plan technique comme des risques vie⁸².

Le contenu des catégories de rattachement n'est donc pas influencé par les distinctions contractuelles traditionnelles entre les assurances de dommages et les assurances de personnes ou entre les assurances forfaitaires et indemnitaires⁸³. Les directives les écartent et les remettent d'une certaine façon en cause au profit d'une classification purement administrative⁸⁴ elles sapent les distinctions contractuelles classiques en mettant à l'avant-plan l'élément technique, au détriment d'une analyse de la nature juridique des contrats d'assurance⁸⁵.

95. A ce niveau, il est sans doute permis de parler d'une véritable qualification communautaire dans la mesure où le juge saisi ne pourra pas déduire le choix de la règle de conflit de ses propres concepts de droit interne, mais de concepts qui trouvent leur source dans le droit communautaire. Par ailleurs, l'anomalie constatée quant à l'objet de la qualification paraît difficile à corriger dans le cadre de la transposition des règles de conflit dans la législation nationale, dès lors que le renvoi au domaine matériel des directives se

⁸² En ce sens G.V. PUTZOLU, «*L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione*», *Assicur.*, 1991, pp.116-117.

⁸³ La première directive établissement non-vie s'applique tant aux assurances de dommages qu'aux assurances de sommes à prestation forfaitaire (assurances maladies à prestation forfaitaire). Voy. J.L. FAGNART, «*L'harmonisation du droit des assurances dans les Communautés européennes*», *Cah. Dr. Eur.*, 1972, p.132.

⁸⁴ G.V. PUTZOLU, *op. cit.*, note 82, pp.116-117.

déduit d'une référence explicite prévue par l'article 1 de la directive LPS non-vie et par l'article 2 de la directive LPS vie.

Sur le plan de la technique législative, un tel renvoi n'a guère suscité de difficultés dans les pays qui ont choisi de transposer les règles de conflit relatives à l'assurance vie et non-vie dans un chapitre ou un titre particulier de la loi de contrôle ou, par une référence directe à la directive (Belgique⁸⁵, Royaume-Uni⁸⁶, Pays-Bas⁸⁷, Portugal⁸⁸, Irlande⁸⁹, Danemark⁹⁰ et Italie⁹¹). Il était sans doute plus gênant pour les pays qui ont préféré insérer ces règles de conflit dans leur loi sur le contrat d'assurance (Allemagne⁹², Espagne⁹³, France⁹⁴ et Luxembourg⁹⁵). La référence aux activités d'assurance non-vie risquait en effet d'introduire un paramètre étranger aux critères de distinction retenus par cette loi.

Les législateurs allemand et luxembourgeois ne se sont apparemment pas embarrassés de ces considérations et se sont accommodés d'une référence explicite aux contrats d'assurance relevant des branches autres que l'assurance sur la vie. Les législateurs français et espagnol ont préféré au contraire une terminologie adaptée au droit privé par l'emploi du concept d'assurances de dommages⁹⁶. Le législateur espagnol a en

⁸⁵ *Arrêts royaux belges* du 22 février 1991 et du 8 janvier 1993, précités note 60, qui insèrent les règles de conflit de lois des directives LPS vie et non-vie dans les chapitres IIIbis et IIIter de la loi de contrôle intitulés respectivement «Loi applicable aux contrats d'assurance... relevant du groupe d'activités non-vie ou du groupe d'activités vie».

⁸⁶ *Insurance Companies (Amendment) Regulations* 1990 et 1993 précitées note 60, qui introduit les règles de conflit de lois dans la partie V de l'Insurance Companies Act 1982.

⁸⁷ *Lois néerlandaises* du 18 avril 1991 et du 23 décembre 1992 précitées note 57, dont l'article 1^{er} précise que la loi est applicable respectivement aux contrats d'assurance directe vie et non-vie au sens de l'article premier, alinéa premier, section a, de la loi de contrôle.

⁸⁸ *Décrets-lois portugais* du 20 septembre 1991, précités note 60, qui comporte un chapitre V consacré à la loi applicable au contrat (art. 41 à 47). Ces articles sont modifiés par le chapitre III du décret-loi du 20 avril 1994 (art. 180 à 185).

⁸⁹ *European Communities (Non Life Insurance) (Amendment) Regulations*, 1991, précité note 60, remplacé par *European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations*, 1994, également précité, part IV.

⁹⁰ Réglementation danoise n° 60 du 27 juin 1994 précitée note 58 dont les §§ 2 et 3 renvoient purement et simplement aux directives.

⁹¹ Décrets législatifs italiens du 17 mars 1995 précités note 60, art. 108 (assurance vie) et 122 (assurance non-vie).

⁹² *Loi allemande* du 28 juin 1990 précitée note 49, insérant les règles de conflit dans un titre introductif de la loi sur le contrat d'assurance (EGVVG). L'article 1, I EGVVG se réfère explicitement aux activités d'assurance directe non-vie.

⁹³ *Loi espagnole* du 19 décembre 1990 précitée note 51, insérant un titre IV dans la loi sur le contrat d'assurance (art. 107 et 108).

⁹⁴ *Lois française* n° 99-1014 du 31 décembre 1989 et n° 92-665 du 16 juillet 1992 précitées note 50, insérant un titre VIII dans le livre 1er du Code des assurances dont les chapitres I, II, III sont intitulés respectivement assurances de dommages non obligatoires, assurances de dommages obligatoires et assurances vie de capitalisation.

⁹⁵ *Lois luxembourgeoises* du 6 décembre 1991 et du 18 décembre 1993 précitées note 52, insérant un nouveau chapitre V et un chapitre VI dans la loi sur le contrat d'assurance intitulés «Loi applicable aux contrats d'assurance relevant des branches d'assurance autres que l'assurance sur la vie» et «Loi applicable aux contrats d'assurances relevant des branches d'assurance vie».

⁹⁶ *Loi française* n° 99-1014 du 31 décembre 1989 précitée note 50.

autre rectifié le champ d'application des directives par l'introduction d'un article *ad hoc* qui prévoit que les règles de conflit propres aux assurances non-vie sont applicables aux assurances de personnes distinctes des assurances sur la vie (art. 108, §3).

S'agissant d'une distinction d'origine communautaire, il semble cependant que, si la question de l'appartenance au groupe d'activités non-vie ou vie devait se poser devant un juge à propos de l'applicabilité des règles de conflit, celui-ci devrait la résoudre, conformément au droit communautaire, par référence au domaine matériel des directives.

c) Assurance directe

96. Les règles de conflit de lois prévues par les directives LPS vie et non-vie ne s'appliquent qu'aux contrats d'assurance directe, à l'exclusion des contrats de réassurance. Cette conséquence résulte clairement des premières directives établissement vie et non-vie, dont l'article 1 vise « l'accès à l'activité non salariée de l'assurance directe ».

L'exclusion des contrats de réassurance du domaine matériel des règles de conflit communautaires fait écho à l'article 1, §2, de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui englobe ces contrats dans son champ d'application. Compte tenu du caractère très international de la réassurance, les rédacteurs de la Convention ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de les joindre à l'exclusion relative aux contrats d'assurance couvrant des risques situés dans la Communauté et qu'ils pouvaient se satisfaire des règles applicables à l'ensemble des contrats internationaux.

Les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services avaient d'ailleurs été supprimées dans ce secteur dès 1964, sans coordination préalable. De plus, les activités de réassurance ne faisaient l'objet d'aucun contrôle dans la majorité des Etats membres. Le lien entre le contrôle administratif et le droit applicable au contrat permettait ainsi de justifier, en la matière, l'application du principe de libre choix de la loi applicable sur lequel se fonde l'article 3 de la Convention de Rome. Comme notre examen se concentre sur les règles de conflit communautaires insérées dans les directives LPS, nous ne traiterons pas ici de la loi applicable au contrat de réassurance.

Loi espagnole du 19 décembre 1990, art. 107, §1.

97 M. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport explicatif, précité note 10, p. 3.

98 Directive 64/225 CEE du 25 février 1964 visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, *JOCE*, n° 136 du 4 avril 1964.

99 Voy. à cet égard notre étude « La loi applicable au contrat de réassurance », in *Mélanges R.O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 111-133 et les réf. citées.

2. La qualification au travers des opérations exclues par les directives

a) Opérations d'assurances et opérations bancaires

97. Chacun sait que le marché de l'épargne suscite une concurrence intense entre les services financiers, à tel point que les frontières autrefois assez claires entre les activités des banques, des assurances, des services d'investissement et des fonds de pension semblent s'effacer peu à peu, pour faire place à un «*no man's land*» où chacun est en mesure d'offrir des produits dont les caractéristiques sont similaires. Cette tendance est particulièrement frappante en ce qui concerne les produits d'épargne et de capitalisation où le risque s'efface peu à peu derrière les exigences de rentabilité et de liquidité.

Les directives adoptées parallèlement dans le secteur des établissements de crédit¹⁰⁰ et des services d'investissement¹⁰¹ afin d'organiser le régime de l'agrément unique ne cherchent nullement à brider cette concurrence. Comme les directives relatives aux activités d'assurance, la directive bancaire et celle relative aux services d'investissement définissent leur champ d'application matériel de façon verticale, en délimitant un cadre général d'activités que l'entreprise dûment agréée peut exercer^{102 103}.

¹⁰⁰ Voy. notamment la directive 77/780/CEE du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE*, n°**0322** du 17 décembre 1977, p. 30, ainsi que la deuxième directive 89/646/CEE du 15 décembre 1989 modifiant celle du 12 déc. 1977 et intitulée de la même façon que celle-ci, *JOCE*, n°**0386** du 30 décembre 1989, p.**03**.

Sur cette directive, voy. P. CLAROTTI, «*Un pas décisif vers le Marché commun des banques*», *Rev. Marché commun*, 1989, pp.**053-464**. Du même auteur, «*La libération des services financiers dans la Communauté européenne*», *Rev. Marché unique*, 1991, pp. 11-42; «*Vers un Marché unique des banques*», *Cah. Dr. Eur.*, 1989, pp. 504-516; «*La libération des services bancaires*», *Ann. Dr. Louvain*, 1990, pp.**01-95**; R. CARTON DE LICHTBUER, «*La stratégie des banques européennes dans la perspective du Marché unique*», *Cah. Dr. Eur.*, 1989, pp. 522-531; J. STOUFFLET, «*Appréciation critique de l'intégration du marché des banques*», *Cah. Dr. Eur.*, 1989, pp.**016-521**; R. STRIVENS, «*The liberalization of banking services in the Community*», *Comm. Mark L.R.*, 1992, pp.**083-307**; W. VAN GERVEN, «*La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice*», *Rev. de la Banque*, 1991, pp.**039-46**; J. PARDON, «*La loi applicable aux contrats bancaires dans l'espace financier européen de 1993*», *Ass. Belge des Banques*, juin 1990, 44**00**p.; M. VASSEUR, «*Des aspects juridiques de l'Europe financière et plus particulièrement bancaire*», *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1991, pp.**071-211**.

¹⁰¹ Directive 93/22/CEE du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières. *JOCE*, n°**0441** du 11 juin 1993, p.**07**.

¹⁰² Pour un examen détaillé des champs d'application respectifs des directives relatives à l'assurance, aux établissements de crédit et aux institutions de retraite, voy. J.M. BINON, *Les directives européennes en matière d'assurance sociale complémentaire*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1994, 218**00**p.

¹⁰³ La directive sur les établissements de crédit du 15 décembre 1989 comporte en annexe une liste des activités qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle. La directive sur les services d'investissement du 10 mai 1993 comporte, elle aussi, une annexe indiquant les services visés et les instruments financiers qui peuvent être utilisés dans le cadre de ces services.

Dans aucune de ces directives, on ne trouvera une définition matérielle des caractéristiques des produits qui peuvent être offerts par telle ou telle catégorie d'entreprises. Afin de favoriser l'innovation et la diversification, les autorités communautaires se sont abstenues de toute définition trop précise. Elles ont préféré une démarche consistant à définir secteur par secteur les activités globalement permises aux services financiers. Dans le cadre de ces limites, chaque Etat membre reste libre de préciser les activités que les entreprises ayant leur siège social sur le territoire sont en mesure d'exercer, sans pouvoir s'opposer, si ce n'est pour des raisons d'intérêt général, à la commercialisation de produits interdits sur son territoire mais légalement commercialisés dans un autre Etat membre où l'entreprise étrangère dûment agréée a son siège social.

Une telle approche sectorielle n'exclut évidemment pas les recoupements, si bien que des produits d'épargne similaires peuvent être commercialisés par des services financiers différents. La description générale des activités autorisées inscrite dans les directives et leurs annexes ne permettant pas d'établir une frontière précise entre les opérations réservées à l'un ou l'autre secteur, la classification administrative d'un produit, comme produit d'assurance ou comme produit bancaire, dépend apparemment beaucoup plus de la qualité de l'entreprise qui l'a conçu et commercialisé que des caractéristiques du produit lui-même.

98. Ces observations sont d'un intérêt déterminant pour l'applicabilité des règles de droit international privé, car à la différence des directives relatives aux assurances, les directives concernant les banques et les services d'investissement ne contiennent aucune règle de conflit de lois spécifiques. Alors que les contrats internationaux d'assurance vie sont régis par l'article 4 de la directive LPS vie, les contrats bancaires internationaux ou tout autre contrat d'épargne qui ne constituerait pas une assurance vie seraient soumis à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁰⁴.

Si l'on souscrit à l'influence répétée du droit administratif sur le droit privé, l'application de telle ou telle règle de conflit dépendrait donc moins d'une analyse juridique du produit que de l'identification de l'entreprise qui l'a conçu conformément à l'agrément reçu dans son pays d'origine. L'identification de cette entreprise n'est cependant pas aussi évidente qu'il n'y paraît à première vue car dans le contexte de la déspecialisation des

¹⁰⁴ Sur la loi applicable aux contrats bancaires, voy. F. OSMAN, «La loi applicable aux contrats transfrontières de crédit à la consommation», *D.P.C.I.*, 1992, p. 79; J. PARDON, «La distribution des produits bancaires et la loi applicable», *Banque et Droit*, 1988, p. 33; B. SOUSIROUBI, «La loi applicable aux contrats bancaires transfrontières après la deuxième directive de coordination bancaire», *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1990, p. 55; du même auteur, «La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires», *Dall., Chron.*, 1993, p. 83.

services financiers, les établissements de crédit sont de plus en plus souvent autorisés par la loi à distribuer des produits d'assurance¹⁰⁵. L'inverse est également vrai.

Il est frappant de constater que la référence à la nature et à l'objet de l'agrément reçu dans l'Etat d'origine obligerait le juge saisi d'un litige de droit international privé à prendre en considération les activités que les entreprises d'assurance, les établissements de crédit ou les services d'investissement sont autorisées à effectuer dans l'Etat de leur siège social, avant de choisir la règle de conflit appropriée. L'origine communautaire de la règle de conflit relative à l'assurance entraînerait insensiblement un glissement vers une qualification *lege causae*, si l'on veut bien admettre par là que l'opération de qualification impliquerait un examen du domaine matériel de la loi de l'Etat d'origine, et particulièrement, de sa réglementation administrative, ce qui n'est pas la moindre des originalités. Ainsi, le juge du for ne serait pas en mesure de contester la qualité de contrat d'assurance à un contrat qui relèverait dans son pays des autorités de contrôle bancaires, si ce contrat relève dans le pays d'origine des autorités de contrôle des activités d'assurance. Une approche plus traditionnelle conforme au droit international privé et au principe de qualification *lege fori* commanderait au contraire de réserver la qualification d'assurance vie aux opérations dépendant d'un événement incertain lié à la durée de la vie humaine dont la réalisation entraîne une chance de gain ou de perte pour le souscripteur ou le bénéficiaire de la police.

99. Le sort des contrats de capitalisation est typique à cet égard, car ces opérations n'entrent dans le champ d'application matériel des directives assurance que si elles sont soumises au contrôle des autorités administratives compétentes pour la surveillance des assurances privées. Cela signifie que l'applicabilité des règles de conflit prévues par l'article 4 de la directive LPS vie dépendra en définitive de la question de savoir si cette opération relève dans le pays investi des pouvoirs de surveillance, des activités d'assurance. Si n'est pas le cas, le contrat sera régi par les règles de la Convention de Rome. Le règlement du conflit de lois devient donc tributaire de la compétence des autorités administratives dans le pays du siège social¹⁰⁶.

Cette différence de traitement peut être source de distorsions de concurrence chaque fois que les règles de conflit de lois applicables au contrat bancaire accorderaient

¹⁰⁵ Voy. notamment la loi française n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen et le commentaire de J. BIGOT, *J.C.P.*, 1990, I, Doct., n°437.

¹⁰⁶ On remarquera cependant que les articles L 183-1 et L 183-2 introduits dans le Code français des assurances par la loi du 16 juillet 1992 ainsi que l'article 26 du décret italien du 23 décembre 1992 se déclarent applicables tant aux assurances vie qu'aux opérations de capitalisation. Le décret législatif n°74 du 17 mars 1995 a curieusement supprimé ces précisions (art.108).

une liberté de choix aux parties, dont elles ne disposeraient pas s'il s'agissait d'un contrat d'assurance¹⁰⁷.

Des remarques identiques pourraient être formulées à propos des opérations tontinières et des opérations de gestion des fonds collectifs de retraite qui, elles aussi, n'entrent dans le domaine d'application des directives et des règles de conflit propres à l'assurance vie, que si elles sont soumises au contrôle des autorités administratives compétentes pour la surveillance des assurances privées.

Ces conséquences peuvent toutefois difficilement être systématisées sur un plan théorique, car elles résultent de l'insertion fortuite des règles de conflit de lois dans une réglementation relative au contrôle des activités d'assurances. Tout au plus peut-on parler d'une influence pernicieuse de l'une sur les autres. On peut d'ailleurs penser que cette influence critiquable du droit administratif sur l'opération de qualification ne se manifesterait pas si la loi nationale transposant les règles de conflit a rompu tous liens avec la législation de contrôle. Dans ce cas, le simple fait qu'une opération soit accomplie par une société d'assurance vie pourrait être tenu pour insuffisant en vue de classer le contrat dans les catégories de rattachement du *for*.

b) Assurances privées et assurances sociales

100. Les deux directives établissement en assurance vie et non-vie excluent de façon analogue les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale de leur domaine matériel (directive établissement non-vie, art. 1, *litt. a*, directive établissement vie, art. 4, 4°). La directive relative à l'assurance vie est toutefois plus précise puisqu'elle comprend néanmoins dans son champ d'application les opérations dépendant de la durée de la vie humaine, définies ou prévues par la législation des assurances sociales, *lorsqu'elles sont pratiquées ou gérées en conformité avec la législation d'un Etat membre par des entreprises d'assurances et à leur propre risque* (directive établissement vie, art. 3, 3°).

Même s'il est probable que l'article 3, 3° ait précisément pour objet d'écarter le malentendu inhérent à la formulation de l'article 1, 1° et que la directive vie puisse à ce titre servir d'outil d'interprétation de la directive non-vie, une incertitude, qui n'est pas sans incidence sur le droit international privé, subsiste néanmoins quant à savoir si les

¹⁰⁷ Voy. J. BIANCARELLI, *L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen*, XIIème Colloque juridique international du Comité Européen des Assurances, Avignon 4-7 octobre 1991, R.G.A.T./ L.G.D.J., 1992, p. 36.

assurances sociales gérées par des assureurs privés dans le cadre d'activités d'assurance non-vie sont ou non soumises aux directives. Dans l'affirmative, les règles de conflit de lois prévues par les articles 7 et 8 de la directive LPS non-vie leur seraient applicables, dans la négative, elles ne le seraient pas. Deux catégories d'assurances sont particulièrement sujettes à cette interrogation : il s'agit des assurances accidents du travail et des assurances maladie pratiquées dans certains pays de la Communauté par des assureurs privés en substitution totale ou partielle au régime de sécurité sociale.

1°) Les assurances accidents du travail

101. La Belgique, le Portugal et, dans une moindre mesure, l'Espagne¹⁰⁸, le Danemark¹⁰⁹ et la Finlande sont des pays dans lesquels la gestion des accidents du travail a été confiée aux entreprises privées d'assurance. La loi belge du 10 avril 1971 oblige par exemple l'employeur à souscrire une assurance accidents du travail auprès d'une entreprise d'assurance privée, une compagnie d'assurance à primes fixes ou une caisse commune d'assurance. La loi portugaise n° 127 du 3 août 1965 instaure un mécanisme similaire d'assurance obligatoire. Dans la plupart des autres pays, et notamment en France, au Luxembourg, en Allemagne et aux Pays-Bas, la gestion des accidents du travail relève du secteur public au titre de la sécurité sociale¹¹⁰.

Le statut de l'assurance des accidents du travail gérée par des entreprises privées, comme en Belgique et au Portugal, apparaît comme un statut hybride. Dans les relations entre l'assureur et la victime, sous l'angle des prestations, elle constitue une branche de la sécurité sociale des travailleurs salariés et est citée comme telle dans certains textes de droit communautaire¹¹¹ ou de droit international¹¹². En revanche, les relations entre l'assureur

¹⁰⁸ L'Espagne présente un type de gestion mixte où assureurs privés et institutions publiques exercent leurs activités en concurrence. Seules certaines mutuelles sont autorisées comme assureurs privés, à couvrir le risque professionnel. Le caractère privé de la gestion y est toutefois altéré par le fait que le financement s'effectue par la trésorerie générale de l'Etat qui redistribue les ressources aux mutuelles agréées (décret du 22 juin 1956).

¹⁰⁹ Au Danemark, le caractère privé de la gestion est atténué par le fait qu'un Comité directeur relevant du Ministère des affaires sociales a pour mission de déterminer les caractéristiques des accidents du travail susceptibles d'indemnisation et de fixer les éléments de base du règlement des sinistres. Il lui appartient également de fixer les règles en matière de fixation des primes. Les autorités danoises, après avoir négocié un report de l'entrée en vigueur de la troisième directive non-vie au 1er janvier 1999 (art. 29), préparent dès à présent les adaptations nécessaires de sa législation nationale.

¹¹⁰ Pour une analyse comparée, voy. Tableaux comparatifs des régimes de sécurité sociale applicables dans les Etats membres des Communautés européennes, Document de la Commission des Communautés européennes, 15ème éd., 1er juillet 1988.

¹¹¹ Voy. par exemple l'article 18 du Traité CEE tel que modifié par l'Acte unique, et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 concernant le projet de recommandation relatif à la protection de la santé et de la sécurité dans le milieu du travail.

¹¹² Voy. le Code européen de sécurité sociale adopté le 16 avril 1964 au Conseil de l'Europe, approuvé en Belgique par la loi du 26 mai 1969, et la Convention n° 21 adoptée par la Conférence générale de l'O.I.T. le 8 juillet 1964 à Genève.

et l'employeur se situent dans le cadre d'un rapport contractuel classique dont le contenu est cependant marqué par le caractère obligatoire de l'assurance.

102. Les directives relatives à l'assurance non-vie, dans les dispositions concernant leur domaine matériel, adoptent à l'égard de ce type d'assurance une position qui n'est pas moins marquée par l'ambiguïté.

Comme on l'a déjà observé, l'article 1, 1^o, *litt. a*, de la directive établissement non-vie exclut de son champ d'application les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale, mais vise néanmoins explicitement dans l'annexe sous la branche 1, les accidents du travail¹¹³. A la différence de la directive établissement vie, la directive établissement non-vie ne comporte curieusement aucune mention particulière en faveur des assurances sociales gérées par des entreprises d'assurance privées à leur propre risque.

Autre élément troublant¹¹⁴ tandis que la directive LPS non-vie excluait provisoirement la branche des accidents du travail des dispositions particulières organisant la libre prestation de services (art. 12, § 1), cette exclusion était accompagnée au procès verbal du Conseil d'une déclaration selon laquelle l'article 12, § 1, 1^{er} tiret, ne modifiait en rien le fait que l'assurance des accidents du travail telle qu'elle était pratiquée en Belgique était visée par l'exclusion figurant à l'article 1, § 1, *litt. a*, de la première directive de coordination.

Cette déclaration n'a toutefois pas empêché les autorités communautaires d'introduire ultérieurement dans la troisième directive non-vie du 18 juin 1992, un article spécifiquement consacré à l'assurance obligatoire des accidents du travail (art. 5), de sorte qu'il ne paraît plus possible de contester à l'heure actuelle leur inclusion dans le domaine matériel des directives. Selon cette disposition, «Les Etats membres peuvent exiger de toute entreprise d'assurance pratiquant sur leur territoire, à ses propres risques, l'assurance obligatoire des accidents du travail le respect des dispositions spécifiques prévues par leur législation nationale pour cette assurance, à l'exception des dispositions relatives à la surveillance financière, qui relèvent de la compétence exclusive de l'Etat membre d'origine»¹¹⁴.

¹¹³ Cette contradiction apparente pourrait, il est vrai, être résolue si l'assurance accidents du travail n'était visée en annexe qu'au titre des garanties complémentaires à la sécurité sociale.

¹¹⁴ Sur l'ensemble de la question, voy. H. CLAASSENS, «De verplichte verzekeringen in het aanstaande Europa van de verzekeringen», in *L'Europe de l'assurance, les directives de la troisième génération*, Bruxelles, Maklu/Academia/Bruylant, 1992, p. 75, n° 18 et 19. Sur les implications en droit communautaire voy. *infra*, n°

103. Même si elle se borne à un rappel des principes qui fondent les directives de la troisième génération, cette disposition qui rend incontestable l'incorporation des assurances accidents du travail dans le champ d'application des textes communautaires est surtout lourde de conséquences sur le plan du mode de contrôle des garanties financières, des conditions contractuelles et des tarifs, ainsi que sur les modalités de représentation des réserves techniques. Il semble qu'elle ait en partie été inspirée par des soucis de politique intérieure. La soumission au régime des directives constituait en effet une garantie de maintien de la branche dans le secteur privé. Quoi qu'il en soit, elle signifie sous l'angle du droit international privé que les assurances accidents du travail sont régies par les règles de conflit de lois prévues par la directive LPS non-vie, y compris et surtout à celles qui concernent les assurances obligatoires¹¹⁵ (art. 18). Ceci n'exclut pas à notre avis l'interférence d'autres réglementations communautaires qui, sous l'angle des prestations, auraient pour but de faciliter la libre circulation des travailleurs en évitant le cumul des réglementations de sécurité sociale.

On songe bien entendu à titre principal au règlement CEE n° 408/71 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants¹¹⁶. Il ne fait aucun doute que les prestations d'assurance accidents de travail, même lorsqu'elles sont versées par des assureurs privés, font partie du domaine d'application de ce règlement. Celles-ci sont en effet visées expressément par l'article 4, § 1. L'article 4, § 2, indique, quant à lui, que la diversité des structures juridiques et financières existant dans les Etats membres est prise comme une donnée que le règlement ne cherche pas à modifier. De plus, la jurisprudence de la Cour de justice à propos de la nature des prestations visées par le règlement n° 408/71 repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi et, en particulier, sur la position légalement définie qu'elle confère au bénéficiaire¹¹⁷, toutes caractéristiques qui peuvent être vérifiées aisément dans l'assurance obligatoire des accidents du travail.

Du point de vue de la compétence législative, le Règlement n° 408/71 désigne, dans l'hypothèse d'une situation internationale, pour chaque éventualité couverte, la

¹¹⁵ En Belgique, l'applicabilité des règles de conflit au secteur des assurances accidents du travail se double d'un problème lié au champ d'application personnel de la réglementation de contrôle belge dans laquelle ces règles sont insérées. En effet, la loi du 9 juillet 1975 exclut de son champ d'application, les caisses communes et entreprises privées à primes fixes pour ce qui concerne les opérations visées par la loi du 10 avril 1971 sur les accidents de travail (art. 18, § 2).

¹¹⁶ Voy. le texte modifié JOCE, 1983, n° 1230, pp. 8-85 et JOCE, 1985, n° 160.

¹¹⁷ Voy. S. VAN RAEPENBUSCH, *La sécurité sociale des personnes qui circulent à l'intérieur de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 150, n° 150 à 152; Commentaire MEGRET, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Etudes européennes (Collection dirigée par M. WAELBROECK, J.V. LOUIS, D. VIGNES et J.L. DEWOLST), t. 3, 2ème éd., « Libre circulation des personnes, des services et des capitaux », Libre circulation des services et liberté d'établissement par J.C. SECHE, Bruxelles, 1990, p. 101, n° 1.

législation de sécurité sociale d'un Etat membre déterminé («Etat membre compétent») en vertu de laquelle naissent les obligations ou sont accordées les prestations¹¹⁸. Sous l'angle des prestations octroyées, il faut se demander si les critères retenus par le règlement sont compatibles avec ceux retenus par les règles de droit international privé prévues par la directive LPS non-vie. *A priori*, les solutions préconisées par le règlement sous les articles 3 et 14¹¹⁹, même si elles s'inspirent de préoccupations qui lui sont propres¹²⁰, paraissent pouvoir être justifiées au regard du droit international privé par la méthode bien connue des lois de police à laquelle l'article 3, § 2, et l'article 8 de la directive LPS non-vie du 22 juin 1988 font d'ailleurs écho (voy. *infra* n° 692 et ss.).

2°) Les assurances maladies alternatives à la sécurité sociale

104. Les assurances maladies offertes à partir du premier franc par les entreprises d'assurance privées en substitution aux garanties offertes par la sécurité sociale occupent, elles aussi, une place intermédiaire entre les régimes publics et les régimes privés d'assurances.

Ces assurances dites «alternatives» sont pratiquées en Allemagne¹²¹. En principe, selon la législation allemande, toute personne occupant un emploi salarié est légalement tenue de s'assurer contre la maladie. Cette obligation disparaît toutefois pour les employés comme pour les ouvriers, lorsque le revenu de l'assuré dépasse un plafond d'assujettissement déterminé, revu annuellement en fonction de l'évolution moyenne des salaires. Ces salariés ont alors une possibilité de choix entre les deux modes d'assurance, privé ou public; ils peuvent aussi passer librement de l'un à l'autre¹²². A côté des ouvriers et des employés, il existe d'autres catégories professionnelles qui ne relèvent d'aucun régime social d'assurance maladie et qui disposent de ce fait d'une totale liberté en ce qui concerne leur assurance maladie. Il s'agit des travailleurs indépendants, membres des

¹¹⁸ Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 117, p. 28, n° 36 et 37.

¹¹⁹ En principe, le travailleur est soumis à la législation de son Etat d'occupation salariée (*lex loci laboris*) (art. 3, § 2, *litt. a*), même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. Des solutions particulières sont toutefois prévues dans le cas des travailleurs détachés temporairement (art. 4, § 2, *litt. a* et *b*), des travailleurs transfrontaliers (art. 14, § 2) et des travailleurs occupés dans différents Etats membres (art. 14, § 2). Pour plus de détails, voy. notamment S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, note 117, p. 23, n° 31 à 149, Commentaire MEGRET, *op. cit.*, note 117, p. 28, n° 36 à 41; L. VAN GOSSUM, «Les accidents du travail dans la perspective européenne», *Bull. Ass.*, 1992, pp. 203-208.

¹²⁰ Il s'agit principalement d'éviter les complications administratives résultant du cumul des législations sociales.

¹²¹ Pour un examen comparé, voy. Comité Européen des Assurances (CEA), «L'assurance maladie privée en Europe», *Cahier du CEA*, juin 1990, n° 18, 74 pp.; *Capa Conseil*, «L'assurance maladie en Allemagne», *Les Cahiers documentaires*, septembre 1995, 53 pp.

¹²² Comité Européen des Assurances, *op. cit.*, note 121, spéc. pp. 6 et 17.

professions libérales, et de certains fonctionnaires qui, étant couverts par leur administration, ne sont pas assujettis à l'assurance sociale. Ces personnes ne peuvent pas adhérer, même volontairement, à l'assurance sociale quel que soit le montant de leurs revenus, si bien que leur couverture est du ressort exclusif de l'assurance privée.

105. Si ce n'est la coexistence entre la gestion publique et privée, l'assurance maladies telle qu'elle est pratiquée en Allemagne présente, sur le plan de son statut, de nombreuses similitudes avec l'assurance accidents du travail pratiquée en Belgique et au Portugal.

Son intégration dans le champ des directives n'a cependant jamais été sérieusement contestée dans son principe, mais seulement dans ses modalités. La troisième directive non-vie du 18 juin 1992 lui consacre un article particulier et un considérant. La nature particulière de l'assurance maladie, lorsqu'elle se substitue partiellement ou entièrement à la couverture maladie offerte par le régime de sécurité sociale, justifierait qu'on la distingue des autres branches de l'assurance dommages et de l'assurance vie, dans la mesure où il est nécessaire de garantir que les preneurs d'assurance ont un accès effectif à une assurance maladie privée ou souscrite sur une base volontaire indépendamment de leur âge et de leur état de santé (voy. le considérant n° 23). La directive permet par conséquent à tout Etat membre d'exiger dans cette hypothèse que le contrat soit conforme aux dispositions légales spécifiques protégeant dans cet Etat membre l'intérêt général et que les conditions d'assurance soient communiquées aux autorités compétentes de cet Etat préalablement à leur utilisation. De plus, lorsque la couverture répond à certaines caractéristiques, la directive permet aux autorités de l'Etat en question d'exiger que la technique utilisée soit analogue à celle en usage en assurance vie (art. 5). L'assurance maladie alternative à la sécurité sociale bénéficie ainsi de quelques concessions de taille au principe du contrôle par l'Etat d'origine.

Conformément à la technique qui lie le domaine matériel des directives au domaine des règles de conflit prévues par la directive LPS non-vie, il faut en déduire que ces assurances maladies sont soumises aux articles 7 et 8 des directives LPS non-vie. De la même façon que pour les accidents du travail, cette application ne paraît pas faire obstacle à la prise en compte des critères territoriaux utilisés par le Règlement n° 408/71 CE sur la sécurité sociale des travailleurs migrants, dans le respect toutefois du champ d'application matériel et spatial qui lui est propre. La méthode des lois de police ou des lois d'application immédiate devrait permettre de justifier les solutions retenues par le règlement au regard du droit international privé (voy. *infra* n° 692 et ss.).

SECTION 3. LE DOMAINE TEMPOREL DES REGLES DE CONFLIT COMMUNAUTAIRES RELATIVES AU CONTRAT D'ASSURANCE

106. La présence de règles de conflit spécifiques dans les directives LPS vie et LPS non-vie entraîne inévitablement la succession dans le temps de règles de rattachement différentes, les règles des directives étant appelées à se substituer aux anciennes règles appartenant au droit international privé général de l'Etat membre concerné. On reconnaît là les données d'un conflit transitoire de droit international privé¹²³ quels sont, du point de vue temporel, les contrats d'assurance qui sont soumis aux nouvelles règles de conflit¹²⁴ Celles-ci s'appliquent-elles aux contrats en cours ou seulement aux contrats conclus après leur entrée en vigueur¹²⁵

Ni la directive LPS non-vie, ni la directive LPS vie ne répondent explicitement à ces questions qu'elles renvoient au droit international privé général des Etats membres. Elles se limitent à régler une question en quelque sorte préalable à celle du conflit transitoire¹²⁶ celle du délai dans lequel les dispositions communautaires doivent être appliquées dans les Etats membres. Ainsi, la date d'entrée en vigueur de la directive LPS non-vie a-t-elle été fixée au 1er juillet 1990 (art. 32, alinéa 2) et celle de la directive LPS vie au 21 mai 1993 (art. 30, alinéa 2)¹²⁷. Cette disposition, qui ne résoud certes pas directement la question du conflit transitoire de droit international privé, ne paraît pas pouvoir en être dissociée, puisqu'elle commande aussi l'entrée en vigueur des règles de conflit de lois.

§ 1. ENTREE EN VIGUEUR DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

107. La nature juridique du texte de droit communautaire dont sont issues les règles de conflit est déterminante pour la fixation de leur date d'entrée en vigueur. On sait qu'à la différence du règlement, la directive n'est pas immédiatement applicable dans tous ses éléments et qu'elle laisse aux Etats membres destinataires le choix des moyens pour atteindre les objectifs fixés (art. 189 CE). C'est donc en principe la date d'entrée en vigueur de la législation nationale de transposition qu'il convient de prendre en considération pour déterminer l'entrée en vigueur des règles de conflit de lois. Qu'en est-il dans l'hypothèse d'une tardive transposition¹²⁸

¹²³ La troisième directive non-vie qui modifie sur un point les règles de conflit de la directive LPS vie est entrée en vigueur le 1er juillet 1994 (art. 57, § 1). La question ne se pose pas en assurance vie car la troisième directive vie ne modifie pas les règles de conflit. Sur l'effet direct de ces directives en cas de retard de transposition, voy. *supra*, titre I,

Dans le contexte de la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice, qui refuse tout effet direct aux dispositions d'une directive dans les relations entre particuliers (effet direct horizontal), il paraît difficile de reconnaître un tel effet aux règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance¹²⁴. On peut même douter qu'elles soient susceptibles de produire un effet direct vertical dans les relations entre l'Etat et un particulier à défaut pour elles d'imposer des obligations suffisamment précises et inconditionnelles aux Etats membres. Les règles de conflit comportent en effet nombre d'options concernant notamment l'extension du principe de l'autonomie des volontés, qui sont rebelles au principe de l'effet direct¹²⁵.

On ne peut donc retenir comme date d'entrée en vigueur des règles de conflit, que celle qui est attachée à la législation nationale de transposition. Cette date varie par conséquent en fonction de la diligence des Etats membres. Dans les pays qui seraient en défaut, rien ne paraît s'opposer toutefois à ce que les règles de conflit contenues dans les directives soient appliquées à titre de raison écrite, tout au moins lorsque leur application ne dépend pas d'une option ouverte à l'Etat membre.

§ 2. CONFLIT TRANSITOIRE

108. En ce qui concerne le conflit transitoire de droit international privé *stricto sensu*, les directives, on l'a dit, sont muettes. A défaut de disposition précise dans la loi nationale de transposition, il convient d'emprunter la solution du conflit transitoire aux règles générales de droit international privé. Les articles 1, § 1, de la directive LPS non-vie et 4, § 1, de la directive LPS vie y invitent du reste expressément, puisqu'ils prévoient que les Etats membres appliquent aux contrats d'assurance visés par l'une ou l'autre directive, leurs règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles.

La ratification et l'entrée en vigueur récentes dans tous les Etats membres de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles invite à se demander si ce renvoi peut ou doit être compris par référence à la Convention de Rome ou, au contraire, par référence aux règles générales de droit international privé¹²⁶. Cette question prend une tournure particulière dans notre domaine, puisque la Convention de

¹²⁴ Notamment *CJCE*, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, 1986, p. 1223; *CJCE*, 9 octobre 1987, *Procédure pénale c/ Kolpinghuis*, aff. 80/86, *Rec.*, 1987, p. 1969.

¹²⁵ *Contra* M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 1, pp. 112-113. L'auteur estime, à tort selon nous, que si le texte ouvre une option, l'effet direct conduit à l'application du régime le plus libéral.

¹²⁶ Pour un panorama de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome dans les Etats membres voy. *supra* note 1.

Rome exclut précisément de son champ d'application les contrats d'assurance couvrant des risques situés dans la Communauté.

Comme la question de la portée du renvoi opéré par les directives est une question d'ordre général, nous renvoyons aux développements qui lui seront ultérieurement consacrés (voy. *infra* n° 151 et ss.). Elle ne présente d'ailleurs pas un intérêt déterminant pour le conflit transitoire, car il semble que la solution retenue par la Convention de Rome à cet égard soit assez proche de celle qui résulte des solutions traditionnelles du droit international privé général¹²⁷.

109. La Convention de Rome contient en effet dans son article 17 une disposition expresse, assez inhabituelle dans un texte international d'unification des règles de conflit, qui prévoit que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur¹²⁸. Selon le rapport explicatif de la Convention, cette disposition confirmerait le principe de non-rétroactivité des lois. On observera cependant que le principe de non-rétroactivité des lois ne s'oppose nullement en droit interne à l'application immédiate des règles impératives aux contrats en cours¹²⁹. La solution paraît donc s'inspirer davantage du souci de ne pas perturber les prévisions des parties contractantes.

A défaut de pouvoir recourir à l'article 17 de la Convention de Rome, la solution traditionnelle qui prévaut en droit international privé général consiste à emprunter la solution du conflit transitoire de droit international privé à celle prévue par le droit interne pour des situations correspondantes¹³⁰. Prise au pied de la lettre, cette méthode pourrait

¹²⁷ Le fait que la Convention de Rome et le droit international privé général ne divergent guère dans la solution donnée au conflit transitoire peut être illustré par le cas de l'Allemagne. Bien que le législateur allemand ait introduit anticipativement les règles de la Convention de Rome par une loi du 25 juillet 1986, il n'a pas repris expressément la solution prévue par l'article 17 de la Convention. Comme la législation transposant les règles de conflit prévues par la directive LPS non-vie ne comporte aucune disposition particulière à ce sujet, la solution du conflit transitoire ne peut être déduite en ce qui concerne les contrats d'assurance, que du droit international privé général. Sur la base d'une interprétation analogique de l'article 20, § 1, EGBGB, ainsi que du § 28 de la loi sur les conditions générales contractuelles (AGBG), on a soutenu que les articles 1 et ss. ne s'appliqueraient qu'aux contrats d'assurance non-vie conclus après le 30 juin 1990, date d'entrée en vigueur de l'EGVVG. Voy. à cet égard V. HAHN, *op. cit.*, note 5, pp. 146 à 150; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p. 788.

¹²⁸ Cela implique que l'entrée en vigueur de la Convention doit être appréciée séparément pour chaque Etat (voy. à cet égard *supra*, note 9). Le Rapport explicatif de M. GIULIANO et P. LAGARDE précise qu'aucune disposition n'empêche le juge d'un Etat contractant à l'égard de qui la Convention n'est pas en vigueur de l'appliquer par anticipation à titre de raison écrite. Rapport précité, note 10, p. 37.

¹²⁹ En ce sens, M. FALLON, «Un Restatement européen du droit des conflits de lois en matière de contrats», *Assuntos Europeus*, 1984, pp. 155-181, note 3.

¹³⁰ Sur le conflit transitoire en droit international privé, voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité, op. cit.*, note 74, pp. 14-316; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis, op. cit.*, note 74, n° 24; P. MAYER, *Traité, op. cit.*, note 74, n° 43 à 246. A défaut de règles spéciales, ces auteurs rappellent le principe traditionnel qui consiste à appliquer au conflit transitoire de droit international

autoriser l'application des règles de conflit relatives aux assurances aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de la réglementation nationale de transposition. Cette solution est fréquente en droit interne à propos des règles impératives. Une solution différente adaptée à la fonction particulière des règles de conflit en matière contractuelle pourrait toutefois se justifier sur la base du respect de l'attente légitime des parties, particulièrement importante dans le domaine de l'assurance¹. Une application anticipée des nouvelles règles de conflit pourrait en effet soumettre le contrat conclu sous l'empire des règles anciennes à une autre loi que celle qui le régissait antérieurement, et remettre en cause, s'agissant d'un contrat réglementé, tout ou partie de son contenu. La justification tirée du respect de l'attente légitime des parties ne paraît pas s'opposer en revanche à une application des nouvelles règles de conflit aux contrats reconduits tacitement après l'entrée en vigueur de ces règles².

110. Dans le silence des directives, les Etats membres restent bien entendu libres de fixer eux-mêmes le critère d'application dans le temps des règles de conflit relatives au contrat d'assurance³. Parmi les législations de transposition, la législation belge est la seule, à notre connaissance, à lui avoir consacré une attention particulière. Elle prévoit en effet que les dispositions du chapitre III bis de la loi de contrôle relatif à la loi applicable au contrat d'assurance non-vie ne s'appliquent pas aux contrats en cours⁴.

Ce faisant, la législation belge paraît confirmer la solution retenue par l'article 17 de la Convention de Rome. La disposition n'échappe toutefois pas aux difficultés spécifiques liées à l'application de règles nouvelles aux contrats dont les effets se prolongent dans le temps. On songe ici à la détermination du moment exact de la conclusion du contrat, à la tacite reconduction, à la modification des conditions de couverture⁵. La tendance du droit matériel belge relatif au contrat d'assurance est à cet égard, de favoriser l'entrée en vigueur des règles impératives de droit interne en prescrivant leur application dès la première échéance du contrat, ou même avant, dès qu'une

privé les règles du droit transitoire interne, tout en observant cependant que la spécificité de la règle de conflit peut justifier des solutions spécifiques, compte tenu de ses objectifs. P. Mayer considère à juste titre, selon nous, que le principe de survie de la règle ancienne est plus fort en droit international privé qu'en droit interne.

131 Voy. les références citées *supra*, note 128; *adde* M. FALLON, «Le nouvel agencement des règles de conflit de lois en matière de contrats», *J. T.*, 1988, p. 471; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p. 788.

132 M. FALLON, *ibid.*

133 M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 5, p. 449, n° 19; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 5, p. 4.

134 Arrêté royal du 22 février 1991, précité note 60, article 28 *octies*; la même solution n'est curieusement pas reprise dans le chapitre III bis consacré au groupe d'activités vie (arrêté royal du 8 janvier 1993 précité note 60), mais il s'agit probablement d'une inadvertance.

modification conventionnelle est apportée à la couverture initialement souscrite (augmentation des garanties, □.).

Dans l'optique d'un alignement des solutions de droit international privé sur les solutions de droit interne, on pourrait soutenir que les règles de conflit nouvelles, elles-mêmes inspirées, comme on le verra, d'un souci de protection, soient régies par les mêmes principes que ceux généralement appliqués en droit interne. La solution inverse peut toutefois se justifier en droit international privé par le souci du respect de l'attente légitime des parties. Un changement de loi applicable peut en effet entraîner une modification importante du contenu du contrat d'assurance. Il est donc préférable que les règles de conflit belges s'appliquent exclusivement aux contrats conclus ou renouvelés même tacitement après la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal, et non à ceux dont la période d'assurance est en cours¹³⁵¹³⁶.

111. Le moment de conclusion du contrat, qui est le moment déterminant pour la solution du conflit transitoire d'après la Convention de Rome et le droit international privé général n'est pas toujours facile à déterminer, notamment dans l'hypothèse fréquente dans le secteur des assurances des contrats entre absents. L'entremise d'une qualification juridique paraît alors nécessaire. A quelle loi faut-il l'emprunter□

Ce problème, posé dans le cadre de l'interprétation de l'article□7 de la Convention de Rome, a été résolu de façon variable en doctrine. Selon certains, il conviendrait de faire dépendre cette question de la loi applicable au contrat quant au fond (*lex causae*) en évitant tout recours aux règles de droit matériel interne du juge saisi¹³⁷. Ce procédé, parfois utilisé dans les conventions internationales de droit international privé, permet d'éviter des appréciations divergentes en fonction du for saisi, mais présente l'inconvénient logique d'une application du contenu de la loi avant même que soit fixée son applicabilité. C'est pourquoi on a proposé, afin d'éviter cette incohérence, de partir d'une analyse fonctionnelle de la règle de conflit plutôt que du droit matériel interne¹³⁸. Il faudrait, selon cette conception, se demander si l'application des règles nouvelles heurte ou non l'attente légitime des parties. Le principe paraît toutefois fort vague et les solutions que l'on pourrait

135 Les règles de conflit de lois belges s'appliqueront donc aux contrats conclus après le 11 avril 1991 pour le groupe d'activités «Non-vie□, et après le 9 février 1993 pour le groupe d'activités «Vie□.

136 Pour une solution similaire au Royaume-Uni, I. MAC NEIL, *op. cit.*, note□6, p.□9.

137 En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, «□le nouveau droit international privé européen des contrats□, *R.T.D.Eur.*, 1981, p. 230, n°□2; N. WATTE, «□le nouveau droit international privé des contrats. La loi du 14 juillet 1987□, *R.G.D.C.*, 1989, p. 301.

138 En ce sens, M. FALLON, «□le nouvel agencement...□, *op. cit.*, note 131, p.□71.

en dégager très incertaines lorsqu'il s'agit de décider du moment de formation d'un contrat d'assurance.

Comme la question est préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit, il paraît justifié de la soumettre à la *lex fori*. L'argument tiré de la divergence des solutions de droit international privé n'a somme toute qu'une portée limitée, l'application des règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance étant elle-même tributaire de la date d'entrée en vigueur de la législation de transposition de chaque Etat membre.

CHAPITRE II.

LA COMPLEMENTARITE VERTICALE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

SECTION 1. OBJET DU RENVOI AUX REGLES GENERALES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

112. Pour les questions qu'elles ne règlent pas explicitement, la directive LPS non-vie du 22 juin 1988 et la directive LPS vie du 8 novembre 1990 comportent toutes deux un renvoi «aux règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles» (directive LPS non-vie, art. 1, § 1; directive LPS vie, art. 1, § 1).

De prime abord, ce renvoi est curieux tant il paraît exprimer une évidence. Qu'ils s'agissent de règles de conflit communautaires ou internationales, les règles de conflit uniformes ne peuvent prétendre former à elles seules un système de droit international privé complètement autonome. Elles sont appelées à s'intégrer aux règles générales de chaque Etat adhérent.

En matière d'assurance, le renvoi aux règles générales pose il est vrai cependant un problème particulier lié à la détermination des règles appelées à compléter celles prévues par les directives. On sait en effet que la Convention de Rome adoptée le 11 juin 1980 détermine la loi applicable aux obligations contractuelles, mais exclut de son champ d'application les contrats d'assurance couvrant des risques situés sur le territoire des Etats membres de la Communauté européenne (art. 1, § 1). Cette exclusion interdit-elle toute référence aux dispositions de la Convention de Rome à titre complémentaire?

Le souci d'uniformisation des solutions de droit international privé en matière d'obligations contractuelles dans la Communauté européenne plaide certainement en faveur de l'application des dispositions de la Convention de Rome¹³⁹. Encore faut-il pouvoir la justifier au regard d'une exclusion qui paraît formelle. Plusieurs arguments tirés du texte ou du contexte de la Convention ou même des directives peuvent être avancés à cet effet.

113. L'exclusion prévue par l'article 1, § 1, de la Convention de Rome, se justifie, d'après le rapport explicatif¹⁴⁰, par le souci de tenir compte des travaux en cours au sein

¹³⁹ C.G.J. MORSE, «Party autonomy», *op. cit.*, note 28, pp. 39-40.

¹⁴⁰ Rapport précité note 10, p. 3.

de la Communauté en matière d'assurances¹⁴¹. L'explication n'est toutefois guère convaincante. En effet, l'article 20 de la même Convention consacre en tout état de cause la priorité du droit communautaire, la Convention ne préjugant pas de l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, régleraient les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui seraient contenues dans des actes émanant des institutions de la Communauté européenne ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes. L'article 20 rendait donc inutile une exclusion formelle fondée sur le seul motif énoncé par le rapport explicatif¹⁴² la Convention de Rome n'aurait pas empêché les autorités communautaire d'adopter des règles de conflit spécifiques pour les contrats d'assurance vie ou non-vie¹⁴³. En réalité, l'exclusion prévue par l'article 1, § 3 paraît liée à une volonté politique de geler la situation du contrat d'assurance tant qu'une solution n'était pas trouvée dans le contexte des directives LPS. L'argument qui en est tiré pour soutenir l'impossibilité d'une référence à la Convention de Rome au titre du renvoi général acquiert dans ce contexte une valeur toute relative.

En particulier, l'exclusion prévue par l'article 1, § 3, ne paraît pas s'opposer à ce que l'acte communautaire contenant des règles de conflit spécifiques rendues prioritaires par l'article 20 renvoie à la Convention de Rome pour toutes les questions, qu'il ne réglerait pas. Cette référence s'inscrirait de façon cohérente dans la vocation universelle et générale des règles uniformes de la Convention de Rome, consacrée par son article 1.

Le rapport explicatif confirme indirectement ce point de vue, puisqu'il précise que les Etats membres sont libres d'appliquer les règles inspirées de la Convention de Rome, même aux risques situés dans la Communauté, sous réserve de la réglementation communautaire qui sera établie¹⁴³. A fortiori, les autorités communautaires étaient-elles en mesure d'opérer renvoi aux règles de la Convention de Rome pour toutes les questions qu'elles n'auraient pas jugé utile de résoudre. Il en va évidemment de même des Etats

¹⁴¹ On rappellera que dans la perspective d'une harmonisation du droit matériel, le projet initial de Convention préparé en 1972 excluait l'ensemble des contrats d'assurance de son champ d'application.

¹⁴² En ce sens, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 6, p. 66; du même auteur, « Osservazioni... », op. cit., note 26, p. 572; P. LAGARDE, « Les limites objectives de la Convention de Rome », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 37. L'auteur observe à propos de l'article 20 que la convention se trouve, de son propre aveu, dans une situation d'infériorité par rapport au droit communautaire, c'est-à-dire non seulement les règlements et les directives, mais aussi tous les textes nationaux pris pour leur application. Voy. également E. JAYME et C. KOHLER, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *R.C.D.I.P.*, 1995, p. 13. Ces auteurs observent que l'article 1, § 2, de la loi allemande, censé reproduire l'article 20 de la Convention, n'évoque pas la réserve relative aux dispositions adoptées en exécution d'actes communautaires sous prétexte que l'application de telles dispositions résulterait des principes généraux tel celui de la *lex specialis* ou de la *lex posterior*. Or, cette conception des rapports entre règle conventionnelle et disposition nationale postérieure s'avère fautive selon le droit constitutionnel allemand.

¹⁴³ Rapport précité note 10, p. 3.

membres lors de la transposition. Dans ces conditions, les motifs justifiant l'impossibilité du renvoi disparaissent et les règles de la Convention de Rome peuvent trouver à s'appliquer par ce biais¹⁴⁴. A défaut, le renvoi aux règles générales de droit international privé n'aurait d'ailleurs aucune utilité, car la directive est par nature appelée à être transposée dans les droits internes des Etats membres¹⁴⁵.

114. Il est vrai que l'on aurait pu s'attendre à une allusion directe à la Convention de Rome plutôt qu'aux règles générales de droit international privé. Une référence explicite ne pouvait toutefois être envisagée car au moment de l'adoption des directives LPS vie et non-vie, la Convention de Rome n'était pas encore entrée en vigueur à défaut d'avoir pu réunir le nombre de ratifications indispensables.

Les procès verbaux du Conseil auxquels nous avons pu accéder confirment que la référence aux règles générales de droit international privé se justifiait aux yeux des négociateurs dans la perspective d'une application généralisée des règles uniformes prévues en matière d'obligations contractuelles par la Convention de Rome. Dans leur esprit, des règles spécifiques ne devaient être prévues que si elles justifiaient une dérogation à cette Convention. Lors des négociations relatives aux règles de conflit, plusieurs délégations se sont d'ailleurs exprimées en faveur d'une application aussi large que possible de la Convention de Rome.

Lors de la transposition de la directive LPS non-vie, plusieurs législateurs nationaux se sont d'ailleurs exprimés clairement dans le sens d'une référence aux règles de la Convention de Rome. A vrai dire, la question avait déjà perdu de son acuité dans les pays qui, comme l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, la Finlande ou le Danemark avaient anticipé l'entrée en vigueur de la Convention en insérant ses dispositions principales en droit interne par le biais d'une loi spéciale. Les solutions prévues par la Convention étant ainsi substituées aux solutions antérieures, le renvoi aux règles générales de droit international privé prévu par les directives se comprenait *ipso facto* comme une référence aux règles de la Convention de Rome. C'est pourquoi probablement on ne trouve nulle part trace des articles 1, § 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie dans les réglementations de transposition belge¹⁴⁶ ou luxembourgeoise¹⁴⁷. En revanche, le législateur allemand a préféré consacrer expressément ce renvoi. C'est ainsi que l'article 5 EGVVG (ancien article 14) se réfère pour la solution des conflits de lois en

¹⁴⁴ En ce sens, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *loc. cit.*

¹⁴⁵ En ce sens Y. LOUSSOUARN, « Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988 », *R.G.A.T.*, 1989, p. 301.

¹⁴⁶ Arrêtés royaux du 22 février 1991 et du 8 janvier 1993, précités note 140.

¹⁴⁷ Lois du 6 décembre 1991 et du 18 décembre 1993, précitées note 140.

matière d'assurance, aux articles 27 à 36 de l'EGBGB directement inspirés de la Convention de Rome, pour tout ce qui ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique¹⁴⁸. La législation finlandaise procède de façon similaire en renvoyant, sous réserve des dispositions spécifiques, à la loi qui intègre les règles de la Convention de Rome¹⁴⁹. La loi danoise, quant à elle, se borne à rappeler le principe de primauté des règles de conflit prévues par les directives sur celles qui découlent de la loi relative aux conflits de lois en matière contractuelle¹⁵⁰.

Pour les pays n'ayant pas anticipé l'entrée en vigueur de la Convention, les solutions varient. Alors que les législations italienne¹⁵¹, hollandaise¹⁵² et anglaise¹⁵³ comportent une référence explicite aux dispositions de la Convention censées exprimer le droit commun, en confirmant ainsi leur vocation générale, les législations française¹⁵⁴, espagnole¹⁵⁵ et portugaise¹⁵⁶ conservent la référence aux règles générales de droit international privé selon une formulation identique à celle des directives. On ne peut toutefois voir dans cette répétition un argument qui contredirait l'opinion défendue ici. Elle s'explique en effet par le fait que la Convention de Rome n'était pas entrée en vigueur dans ces pays au moment de la transposition des directives. Une référence explicite était dès lors inconcevable. S'expliquant uniquement par des facteurs chronologiques, l'emploi de la formulation héritée des directives ne peut donc servir de fondement à une exclusion de

-
- 148 Loi du 28 juin 1990, précitée note 29; Voy. sur l'article 14 EGVVG, devenu article 15 depuis l'intégration des règles de conflit relatives à l'assurance vie, E. LORENZ, *op. cit.*, note 28, p. 37; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 3, p. 88.
- 149 Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, précitée note 34; le § 3 fait référence à la loi 466/488 qui a inséré les règles de la Convention de Rome dans l'ordre juridique finlandais.
- 150 Réglementation n° 560 du 27 juin 1994, précitée note 38, § 4.
- 151 Décrets législatifs du 15 janvier 1992 et du 23 décembre 1992, précités note 30. Les articles 26 § 3 et 27, § 4, prévoient que « Pour tout ce qui n'est pas prévu par le présent article, on applique les dispositions de la Convention de Rome ratifiée par la loi du 18 décembre 1984, n° 975 (traduction libre). Ces dispositions sont reprises sans changement par les décrets législatifs du 17 mars 1995 également précités (art. 108, § 3 pour l'assurance vie, art. 22, § 4 pour l'assurance non-vie).
- 152 Lois du 18 avril 1991 et du 23 décembre 1992, précitées note 56. Selon l'article 3, *litt. c* de ces deux lois, « Les règles de conflit de la Convention constituent les règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles au sens de l'article 1, § 3 de la directive (traduction libre).
- 153 Alors que dans sa version initiale, la réglementation anglaise se référait aux règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles (*Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990*, n° 333, précitée note 60, Schedule 3A, 5 (1)), cette référence a été corrigée à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (*Regulations 1993*, n° 74, précitées note 30). La réglementation (§ 1), pour l'assurance non-vie (§ 10 (1) pour l'assurance vie) renvoie maintenant de façon explicite aux règles de la Convention de Rome intégrées dans l'ordre juridique national par le *Contracts (Applicable Law) Act 1990*.
- 154 Loi n° 89-1014 du 21 décembre 1989, précitée note 50, art. 81-4 du Code des assurances.
- 155 Loi n° 21/1990 du 19 décembre 1990, précitée note 51, art. 109.
- 156 Décret-loi n° 52/91 du 20 septembre 1991, précité note 60, art. 47, devenu l'article 186 après l'adoption du décret n° 102/94 du 20 avril 1994.

l'application des dispositions de la Convention de Rome dans les matières non réglées spécifiquement par les directives en assurance vie et non-vie¹⁵⁷.

A supposer que l'ensemble des observations formulées jusqu'ici ne puissent emporter la conviction, il resterait à tout le moins un argument d'ordre pragmatique. On constatera en effet que la Convention de Rome traduit dans ses dispositions principales le principe général de l'autonomie des volontés et que même dans ses dispositions particulières, elle exprime les tendances générales du droit international privé des Etats membres. Les solutions qu'elle édicte ne semblent donc pas inconciliables avec les solutions antérieures¹⁵⁸. Elles le sont d'autant moins lorsque les solutions antérieures s'appuyaient sur des règles non écrites. A ce titre, il est permis de croire que les solutions de la Convention de Rome se substitueront progressivement à celles du droit international privé d'origine nationale¹⁵⁹.

115. Ces considérations contribuent à faire de la Convention de Rome la «*loi générale*» ou le «*droit commun*» auquel se réfèrent les articles 1, § 1 et 4, § 1 des directives LPS non-vie et vie. L'exclusion des contrats d'assurance couvrant des risques situés sur le territoire de la Communauté constitue un obstacle théorique que seule une interprétation purement formelle parviendrait à justifier. Tous les autres arguments vont dans le sens d'une application des règles de la Convention de Rome lorsque les directives ne prévoient pas une solution différente¹⁶⁰.

On ne perdra pas de vue cependant que la Convention de Rome ne contient pas elle-même une réglementation complète et exhaustive¹⁶¹. Un recours aux règles et méthodes générales de droit international privé d'origine nationale pourrait donc encore s'avérer nécessaire en dépit de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome¹⁶².

¹⁵⁷ En ce sens à propos de la loi française, B. AUDIT, «*Implementation of the Second Directive on Choice of Law Issues*» The French Statute of December 31, 1989, in *International Insurance Contractual Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 82.

¹⁵⁸ En ce sens M. FALLON, «*La loi applicable au contrat d'assurance...*», *op. cit.*, note 5, p. 51, n° 24; du même auteur M. FALLON, «*Le nouvel agencement...*», *op. cit.*, note 131, p. 74; P. LAGARDE, «*Présentation de la directive du 22 juin 1988 relativement à la loi applicable*», *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 49.

¹⁵⁹ Une réserve doit probablement être formulée à propos du Royaume-Uni et de l'Irlande dont les systèmes juridiques se prêtent moins facilement à une telle assimilation. On peut penser que les règles nationales traditionnelles fondées sur la *common law* résisteront à l'empiètement des règles de la Convention de Rome; voy. C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 28, p. 41.

¹⁶⁰ En ce sens, Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 145, p. 301; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 6, p. 67; du même auteur, «*Osservazioni...*», *op. cit.*, note 26, p. 72.

¹⁶¹ En ce sens, C.G.J. MORSE, «*Party autonomy*», *op. cit.*, note 28, p. 41.

¹⁶² Voy. F. RIGAUX, «*Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*», *Cah. Dr. Eur.*, 1988, pp. 306-321. Au titre

Outre la coexistence des systèmes de droit international privé induit par la délimitation des domaines spatial, matériel et temporel des règles de conflit, le rattachement du contrat d'assurance est donc marqué également par une complémentarité verticale des systèmes de droit international privé formé par les règles des directives, par les règles de la Convention de Rome à titre subsidiaire, et, à titre plus subsidiaire encore, par les règles d'origine nationale.

SECTION 2. PORTEE DU RENVOI AUX REGLES GENERALES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

116. Le principe de l'applicabilité des règles de la Convention de Rome par le biais du renvoi général opéré par les directives étant acquis, il reste à en préciser la portée. Comme ce problème concerne des questions très variées, on se bornera ici à dégager le principe général et à l'illustrer par quelques exemples. On reviendra en temps utile sur les domaines particuliers qui pourraient bénéficier de la complémentarité des règles de la Convention de Rome.

Il ressort tout d'abord de la formulation des articles 1, § 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie que l'appel aux règles générales du droit international privé ne se justifie que si les règles spécifiques de rattachement prévues par ces directives n'apportent aucune solution particulière au problème posé¹⁶³. Le renvoi ne fonctionne en effet aux termes de ces articles que « sous réserve des paragraphes précédents ». Ce n'est donc qu'à défaut d'un règlement particulier propre au contrat international d'assurance que le recours à la Convention ou aux règles nationales se justifie. L'application d'un tel principe n'est toutefois pas toujours aisée.

117. On admettra assez facilement le recours aux règles de la Convention de Rome pour résoudre les questions liées au domaine de la loi contractuelle, au rattachement des opérations de cession de créance ou de subrogation, au conflit transitoire ou à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, sur lesquelles les directives sont manifestement muettes. On peut admettre également ce recours en matière de forme et de capacité car les

des questions laissées ouvertes, l'auteur cite la loi applicable au contrat d'Etat, le principe dispositif dans ses rapports avec la loi d'autonomie, la référence à d'autres sources de droit que le droit étatique et les clauses d'intangibilité.

¹⁶³ En ce sens J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 5, p. 788.

règles communautaires ne concernent que la substance des actes juridiques¹⁶⁴. Il est peu probable en effet que les autorités communautaires aient entendu bouleverser les catégories traditionnelles de rattachement en matière contractuelle. La transposition pure et simple des solutions préconisées par la Convention ne sera toutefois pas toujours possible dans ces matières, car les techniques de rattachement utilisées par les directives, notamment en ce qui concerne la protection de la partie faible, sont loin d'être comparables (voy. *infra* n° 489 et ss.). Enfin, il est des cas où le silence des directives pourrait s'interpréter comme un rejet des solutions prévues par la Convention (dépeçage, moment du choix¹⁶⁵). Ces questions particulières seront résolues au fur et à mesure qu'elles se présentent.

On s'en tiendra pour l'instant au principe général qui implique l'interdiction de déroger à des solutions spécifiquement consacrées par les directives à propos des contrats d'assurance. Ainsi, on ne pourrait à notre avis introduire dans le règlement des conflits de lois prévu par les directives par le biais du renvoi aux règles générales, les solutions qui découlent de l'article 17 de la Convention de Rome à propos des contrats de consommation. Le besoin de protection de l'assuré est en effet pris en compte par les règles de conflit communautaires suivant une technique différente. Il ne peut être question de recourir à la Convention de Rome pour modifier le règlement du conflit de lois dans un sens plus favorable au consommateur¹⁶⁵. Le renvoi aux règles générales de droit international privé des Etats membres ne pourrait pas davantage servir à combler les lacunes rencontrées ci-dessus suscitées par la délimitation du champ d'application des règles de conflit communautaires. Il ne serait d'ailleurs d'aucune utilité en cette matière, puisqu'il s'agit de plusieurs systèmes de droit international privé¹⁶⁶.

CONCLUSION DU TITRE II

118. L'examen du domaine des règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance a permis de mettre à jour les relations que ces règles entretiennent avec d'autres systèmes de droit international privé. Ces relations s'analysent tantôt en termes de

¹⁶⁴ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 5, p. 65; A. PHILIP, «Private international law of insurance in Denmark and the European Communities», in *Festkrif K. Grönfors*, Särtryck, Norstedts, p. 351.

¹⁶⁵ *Contra* la doctrine allemande qui admet le recours à l'article 29, § 1 et § 3 de l'EGBG, mais non aux § 2 et 4, V. HAHN, *op. cit.*, note 5, p. 11; P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 5, p. 83; F. REICHERT-FACILIDES, «Gesetzesvorschlag zur Neuregelung des deutschen Internationalen Versicherungsvertragsrecht», *VersR.*, 1993, p. 1179; S. IMBUSCH, *op. cit.*, note 30, p. 1064.

¹⁶⁶ I.D. WAGENAAR, *op. cit.*, note 1, p. 612.

coexistence, puisque leur champ d'application est limité d'un point de vue spatial, matériel et temporel, soit en termes de complémentarité, puisqu'elles ne prétendent pas fournir une solution à toutes les questions de droit international privé susceptibles de se poser à propos des contrats internationaux d'assurance.

119. Contrairement à la pratique internationale récente, les règles de conflit de lois propres au contrat d'assurance ont un domaine d'application dans l'espace limité, en ce sens qu'elles ne sont applicables que si certains facteurs territoriaux, en l'occurrence le risque et l'établissement de l'assureur, sont localisés sur le territoire de la Communauté. On a démontré que cette anomalie pouvait être attribuée à l'insertion des règles de conflit de lois dans une norme de droit communautaire destinée à faciliter l'exercice de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services. Le fondement juridique des directives LPS vie et non-vie a en effet contraint les autorités communautaires à limiter le champ d'application des règles de conflit de lois aux situations entretenant un lien suffisamment étroit avec l'ordre juridique communautaire.

Cette constatation est importante pour le droit international privé et pour le droit communautaire car elle condamne les règles de conflit destinées à faciliter l'exercice d'une liberté consacrée par le Traité à un régionalisme, peu compatible avec la conception universaliste de la règle de conflit. Cette tendance se trouve encore renforcée lorsque ce sont les mêmes critères territoriaux qui servent au rattachement du contrat, car la solution du conflit de lois aboutira dans ce cas, la plupart du temps, à la désignation de la loi d'un Etat membre. Si le fondement de la compétence des autorités communautaires a une incidence directe sur le domaine d'application spatial des règles de conflit insérées dans la norme communautaire, cette influence ne va toutefois pas, à notre avis, jusqu'à imposer que le domaine des règles de conflit en question soit calqué exactement sur celui des libertés qu'elles servent à promouvoir. Un lien de rattachement significatif à l'ordre juridique communautaire devrait suffire à justifier l'intervention des autorités communautaires, dès lors qu'il est établi que les divergences existant entre les lois de droit privé des Etats membres ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun.

Le choix de la directive comme source de réglementation uniforme peut avoir des incidences curieuses à cet égard. On a constaté en effet que les lois nationales de transposition avaient le plus souvent effacé l'un des deux critères servant à la définition du champ d'application spatial des règles de conflit, celui du lieu d'établissement de l'assureur. En cette matière, la liberté dont bénéficient les Etats membres au moment de la transposition des directives est profitable, puisqu'elle permet de réduire le morcellement des systèmes de droit international privé, mais on verra qu'elle peut aussi remettre

56.

gravement en cause l'objectif d'uniformisation des solutions de conflit de lois dans les Etats membres. Le choix de la directive comme technique d'uniformisation devra donc être réexaminé de ce point de vue.

120. L'incorporation des règles de conflit dans des directives communautaires destinées à l'intégration des réglementations administratives de contrôle exerce aussi une influence, certes plus sournoise, mais néanmoins réelle sur la méthode des qualifications en droit international privé. La définition des catégories de rattachement tend à obéir en effet à des considérations de droit administratif et non de droit privé. Le contenu des concepts d'assurance vie et d'assurance non-vie dépend clairement de la classification des risques en branches et se détache des classifications contractuelles traditionnelles. Une fois encore, la liberté dont dispose les Etats membres lors de la transposition permet le retour à une certaine orthodoxie dans la définition des catégories, mais elle introduit aussi des divergences dans les solutions adoptées par les différents Etats membres. Si cette influence du droit administratif sur le droit international privé est théoriquement critiquable, elle ouvre néanmoins la voie, par le mécanisme du renvoi préjudiciel, à une qualification réellement communautaire.

121. Si ce n'est qu'elle participe aussi à la coexistence de systèmes différents de droit international privé, la définition du domaine temporel ne fournit guère d'enseignement concernant les influences du droit communautaire sur le droit international privé, pour la simple raison que les directives s'en désintéressent. Le choix de la directive, comme source de la réglementation des conflits de lois, a néanmoins une incidence directe sur son entrée en vigueur. En l'absence d'effet direct, la nécessité d'un acte de transposition dans chaque ordre juridique national entraîne en effet un éparpillement dans le temps de l'entrée en vigueur de la réglementation en question.

122. A côté de la distribution horizontale des situations internationales d'assurance entre plusieurs systèmes de droit international privé, il faut noter également un effet de complémentarité entre ces systèmes, rendu inévitable par l'affinement progressif des catégories de rattachement. Les directives ne s'y opposent pas, bien au contraire, puisqu'elles organisent explicitement ce renvoi aux règles générales, sans préciser cependant ni son objet, ni sa portée. Cette incertitude risque elle-même de donner lieu à des interprétations et donc à des solutions divergentes dans les Etats membres, encore que la question puisse être uniformément résolue en faveur de l'application des règles issues de la Convention de Rome.