

TITRE III  
LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE  
FACE AUX REGLES DE POLICE ET  
A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

**529.** Les développements qui précèdent ont permis d'approcher les notions de règles impératives et d'ordre public du point de vue de la théorie générale du droit international privé. Sur cette base, il a été possible d'exclure de la catégorie des lois de police un certain nombre de règles dont l'objet est de préserver l'équilibre de la relation contractuelle et dont l'application ne peut dépendre que de la règle de conflit de lois applicable au contrat d'assurance.

Après avoir opéré une définition fonctionnelle des règles de police et de l'ordre public, il importe maintenant de tenter d'en donner un contenu positif en droit de l'assurance. Cette démarche, il faut en convenir, est assez aléatoire au vu du caractère technique et fonctionnel de ces mécanismes en droit international privé. Elle est cependant indispensable car le contrat d'assurance ne peut se satisfaire de l'insécurité et de l'imprévisibilité propres à l'intervention des règles impératives et de l'ordre public dans les relations internationales.

Afin d'éclairer la pratique, on tentera tout d'abord d'identifier les lois de police qui pourraient réclamer leur application indépendamment de la loi applicable au contrat (ChapitreII). On essaiera ensuite de cerner les règles de la loi étrangère dont les effets pourraient être évincés par le recours à l'exception d'ordre public (ChapitreIII).

**CHAPITRE I.**  
**LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE**  
**FACE AUX LOIS DE POLICE**

**530.** L'examen auquel nous avons procédé a permis de réduire considérablement le nombre des règles de droit interne relatives au contrat d'assurance qui peuvent prétendre à la qualification de lois de police, et, par la même occasion, de minimiser l'effet perturbateur que ces lois ont inmanquablement sur le règlement du conflit de lois.

L'on sait que le caractère fonctionnel des lois de police fait obstacle à toute tentative de délimitation précise et définitive. En l'absence de critères expressément définis, il appartient en principe au juge d'apprécier si les objectifs poursuivis par la loi sont suffisamment importants pour justifier son application immédiate, et, si oui, de dégager son domaine d'application dans l'espace de sa teneur et de son but. On perçoit facilement qu'une méthode aussi casuiste risque de mettre en péril la sécurité des opérations d'assurance. C'est pourquoi, il n'est pas interdit, tout en restant conscient des limites d'une telle analyse, de dégager, au départ d'une vision globale des droits des différents Etats membres, quelques règles dont la nature et les objectifs paraissent correspondre aux caractéristiques des lois de police.

On se contentera dans un premier temps de les énumérer (Section□) pour en dégager ensuite les modalités de mise en œuvre à la lumière des dispositions spécialement consacrées aux lois de police dans les articles□ de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie (Section□).

## **SECTION 1. IDENTIFICATION DES LOIS DE POLICE EN MATIERE D'ASSURANCE**

**531.** Parmi les lois de police, on peut distinguer abstraitement les lois ou les règles qui prennent directement pour objet les rapports qui naissent de l'assurance (§□), de celles qui n'ont ni pour objet ni pour but d'intervenir dans de tels rapports, mais qui, néanmoins, peuvent exercer une influence sur le contrat et les obligations qui en découlent (§□) (lois de contrôle des activités d'assurance, lois de police monétaire, lois sur les clauses abusives, lois interdisant l'exportation de certains biens□.). Les lois qui font partie de cette seconde catégorie peuvent être qualifiées de «lois de police périphériques□. Cette distinction peut paraître artificielle, mais on lui trouvera un intérêt pratique, lorsqu'on sera confronté aux problèmes généraux de mise en œuvre des lois de police dans le secteur de l'assurance.

### § 1. LOIS DE POLICE RELATIVES A L'ASSURANCE

2.

## A. Les lois qui imposent une obligation d'assurance ou des garanties obligatoires

**532.** *Lois imposant une obligation d'assurance.* Les lois ou les règlements qui imposent une obligation d'assurance satisfont assurément au degré d'impérativité requis des lois de police en droit international privé. Sujettes il est vrai à des préoccupations diverses, elles constituent l'expression d'un intérêt collectif jugé suffisamment important pour uniformiser certains aspects de la couverture d'assurance sur l'ensemble du territoire national en dérogeant au principe général de la liberté des conventions<sup>1</sup>

La liberté de contracter étant écartée au profit d'une obligation de contracter, la règle de conflit de lois fondée sur le libre choix de la loi applicable, qui en est le prolongement en droit international privé, perd, elle aussi, toute légitimité. Dans une analyse purement fonctionnelle, la qualification de lois de police s'impose car la règle de conflit normalement applicable en matière contractuelle est manifestement inapte à prendre en compte les intérêts collectifs poursuivis par la loi imposant l'obligation d'assurance. On comprendrait d'ailleurs mal que l'applicabilité de cette loi puisse dépendre de la désignation de la loi contractuelle lorsque celle-ci résulte du choix des parties.

Comme les lois d'assurance obligatoire ont généralement une assise territoriale, elles peuvent également être appréhendées sous l'angle du statut des lois de police et de sûreté, tout au moins dans les pays qui connaissent cette notion et qui acceptent de lui donner un contenu extensif, comme en Belgique (voy. *supra* n°446 et ss.). Encore faut-il préciser le critère territorial utilisé par ces lois au départ d'une analyse du contenu et des objectifs qu'elle poursuit. Comme elles sont généralement inspirées d'un but de protection de l'intégrité des personnes ou des biens, le critère dépendra généralement de la localisation du fait générateur de l'obligation d'assurance sur le territoire national.

Comme les assurances obligatoires font l'objet, dans la directive LPS non-vie du 22 juin 1988, d'un traitement distinct tant en droit administratif qu'en droit international privé, nous les aborderons dans un titre séparé (voy. *infra* titreIV).

**533.** *Lois imposant des garanties obligatoires.* Il existe en droit des assurances des règles impératives qui, sans créer à proprement parler une obligation d'assurance, imposent

---

<sup>1</sup> Voy. H. de RODE et M. FONTAINE, *Les assurances obligatoires dans les pays de l'OCDE*, Etude réalisée à la demande de l'OCDE, non encore publiée. Parmi les motifs qui peuvent légitimement justifier le recours à l'assurance obligatoire, ces auteurs identifient l'existence d'un risque grave et suffisamment généralisé pour représenter un problème social important, l'existence d'un risque d'une intensité particulière même s'il est moins répandu ou le souci d'accompagner un régime de responsabilité renforcée.

dans certains contrats conclus librement par le preneur (assurance multirisques habitation, assurance maladie<sup>2</sup>), la couverture de certains risques déterminés (garantie des attentats, émeutes, conflits de travail, tempêtes, catastrophes naturelles) en fixant accessoirement l'étendue des garanties (limites en montants, exclusions de risque<sup>3</sup>).

Ces règles traduisent clairement la volonté du législateur de collectiviser certains risques sur le territoire national afin de diminuer le coût de leur prise en charge dans l'intérêt public et d'éviter l'antisélection. Elles participent de la catégorie des lois de police pour des raisons assez similaires à celles qui ont été développées à propos des lois d'assurance obligatoire. Elles présentent en effet un degré d'impérativité supérieur à de simples règles impératives auxquelles il n'est pas permis de déroger par contrat et peuvent à ce titre prévaloir sur la règle de conflit de lois normalement applicable à la matière.

De la même façon que pour les assurances obligatoires, on peut croire que le critère spatial qui se dégagera de l'analyse de la teneur et du but de ces lois sera de nature territoriale, probablement celui du lieu du risque, critère qu'il nous appartiendra de préciser à la lumière des textes consacrés aux lois de police dans les directives communautaires (voy. *infra* n°37 et ss.).

## **B. Règles d'ordre public issues du droit du contrat d'assurance**

**534.** On a dit qu'il convenait de se méfier d'une transposition pure et simple de l'ordre public au sens du droit interne sous le couvert des lois de police. Cette prudence est de mise lorsqu'on cherche à identifier les règles d'ordre public au sens du droit interne de l'assurance.

Des règles touchant à l'ordre public sont évidemment présentes dans le droit du contrat d'assurance. Ces règles s'organisent autour de quelques principes fondamentaux généralement partagés par l'ensemble des Etats membres. Elles s'inspirent principalement du souci d'éviter que l'assurance puisse être utilisée comme une source d'enrichissement par l'assuré ou qu'elle soit dénaturée en un simple jeu ou pari. D'autres règles inspirées

---

<sup>2</sup> Voy. en France, la garantie « attentats et actes de terrorisme » rendue obligatoire dans les assurances de biens depuis la loi du 9 septembre 1986 et le régime juridique de l'assurance des risques de catastrophes naturelles prévu par les articles 125-1 et suiv. du Code des assurances. Dans le sens de la qualification de lois de police, voy. A.F. LOGEZ, *L'Europe de la liberté d'établissement et de prestation de services*, Paris, L'Argus, 1991, p. 24; J. RIPOLL, « Les conflits de lois en matière de droit des assurances », *R.G.A.T.*, 1992, p. 91; J. BIGOT, « L'internationalisation du droit des assurances », in *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 66. En Belgique, dans le secteur des risques simples, la garantie conflits du travail et attentats et la garantie de la tempête accompagnent nécessairement la souscription de la garantie incendie et périls connexes (voy. les arrêtés royaux du 24 décembre 1992 et du 14 mars 1995).

également de préoccupations d'ordre public visent à interdire la couverture des risques immoraux ou illicites.

## 1. *Le principe indemnitaire et ses conséquences*

**535.** *Ordre public international ou loi de police.* Le principe indemnitaire impose que la prestation versée par l'assureur soit limitée au préjudice réellement subi par l'assuré. Si tel n'était pas le cas, celui-ci pourrait tirer un enrichissement de l'assurance, ce qui ne manquerait pas d'encourager les sinistres volontaires.

Le principe indemnitaire est un principe fondamental du droit de l'assurance partagé par tous les Etats membres. Il trouve des expressions spécifiques dans les règles légales ou jurisprudentielles applicables en cas de surassurance ou de cumul d'assurances (assurances multiples). Si toutes les lois posent clairement le principe de la limitation de l'indemnité au préjudice réellement subi, les modalités qui l'assortissent varient toutefois largement d'un Etat à l'autre<sup>3</sup>. Ainsi les sanctions de la surassurance peuvent dépendre de la bonne (indemnisation à concurrence de la valeur assurable) ou de la mauvaise foi du preneur (nullité). De même, la répartition de l'indemnité compensant le préjudice subi entre les différents assureurs en cas d'assurances multiples répond à des règles différentes suivant les pays (solidarité des assureurs à l'égard de l'assuré, répartition proportionnelle de l'indemnité entre les différents assureurs en fonction des montants garantis, répartition successive à partir du contrat premier en date<sup>4</sup>).

Sous l'angle du droit international privé, il ne semble pas nécessaire de qualifier les règles relatives à la surassurance ou aux assurances multiples de règles de police<sup>5</sup>. Le recours à la notion d'ordre public international dans son acception négative nous paraît mieux adapté. Le juge limiterait ainsi son contrôle à l'atteinte portée par la règle étrangère aux conceptions économiques et morales fondamentales du for en tenant compte de toutes les modalités qui l'assortissent et qui sont peut être propres à éviter le danger des sinistres volontaires.

---

<sup>3</sup> Voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES (C.E.A.), *CEE - Les droits du contrat d'assurance*<sup>3</sup> mai 1990, n°15 et 18; INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Droit du contrat d'assurance dans les Etats membres de la Communauté européenne (assurance non-vie)*, août 1993.

<sup>4</sup> En ce sens, V. HAHN, *Die "europäischen" Kollisions-normen für Versicherungsverträge*, VVW Karlsruhe, 1992, p. 104 et p. 115; P. BIAGOSCH, *Europäische Dienstleitungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht*, VVW Karlsruhe, 1992, pp.10-211. *Contra* F. REICHERT-FACILIDES, «Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrechts», *IPRax*, 1990, p.12; A.D. SCHNYDER, «Vertragsfreiheit im nationalen und internationalen Versicherungsrecht der Schweiz», *R.S.A.*, 1994, p. 106, qui considèrent les règles relatives à la double assurance et à la surassurance dolosives comme des lois de police (art.11 III, et 59 III VVG).

L'éviction de la loi étrangère s'imposerait sans doute si celle-ci admettait ou permettait contrairement à la loi du for, que l'assurance puisse constituer une source de profit pour l'assuré<sup>5</sup>. Posée en des termes aussi nets, l'hypothèse est toutefois peu vraisemblable, en tout cas dans les relations entre Etats membres. En revanche, il ne pourrait être question de soulever l'exception d'ordre public si la loi étrangère, tout en consacrant le principe indemnitaire, assurait son respect par des modalités différentes de celles de la loi du for<sup>6</sup>. La loi contractuelle reprend son empire dès lors qu'elle garantit à suffisance la correspondance entre l'indemnité et le préjudice réellement subi, sans créer une incitation aux sinistres volontaires.

**536.** Il ne faut pas perdre de vue en effet que le principe indemnitaire connaît des atténuations dans la plupart des Etats membres<sup>7</sup> ainsi la plupart d'entre eux admettent la validité des clauses de reconstruction du bien détruit en valeur à neuf (c'est-à-dire sans déduction de la vétusté) ou des clauses en valeur agréée (valeur convenue entre les parties et sur laquelle celles-ci acceptent, sauf exceptions, de ne pas revenir au moment du sinistre). La reconnaissance de la validité de ces clauses est assortie de conditions qui permettent d'écarter ou de limiter le risque de sinistre volontaire (déduction obligatoire de la vétusté lorsque celle-ci dépasse un certain pourcentage de la valeur assurée, obligation d'affecter l'indemnité à la reconstruction ou à la reconstitution du bien<sup>8</sup>.) et qui devraient donc trouver grâce aux yeux du juge du for<sup>9</sup>.

Alors que la méthode des lois de police aurait inmanquablement pour conséquence de substituer intégralement aux règles de la *lex causae* celles qui toucheraient de près ou de loin au principe indemnitaire et qui feraient partie de l'ordre juridique du for ou éventuellement d'un pays tiers, l'exception d'ordre public au sens du droit international privé a un effet plus mesuré. Elle ne conduirait à l'éviction de la loi étrangère que si le juge devait estimer que les conditions et les limites prévues par cette loi ne suffisent pas à écarter le danger des sinistres volontaires et qu'elles heurtent par conséquent les conceptions fondamentales du for qui, par hypothèse, n'autoriserait pas de tels accommodements (voy. *infra* n°66)<sup>10</sup>. Le principe indemnitaire étant sauf et les exceptions convenablement réglementées, les modalités et les sanctions de la surassurance

<sup>5</sup> En ce sens en droit allemand à propos de l'article 5 VVG, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 208 à 210.

<sup>6</sup> *Contra* en droit allemand à propos des articles 11 III et 59 III VVG, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 210-211, mais sur la base d'une transposition immédiate de l'ordre public en droit interne.

<sup>7</sup> Voy. cependant K.H. BASEDOW, *Le droit international privé des assurances*, Collection d'études sur le droit des assurances, t. XX, Paris, L.G.D.J., 1939, p. 168, n° 75 qui estime que la notion d'ordre public pourrait donner au juge la possibilité d'invalidier la clause en valeur agréée admise par la loi contractuelle. Egalement dans ce sens K.H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *R.C.D.I.P.*, 1958, p. 66, qui estime que la règle allemande empêchant de convenir de la valeur de l'intérêt inséré par une clause valeur agréée serait une règle d'application immédiate dès lors que le bien assuré se trouve en Allemagne.

<sup>8</sup> Comp. K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 164, n° 71.

<sup>9</sup>

<sup>6</sup>

de bonne ou de mauvaise foi et des assurances multiples devraient par exemple être normalement empruntées à la loi qui régit le contrat au fond.

La tentation de recourir à l'ordre public international pour évincer la loi étrangère sera sans doute plus grande lorsque la règle étrangère admet des exceptions au principe indemnitaire que la loi du for ne connaît pas (assurance du profit espéré, assurance en valeur à neuf, en valeur agréée, assurance des dommages et intérêts punitifs<sup>9</sup>). Ces exceptions étant accompagnées de conditions légales et de modalités propres à écarter le danger des sinistres volontaires, l'intervention de l'ordre public international ne se justifierait que si le for devait estimer que ces conditions et modalités sont insuffisantes<sup>10</sup>

**537.** *Assurances multiples.* La diversité des règles de répartition de l'indemnité entre les assureurs en cas d'assurances multiples contractées de bonne foi peut donner lieu à des conflits de lois extrêmement délicats. En raison du principe indemnitaire, qui est selon nous d'ordre public international, il est certain que la prestation des assureurs ne pourra jamais dépasser le montant du préjudice subi. Ceci étant admis, la répartition de l'indemnité entre les différents assureurs devrait relever, en revanche, du domaine de la loi contractuelle.

Dans la Communauté européenne, ces règles peuvent être classées en quatre catégories. Les lois les plus modernes instaurent *un régime de solidarité* entre les différents assureurs donnant à l'assuré la possibilité de revendiquer l'indemnité à l'assureur de son choix, dans les limites de la garantie<sup>11</sup>. La répartition a lieu ensuite entre les assureurs au prorata des montants assurés par chacun d'eux ou par parts égales s'il n'est pas possible de fixer la valeur de l'intérêt assuré. Sans ouvrir à l'assuré le choix de l'assureur, le *système du prorata* adopté par d'autres législations impose la répartition proportionnelle de l'indemnité dans les limites du préjudice subi et au prorata des montants assurés<sup>12</sup>. Un troisième système consiste à répartir l'indemnité selon *l'ordre des dates de souscription* à partir du contrat le plus ancien. Pour les contrats souscrits à la même date,

---

<sup>9</sup> Comp. K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 169, n°75 et 176. A propos de l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs aux Etats-Unis, voy. J.T. ELSEMER et B. FORSSBERG, «Choice of law in insurance coverage disputes», *Int. Ins. L.R.*, 1995, p. 135 commentant *Zurich Insurance Co v. Shearson Lehman Hutton Inc.* La décision s'appuie sur la notion d'ordre public (*public policy*) pour appliquer la loi de l'Etat de New-York qui pose le principe de l'inassurabilité des dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*).

<sup>10</sup> *Loi allemande*, art. 59 VVG; *loi belge* du 25 juin 1992, art.25; *code français des assurances*, art.11.121-4; *loi danoise*, S41 à 44; *code civil italien*, art. 1913; *loi anglaise*, *Marine Insurance Act 1906*, S.32 et 80; pour les assurances non maritimes, la répartition de l'indemnité est laissée à la liberté des conventions; à défaut de stipulation expresse, le preneur est libre de choisir l'assureur auquel il réclamera l'indemnité.

<sup>11</sup> *Loi espagnole*, art.32.

la répartition a lieu au prorata des montants assurés<sup>12</sup>. Enfin, certaines lois ne comportent aucune disposition spécifique à ce sujet et laissent la matière à la *liberté des conventions*<sup>13</sup>.

Vu la diversité des régimes d'indemnisation, on mesure les difficultés qui peuvent naître si les assurances multiples souscrites par les mêmes parties relatives à un même risque et à un même intérêt d'assurance pour une même période de garantie sont soumises à des lois différentes. Quelle loi conviendra-t-il d'appliquer<sup>14</sup> Remarquons tout d'abord que l'harmonisation des règles de conflit de lois relatives au contrat d'assurance dans la Communauté devrait permettre de raréfier ces conflits, car les contrats couvrant un même risque et un même intérêt d'assurance seront en principe soumis à la même loi. Ce ne sera cependant pas toujours le cas, ne fût-ce que parce que les parties ont dans certaines hypothèses le choix de la loi applicable. Que se passera-t-il, si les contrats d'assurance sont soumis à des lois différentes prévoyant des règles de répartition différentes (solidarité, proportionnalité, antériorité)<sup>15</sup>

La question nous paraît devoir être résolue en deux temps<sup>16</sup> il faut tout d'abord distinguer les rapports entre l'assureur sollicité et l'assuré d'une part et les relations entre les différents assureurs d'autre part. Sous le premier aspect, il paraît certain que l'intervention de l'assureur à l'égard de son assuré ne peut être régie que par la loi régissant le contrat qui les lie réciproquement. S'il veut obtenir le paiement intégral de l'indemnité, l'assuré sera donc bien inspiré en s'appuyant sur un contrat régi par une loi qui prévoit un régime de solidarité ou en sollicitant l'assureur ayant souscrit le contrat le plus ancien si la loi qui régit ce contrat connaît un régime d'antériorité. Si l'assuré a été indemnisé proportionnellement conformément à la loi régissant le contrat d'assurance, rien ne paraît s'opposer à ce qu'il puisse recourir contre d'autres assureurs tenus par un régime de solidarité pour obtenir le solde.

**538.** Les difficultés naissent à l'approche du recours contributoire. L'admissibilité de ce recours paraît aussi dépendre de la loi régissant le contrat sur la base duquel l'assureur a indemnisé l'assuré<sup>17</sup>.

Cette solution est conforme au rattachement des règles relatives à la subrogation (voy. *supra* n°<sup>18</sup>66 et ss.). Ceci signifie par exemple que l'assureur intervenu dans le cadre

<sup>12</sup> *Code de commerce portugais*, art.<sup>19</sup>33; *loi luxembourgeoise* de 1891, art.<sup>20</sup>1, la réforme en cours le remplacera par un régime de solidarité inspiré du système belge; *code de commerce grec*, art.<sup>21</sup>00; la *loi néerlandaise* prévoit un tel régime dans son état actuel, mais la réforme en cours le remplacera par un régime de solidarité entre les assureurs.

<sup>13</sup> *L'Irlande et l'Angleterre* pour les assurances terrestres.

<sup>14</sup> Comp. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, JCB Mohr/Tübingen, 1985, p.<sup>22</sup>42.

d'un système d'antériorité ou de proportionnalité n'aura aucun recours contre les autres assureurs. En revanche, un assureur intervenu dans le cadre d'un système de solidarité disposera d'un recours contributoire contre les autres assureurs conformément à la loi qui régit son contrat. La nature contributoire de ce recours lui impose cependant une limite : la contribution ne pourra être demandée à un autre assureur que si celui-ci était lui-même tenu d'intervenir, en tout ou en partie, dans l'indemnisation, en vertu de son propre contrat et de la loi qui le régit. Ainsi, un assureur tenu solidairement disposera d'un recours contributoire contre un autre assureur tenu solidairement ou même contre un assureur tenu proportionnellement dans le cadre d'un système de prorata, dans la limite du montant dont il est redevable<sup>15</sup>.

Par contre, il n'aura aucun recours contre un assureur qui n'aurait été tenu à rien à l'égard de l'assuré dans le cadre d'un régime d'antériorité, à défaut d'être le premier assureur en date. L'absence de recours contributoire s'explique dans cette hypothèse par le fait que l'assureur *solvens* n'a pu payer au nom et pour le compte d'un assureur qui n'était pas tenu à l'égard de l'assuré d'après la loi applicable à son contrat. C'est en ce sens apparemment qu'il conviendrait de comprendre l'article 59 I VVG selon lequel, si l'une des assurances est régie par un droit étranger, l'assureur auquel le droit étranger est applicable ne peut réclamer contre l'autre la répartition proportionnelle des charges, que dans la mesure où il est lui-même obligé de la supporter aux termes du droit qui le régit. Que se passerait-il, à l'inverse, si l'assureur tenu solidairement recourait contre l'assureur premier en date lié, quant à lui, par un régime d'antériorité<sup>16</sup> ? Dans cette hypothèse, la logique des principes énoncés ci-dessus voudrait que le recours s'exerce pour le tout contre l'assureur premier en date<sup>17</sup>.

Cet assureur est donc certainement le plus mal loti dans le cadre des différents systèmes de répartition puisqu'il pourra toujours être tenu au paiement de l'intégralité de l'indemnité sans recours contributoire. Cette observation fait apparaître l'utilité d'une convention internationale entre assureurs qui réglerait les problèmes de répartition de l'indemnité en cas d'assurances multiples soumises à des lois différentes.

**539.** *Assurances indemnitaires ou forfaitaires.* Une question sans doute aussi délicate naît du fait que le principe indemnitaire ne trouve normalement à s'appliquer qu'aux assurances elles-mêmes qualifiées d'« indemnitaires » par opposition aux assurances dites « forfaitaires ». Lorsque ces assurances font l'objet d'une définition légale, les critères utilisés peuvent varier d'un Etat à l'autre<sup>17</sup>. Or, ces définitions peuvent être inspirées de

<sup>15</sup> En ce sens K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 154, n° 164.

<sup>16</sup> En ce sens K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 152, n° 161.

<sup>17</sup> En Belgique, par exemple, la loi du 25 juin 1992 confère, de manière impérative, un caractère forfaitaire aux assurances sur la vie (art. 197). En revanche, elle laisse le soin aux parties de déterminer le caractère

motifs d'ordre public, car la possibilité pour l'assuré de cumuler les prestations provenant de contrats d'assurance différents ainsi que le droit de l'assureur de se subroger dans les droits de son assuré en dépendent. On hésitera cependant à ranger cette classification dont les critères sont souvent très subtils et laissent place à une large appréciation, parmi les règles de police dont l'application devrait prévaloir sur la loi contractuelle étrangère. Si cette loi qualifie de forfaitaire une assurance qualifiée d'indemnitaire par la *lex fori*, ou l'inverse, un recours à l'ordre public international au sens du droit international privé n'est toutefois pas à exclure, pourvu que l'application de la *lex causae* paraisse manifestement incompatible avec l'ordre public du for. Ceci ne saurait être qu'exceptionnel, d'autant que ces questions ne se posent généralement qu'à propos des assurances de personnes, où les sinistres volontaires sont moins à craindre<sup>18</sup>.

Il n'est donc pas certain que la règle étrangère qui retiendrait une solution différente de celle de la *lex fori* puisse être considérée comme heurtant manifestement les conceptions morales, économiques ou sociales fondamentales du for. Si c'était néanmoins le cas, les conséquences juridiques qu'il conviendrait d'en tirer sur le plan du cumul des prestations et de la subrogation dépendrait de l'étendue de l'effet de substitution de la *lex fori* à la loi du contrat (voy. *supra* n° 476).

## 2. *L'interdiction de la couverture de la faute intentionnelle et de la faute grave*

**540.** *La couverture de la faute intentionnelle.* L'interdiction de la couverture des sinistres résultant d'une faute intentionnelle de l'assuré est un principe consacré par tous les Etats membres. Outre son aspect moralisateur, elle vise à lutter contre les sinistres volontaires et participe, à ce titre, de l'ordre public au sens du droit interne. On observera cependant que l'exclusion de la couverture de la faute intentionnelle de l'assuré est rarement un principe absolu. Celui-ci connaît des accommodements d'origine légale dans le droit de plusieurs Etats membres. Certaines lois admettent par exemple la couverture de la faute intentionnelle des préposés de l'assuré ou de la faute intentionnelle des mineurs<sup>19</sup>.

Pour les mêmes raisons que celles énoncées ci-dessus, sous l'angle du droit international privé, il semble que le mécanisme de l'exception d'ordre public doive ici être préféré à la méthode des lois de police (voy. *infra* n° 67). S'agissant d'un principe général

---

forfaitaire ou indemnitaire des autres contrats d'assurance de personnes (art. 36). En France, par contre, l'article 17 de la loi du 31 décembre 1989 (*loi Evin*) renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques consacre le caractère indemnitaire de l'assurance de remboursement des frais médicaux.

<sup>18</sup> En faveur de l'application de la *lex causae* à cette question, voy. V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 114-115.

<sup>19</sup> Voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES (C.E.A.), *CEE - Les droits du contrat d'assurance*, mai 1990, n° 6.

commun à tous les Etats membres, ce contrôle devrait se limiter à la contrariété manifeste avec les conceptions fondamentales du for. Cette contrariété devrait, elle-même, être exceptionnelle dès lors que le principe de base est commun aux droits de tous les Etats membres et qu'on a peine à imaginer un droit qui autoriserait de façon générale et illimitée la couverture de la faute intentionnelle de l'assuré.

Les exceptions reconnues par une loi étrangère à l'exclusion de principe de la faute intentionnelle méritent sans doute un examen plus attentif quant à leur compatibilité avec l'ordre public international, mais celles qui ont été citées ne prêtent pas le flanc à la critique. Il est peu probable en effet que les conceptions morales ou sociales fondamentales du for soient heurtées par des exceptions aussi limitées. L'ordre public international ne paraît pas s'opposer non plus à ce que la faute intentionnelle soit légalement tenue pour inopposable à la victime agissant par voie d'action directe, pour autant qu'un recours en remboursement soit ouvert à l'assureur contre son propre assuré après indemnisation de la victime (sur la loi applicable à l'action directe et à l'action récursoire voy. *infra* n°□) L'application de la *lex causae* à la notion de faute intentionnelle, à ses conditions et ses conséquences, pourrait ainsi, dans la plupart des cas, être confirmée.

**541.** *La couverture de la faute grave.* Le caractère d'ordre public de l'interdiction de couvrir la faute grave de l'assuré a suscité diverses hésitations en droit interne, encore que la question soit actuellement résolue par la négative dans la législation de la plupart des Etats membres. Un examen de droit comparé révèle que la couverture de la faute grave est soit exclue de la couverture moyennant l'admission de la clause contraire, soit admise moyennant le respect de certaines conditions relatives à la formulation de l'exclusion□. Dans ce dernier cas, la loi interdit par exemple les clauses générales et impose une énumération précise et limitative des négligences tenues pour des fautes graves. Dans les deux hypothèses, il apparaît clairement que l'interdiction de couvrir la faute grave perd son caractère d'ordre public en droit interne. Dès lors, l'exclusion de la faute grave, dans ses conditions de fond et ses conséquences, devrait dépendre exclusivement de la loi contractuelle (sur la loi applicable aux conditions de forme et à la charge de la preuve, voy. *supra* n°□19 et ss.).

On ne peut exclure cependant une réaction défensive du for, si sa propre loi considère la couverture de la faute grave comme contraire à l'ordre public. Dans cette hypothèse, l'ordre public international est un mécanisme mieux adapté que la méthode des lois de police pour juger de l'opportunité de l'éviction de la loi étrangère.

---

<sup>20</sup> Voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES, *ibid.*

### 3. *L'exigence d'un intérêt d'assurance - l'interdiction du jeu et du pari*

**542.** L'intérêt d'assurance peut être défini comme l'intérêt que détient l'assuré à ce que le sinistre ne se réalise pas. L'intérêt d'assurance est considéré par certains Etats membres comme une condition de validité du contrat. A ce titre, la question devrait en principe relever de la loi qui régit le contrat d'assurance au fond (voy. *supra* n°13 et ss.). Comme son objectif est d'éviter les sinistres volontaires ou le *votum mortis* et qu'elle permet en outre de prévenir la dénaturation de l'assurance en un simple jeu ou en un pari, cette condition participe également, sous certains aspects, de l'ordre public au sens du droit interne. Certaines autorités judiciaires ou administratives pourraient donc être tentées d'y voir une règle de police.

En droit comparé, l'exigence d'un intérêt d'assurance est tantôt formulée comme une condition générale de validité du contrat d'assurance, tantôt se traduit dans des règles particulières. La règle légale qui impose, dans le cas d'assurances de personnes, que le consentement écrit de la tête assurée, qui ne serait ni le preneur ni le bénéficiaire, soit rapporté au moment de la conclusion du contrat, s'inspire par exemple du souci d'éviter le *votum mortis* et peut être rapprochée, à ce titre, de l'exigence d'un intérêt d'assurance.

Une fois encore, il faut considérer, à notre avis, qu'en tant que principe de base du droit du contrat d'assurance, l'exception d'ordre public au sens du droit international privé devrait suffire à garantir les intérêts fondamentaux du for sans qu'il soit nécessaire de conférer aux diverses règles qui l'expriment la valeur de règles de police (voy. *infra* n°68)<sup>21</sup>. On préserve ainsi la compétence normale de la loi contractuelle pour régir les conditions de validité du contrat d'assurance. L'exception d'ordre public n'aurait matière à être soulevée en ce domaine que si cette loi autorisait la conclusion de contrats d'assurance dans lesquels le preneur n'aurait aucun intérêt à ce que le risque ne se réalise pas. Dans une telle hypothèse, qui ne sera guère fréquente, le juge du for n'aurait d'autre choix que de refuser toute efficacité à ce contrat, à condition toutefois que la situation visée présente un rattachement suffisant avec la *lex fori*. Une réserve doit toutefois être formulée à propos des règles particulières dont l'objet est de protéger du *votum mortis* la tête assurée, ou toute autre partie non contractante. L'application immédiate de ces règles pourraient être défendues. Elle devrait dépendre dès lors, de la localisation de la résidence habituelle de cette personne sur le territoire national<sup>22</sup>

<sup>21</sup> En ce sens, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 211-212. Comp. K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 64, n° 171 et 173.

<sup>22</sup> En ce sens, F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 4, p. 12, à propos des art. 59 II et 179 III du VVG et V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 110-111; A.K. SCHNYDER, «Vertragsfreiheit im nationalen und

### C. Règles relatives aux risques immoraux ou illicites

**543.** Dans les pays de tradition romano-germanique, l'interdiction de couvrir certains risques considérés comme immoraux ou illicites peut non seulement trouver sa source dans une application pure et simple des notions de cause et d'objet entendues comme conditions générales de validité des conventions, mais aussi dans une règle de droit positif. La tentation sera grande alors d'assimiler cette norme à une règle de police pour faire prévaloir son application sur celle de la loi contractuelle. La technique de la prise en considération permettra même de considérer comme illicite le contrat dont la cause ou l'objet est la violation d'une loi prohibitive étrangère. On songe à un contrat d'assurance couvrant des biens ou des œuvres d'art exportés frauduleusement (sur la technique de la prise en considération voy. *infra* n° 544)

Lorsque l'illicéité d'une couverture d'assurance ne résulte pas d'une norme positive particulière mais d'une conception générale de l'ordre public ou des bonnes mœurs, le recours à l'exception de l'ordre public au sens du droit international privé pourrait aussi permettre au juge ou à l'autorité administrative de refuser toute efficacité à un contrat d'assurance considéré comme valide par la loi contractuelle, mais qui heurterait d'après l'opinion de ce juge ou de cette autorité, les conceptions fondamentales du for (assurances rançon, assurances de la mortalité infantile). L'éviction de la loi étrangère normalement compétente suppose qu'il existe un lien suffisamment étroit unissant la situation litigieuse à l'Etat dans lequel l'exception d'ordre public est mise en œuvre. Ce sera le cas sans doute si le preneur y a sa résidence habituelle. L'exception d'ordre public suppose aussi l'existence d'une contradiction manifeste avec les principes fondamentaux du for.

En France, par exemple, le Conseil d'Etat a estimé, dans un avis rendu le 17 juin 1969, qu'une assurance ayant pour objet de couvrir les conséquences pécuniaires d'une suspension ou d'un retrait de permis de conduire aurait pour résultat d'en réduire ou supprimer les effets, et porterait atteinte au principe de la personnalité des sanctions et des

---

internationalen Versicherungsrecht der Schweiz, R.S.A., 1994, p. 106; P. PRAVE, «Das Versicherungsrecht und der Schutz des Allgemeininteress im Zeichen der europäischen Einigung», *VersW.*, 1992, p. 12, qui considèrent ces dispositions, comme des dispositions de police applicables si le tiers a sa résidence habituelle sur le territoire allemand.

23 *BGH*, 22 juin 1972, *BGHZ*, 59, p. 33 à propos de masques et de bronzes africains dont l'exportation était interdite par les autorités nigériennes; Bruxelles, 13 mai 1936, *B.J.*, 1937, p. 1 avec les conclusions du Procureur général Hayoit de Termicourt, à propos d'un contrat d'assurance maritime couvrant un envoi de diamants exportés frauduleusement d'Afrique du Sud, alors que l'acheteur ignorait leur origine frauduleuse. La Cour considéra en l'espèce que l'exécution du contrat d'assurance n'impliquait pas la fraude à la législation douanière sud-africaine et ne favorisait pas cette fraude, de sorte que le contrat d'assurance n'était contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public.

peines et à leur stricte application. Dans une réponse ministérielle faisant suite à la commercialisation de ce type de couvertures sur le territoire français par une compagnie d'assurance espagnole non agréée en France, le Ministre a considéré que ces garanties lui paraissaient contraires à l'ordre public, tout en précisant que cette question relevait de l'interprétation souveraine des tribunaux. Se référant aux articles L181-3 du Code des assurances qui prévoit que les dispositions *d'ordre public* de la loi française sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat, il a estimé, sous réserve de l'appréciation des tribunaux, que ce contrat international devait être considéré comme nul sur le fondement de l'ordre public<sup>24</sup>.

Cette prise de position fournit un exemple typique de transposition immédiate de l'ordre public au sens du droit interne en droit international privé. Un tel procédé ne peut manquer de surprendre alors que c'est au nom d'une conception négative de l'ordre public (ordre public virtuel) que la couverture proposée par l'assureur espagnol est écartée, puisqu'il n'existe apparemment aucune règle de droit positif français interdisant la couverture des conséquences pécuniaires d'un retrait de permis. Si l'article L181-3 n'attestait pas d'une parenté critiquable entre l'ordre public interne et les lois de police (voy. *supra* n° 487), le recours à l'exception d'ordre public aurait sans doute été préférable au plan de la technique du droit international privé, d'autant qu'il aurait produit en l'espèce les mêmes effets. Il n'est même pas certain que l'exception dût être soulevée en terme de droit international privé, puisque selon toute vraisemblance les contrats commercialisés en France par l'assureur espagnol étaient soumis dès l'origine à la loi française (loi du lieu de l'immatriculation des véhicules assurés), et que l'illicéité de la couverture pouvait donc parfaitement se déduire de la loi contractuelle qui régit, on l'a dit, les conditions de validité du contrat d'assurance.

Sous un article consacré aux principes fondamentaux de l'ordre public international portugais, le décret-loi portugais du 20 avril 1994 transposant les directives énumère, quant à lui, une série de risques dont la couverture est considérée comme contraire à l'ordre public (responsabilité pénale ou disciplinaire, rapt, possession ou transport de stupéfiants ou de drogues, mort d'un enfant de moins de 14 ans ou d'un incapable, à l'exception de la couverture des frais funéraires, etc.). Si l'intention du législateur a ici le mérite d'être claire, sa formulation entretient la confusion entre l'ordre public interne, l'ordre public international et les règles de police. Le texte n'est pas plus clair sur les critères territoriaux qui conditionnent l'application de cette interdiction sur le territoire portugais.

---

<sup>24</sup> Voy. pour un compte rendu, *R.G.A.T.*, 1992, p. 219; J.O. Sénat, Q. et R., 24 octobre 1991, p. 343.

**544.** A la différence de l'exemple précédent, l'interdiction de certaines couvertures considérées comme contraires à l'ordre public au sens du droit interne pourrait aussi trouver sa source dans une norme de droit positif interne insérée dans la loi concernant le contrat d'assurance, dans la législation de contrôle ou encore dans un règlement pris en application de l'une de ces lois (ordre public textuel). L'article 91 de la loi belge du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prévoit par exemple qu'aucune amende ni transaction pénale ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance, à l'exception de celles qui sont à charge de la personne civilement responsable. Bien que l'interdiction légale de couverture soit plus discutable pour les transactions pénales que pour les amendes pénales, il ne fait guère de doute que le législateur, en édictant cette interdiction, ait été inspiré de motifs liés à l'ordre public, motifs qu'il a entendu traduire positivement dans une règle de droit spécifique. S'agissant d'une règle prohibitive assortie d'une sanction immédiate – la nullité du contrat – son appartenance à la catégorie des règles de police paraît difficilement contestable. On ne comprendrait pas que son application puisse dépendre du choix des parties, fût-il réglementé comme en matière d'assurance.

Si la norme prohibitive en question fait partie de l'ordre juridique du for saisi du litige, il y a tout lieu de croire que le juge l'appliquera immédiatement même si la loi contractuelle est une loi étrangère. Encore lui appartiendra-t-il de déterminer le domaine d'application dans l'espace de cette règle, tout au moins si celle-ci ne comporte aucun critère spatial expressément défini (sur cette question, voy. *infra* n° 47). Ensuite, la légitimité de cette règle qui vise à interdire la commercialisation de certains contrats d'assurance devra être vérifiée au regard du droit communautaire, car, en limitant la gamme des produits commercialisables sur le territoire national, elle pourrait constituer une entrave à la liberté de prestation de services et probablement aussi à la liberté d'établissement (voy. *infra* n° 59 et ss.).

## **E. Droits propres des tiers sur la prestation d'assurance**

**552.** Les règles légales dont l'objet est d'accorder des droits préférentiels à certains tiers sur l'indemnité d'assurance répondent à la conception fonctionnelle des lois de police, car il est manifeste que les règles de conflit applicables au contrat d'assurance ne peuvent rendre compte des intérêts souvent déterminants des tiers<sup>25</sup>. Lors de l'examen du domaine de la loi contractuelle, nous nous sommes attachés à définir le rattachement des règles relatives aux droits des tiers dérivant de l'effet externe des conventions (action paulienne,

---

<sup>25</sup> En ce sens, F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 4, p. 12.

action oblique□.) et à ceux qui se déduisent immédiatement du contrat d'assurance (attribution bénéficiaire□.) (voy. *supra* n°□71 et ss.). Il convient d'opérer maintenant le rattachement des droits des tiers issus directement de la loi.

Parmi ceux-ci, on traitera tout d'abord du droit direct et propre reconnu aux tiers victimes contre l'assureur du responsable (1). Il faudra ensuite examiner certains droits accordés sur l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés, hypothécaires ou gagistes ou, plus généralement, à tout créancier bénéficiant d'un droit de préférence sur la chose assurée, en cas de détérioration ou de destruction de cette chose à la suite d'un sinistre couvert par le contrat (2).

### 1. *L'action directe de la victime contre l'assureur du responsable*

**553.** *Observations de droit comparé.* Le droit des Etats membres relatif à l'action directe de la victime se signale par de nombreuses divergences tant au regard de son domaine d'application que de son régime juridique, notamment en ce qui concerne le degré d'autonomie que la loi reconnaît au droit de la victime par rapport au contrat (inopposabilité des exceptions). Pour s'en tenir à quelques brèves observations de droit comparé, on notera qu'à l'exception du Royaume-Uni, tous les Etats membres attribuent une action directe à la victime dans le domaine de l'assurance de la responsabilité civile des véhicules automoteurs□.

La plupart des Etats membres ne consacrent l'action directe que dans ce domaine (Allemagne, Danemark, Grèce, Irlande). Même s'il organise le droit des victimes en assurance automobile, le droit anglais n'ouvre d'action directe dans le secteur des assurances de la responsabilité civile au sens où nous l'envisageons ici, que lorsque l'assuré s'avère insolvable□. Dans certains pays, son domaine est étendu à des catégories

---

<sup>26</sup> Sur la base d'un rapport déposé par M. Rothley, le Parlement européen a utilisé le droit d'initiative législative qu'il tient du Traité de Maastricht pour que la Commission et le Conseil lui présentent un projet de directive dont l'objet serait notamment d'étendre à tous les Etats membres de l'Union européenne le droit d'action directe de la victime d'un accident de la circulation contre l'assureur du responsable.

<sup>27</sup> *Third Parties Right Against Insurers Act*, 1930, Ch. 25. Cette loi permet à la victime de se substituer à l'assuré en état de faillite ou de déconfiture, pour réclamer à l'assureur les indemnités dues. Encore cette substitution s'explique-t-elle apparemment par une cession légale des droits appartenant à l'assuré et découlant de la police d'assurance. C'est pourquoi la victime ne peut agir contre l'assureur qu'après avoir établi l'existence de ses droits à l'égard de l'assuré responsable ainsi que l'existence du droit à la garantie. Une obligation d'information pèse à la fois sur l'assuré et sur l'assureur à cet égard.

Même si la cession des droits organisée par le *Third Party Act* (cession légale) ne s'accompagne d'aucun système d'inopposabilité des exceptions, sa réglementation s'inspire clairement d'un souci de protection des droits de la victime confrontée à l'insolvabilité de l'assuré, caractéristique d'une loi de police. C'est pourquoi son rattachement dans les situations internationales paraît pouvoir s'inspirer des principes que nous allons développer à propos de l'action directe. Le caractère de la police du *Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930* a d'ailleurs été évoqué par le juge STAUGHTON dans l'affaire *Irish Shipping Ltd v Commercial Union Insurance Co plc* (1991) 2 QB 206, (1989) 3 All ER 853; selon lui, l'intention du

particulières d'assurances (notamment aux Pays-Bas au profit des victimes d'accidents de chasse, en Italie au profit de la victime des dommages causés à la surface par les chutes d'avion, au Luxembourg au bénéfice du propriétaire contre l'assureur de la responsabilité du locataire ou au bénéfice des voisins contre l'assureur de la responsabilité du propriétaire ou du locataire). Les lois les plus récentes tendent à généraliser l'action directe à toutes les catégories d'assurance de la responsabilité civile et l'assortissent d'un régime plus ou moins large d'inopposabilité des exceptions (loi belge du 25 juillet 1992, art. 86 et 87, Code français des assurances, art. 124-3, loi espagnole du 8 octobre 1980, art. 16). Dans cette dernière hypothèse, l'action directe ne trouve plus nécessairement son fondement ni ses origines dans une loi qui impose une obligation d'assurance, comme c'est souvent le cas dans les autres Etats membres. Cette extension du domaine d'intervention de l'action directe justifie que son rattachement soit examiné dès maintenant. On ne perdra pas de vue cependant le rattachement spécifique prévu par l'article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (voy. *infra* n° 30 et ss.).

a) *Règle générale de rattachement de l'action directe*

**554.** *Loi délictuelle ou loi contractuelle.* La loi applicable à l'action directe a, de tout temps, suscité des controverses. Il est vrai que l'objet et la nature de cette action sont suffisamment distincts du contrat d'assurance pour que se pose à son sujet la question de qualification.

La doctrine présente souvent les possibilités de rattachement de l'action directe sous la forme d'une alternative entre la *lex contractus* et la *lex loci delicti*. Les études de droit international privé comparé concluent généralement à une préférence de la plupart des Etats européens en faveur de la *lex loci delicti*<sup>28</sup>. Ces conclusions rendent toutefois insuffisamment compte de l'extrême diversité de la jurisprudence européenne qui paraît à

---

législateur pourrait être contrariée s'il était possible d'évincer l'application de la loi par le choix d'une loi étrangère. Voy. CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p. 502.

Sauf le cas d'insolvabilité survenant avant ou après la réalisation du risque, le droit de recours de l'assuré ne peut jamais revenir, selon le droit anglais, à une tierce personne. Le tiers ne peut exercer un tel recours contre l'assureur que sur la base d'un titre exécutoire obtenu contre l'assuré. Voy. J. GOODLIFFE, «What is left of the Third Parties Act 1930», *Journ. Bus. Law*, 1993, p. 90 et la jurisprudence citée; P. GOLDSMITH, «The Third Party (Right against Insurers) Act 1930», *Int. Ins. L.R.*, 1995, pp. 378-382.

28 Voy. L. SCHUERMANS et P. LAVRIJSEN-VAN EUPEN, «Les accidents de la circulation en droit international privé belge», *R.D.I.D.C.*, 1974, pp. 4-34; des mêmes auteurs, «Onrechtmatige daad en schadeloostelling naar Belgisch internationaal privaatrecht», *T.P.R.*, 1974, p. 67 et ss.; M. VASSOGNE, «Problèmes posés par un accident de la circulation routière comportant un élément d'extranéité», *C.E.A.*, Vème Colloque juridique international, Bruxelles, 18-21 octobre 1968, *Bull. Ass.*, 1970, pp. 205-220; et les conclusions de A. RANDONE, *Bull. Ass.*, 1970, pp. 412-420.

tout le moins plus nuancée<sup>29</sup>. S'il est vrai qu'il se dégage une tendance assez nette en faveur de la loi du lieu du fait dommageable, encore faut-il remarquer que cette solution ne trouve pas nécessairement son fondement, comme nous le verrons, dans une application de la règle de conflit propre à la responsabilité civile quasi-délictuelle. En outre, une proposition aussi tranchée ne tient pas compte d'une jurisprudence également significative, qui tend à distinguer la loi applicable à l'admissibilité de l'action directe et la loi applicable à l'étendue des obligations de l'assureur.

**555.** La présentation du problème sous la forme d'une alternative entre la loi contractuelle et la loi délictuelle paraît fondée sur une méthode consistant à projeter les qualifications de droit interne sur le droit international privé.

En tant qu'elle vise à protéger un tiers en lui garantissant le paiement de l'indemnité par préférence, l'action directe apparaît, dans un premier temps, comme un élément du système général de la réparation des dommages. Comme elle trouve son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable<sup>30</sup>, il paraît légitime de l'inclure dans le domaine de la loi régissant la responsabilité civile et de la soumettre, à ce titre, à la loi gouvernant la responsabilité<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *En droit international privé belge*, voy. L. SCHUERMANS, «Verzekering en internationaal privaatrecht», *R.W.*, 1980-1981, col.215; M. FALLON et B. HANOTIAU, «Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1965-1985)», *Chronique de jurisprudence, J.T.*, 1987, p. 121, n°92 et 93. Jusqu'avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, la jurisprudence belge opérait le rattachement de l'action directe principalement par référence à la catégorie des lois de police et de sûreté.

*En droit international privé allemand*, voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 14, pp.443 et ss.

*En droit international privé français*, voy. J. RIPOLL, «Les conflits de lois en matière de droit des assurances», *Trav. Com. fr. d.i.p.*, 1989-1990, Ed. CNRS, 1991, pp.72-174; *R.G.A.T.*, 1992, pp.480-482; L. FORGET, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, Paris, Dalloz, 1973, n°200 et ss.; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, p. 287, n°14 à 319; J.P. KARAKILLO, *Etudes de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, P.U.F., 1977, pp. 94 à 104, n°39 et ss.

*En droit international privé italien*, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Cedam, Padova, 1990, pp.41 à 245; la doctrine italienne semble favorable à la *lex causae*, l'auteur préconise néanmoins un rattachement à la loi la plus favorable qui, selon lui, serait conforme au droit communautaire.

<sup>30</sup> C'est la formulation utilisée par la Cour de cassation française dans son arrêt du 28 mars 1939 (*D.P.*, 1939, I, 69, note M. PICARD; *R.G.A.T.*, 1939, 285).

<sup>31</sup> En faveur d'une telle analyse, voy. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938, n°69 et 484; Y. LOUSSOUARN, Note sous Douai, 21 juin 1955, *R.C.D.I.P.*, 1956, p.1; J. DEPREEZ, Note sous Paris, 16 mars 1960, *R.C.D.I.P.*, 1961, pp.360-361; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.III, 7ème éd., 1983, p. 332, n°05. Statuant dans le cadre de la Convention de Bruxelles à propos d'une action directe intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant d'un produit défectueux, la Cour a décidé que l'art.1, §1 de la Convention de Bruxelles régissant la compétence internationale en matière contractuelle ne s'appliquait pas à un litige opposant le sous-acquéreur au fabricant qui n'est pas le vendeur (*CJCE*, 27 septembre 1988, *Kalfelis, Rec.*, 1988, p. 5565, *R.C.D.I.P.*, 1989, p. 112, note H. GAUDEMET-TALLON; *J.D.I. (Clunet)*, 1989, p. 457, note A. HUET; voy. également *CJCE*, 17 juin 1992, *R.C.D.I.P.*, 1992, p.26, note H. GAUDEMET-TALLON; *J.D.I. (Clunet)*, 1993, p. 469, obs. J.-M. BISCHOFF). Bien qu'il ne s'agisse pas ici de l'action directe exercée contre l'assureur du responsable, la Cour confirme ainsi la qualification délictuelle de l'action directe au regard des règles de compétence internationale.

Toutefois, cette analyse a tôt fait de démontrer ses limites, car elle a pour conséquence de faire dépendre la loi applicable, de la nature de la responsabilité – contractuelle ou quasi-délictuelle – engagée par l'assuré<sup>32</sup>. L'incohérence de la solution permet d'ailleurs de mettre en doute que la jurisprudence citée à l'appui de cette thèse ait réellement retenu la compétence de la loi du lieu du fait dommageable au titre de loi régissant la responsabilité<sup>33</sup>.

Dans la même logique, l'application de la loi contractuelle pourrait, elle aussi, se justifier par le fait que l'action directe, bénéfice légal accordé à la victime, prend appui sur le contrat d'assurance et n'existe pas sans lui. Bien qu'exercée par un tiers au contrat d'assurance, elle tendrait à l'exécution de celui-ci dans les conditions et limites prévues au contrat<sup>34</sup>, si bien que la loi contractuelle trouverait là un titre à s'appliquer. Cette théorie, qui n'est plus guère défendue à l'heure actuelle tout au moins dans le sens d'une revendication exclusive de compétence, ne rend cependant compte que d'une partie du régime juridique de l'action directe. S'il est certain que le droit de la victime reste dans la dépendance étroite du contrat dont il faut vérifier l'existence et la validité, il n'est pas moins vrai que le même droit en est aussi, à d'autres égards, indépendant (inopposabilité des exceptions, prescription spécifique<sup>35</sup>). On perçoit ici l'ambiguïté de la situation de l'action directe au regard du contrat et la difficulté de l'entreprise de qualification.

**556.** Le caractère hybride de l'action directe en droit interne explique sans doute le succès d'une thèse intermédiaire selon laquelle il conviendrait de procéder à une application disjonctive des deux lois – l'existence et la recevabilité de l'action directe seraient régies par la loi de la responsabilité ou par la loi du lieu du fait dommageable, tandis que l'étendue du recours dépendrait de la loi contractuelle. Le retour à la loi du contrat se justifierait précisément par le fait que l'étendue des obligations de l'assureur concernerait l'exécution du contrat, matière normalement régie par la loi contractuelle<sup>36</sup>. La

---

<sup>32</sup> Voy. la critique de A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 290, n° 318 et J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 199, n° 63 à 265.

<sup>33</sup> La Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, qui comprend une disposition spécialement consacrée à l'action directe (art. 19), pourrait certes être citée à l'appui de la thèse de l'extension du domaine de la loi régissant la responsabilité à l'action directe. Encore faut-il remarquer que cet article ne concerne que l'admissibilité de l'action de la victime en matière d'assurance de la responsabilité civile automobile et qu'il prévoit un rattachement en cascade favorable à cette admissibilité (voy. sur cet article *infra*, n° 31 et ss.).

<sup>34</sup> F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. III, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 1979, n° 385; F. RIGAUX et G. VANHECKE, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.*, 1970, p. 307 et *R.C.J.B.*, 1982, p. 430. Pour un exposé de cette thèse voy. A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 187, n° 14 à 319.

<sup>35</sup> Voy. en ce sens, P. LAGARDE, *Discussion de l'exposé de J. Ripoll*, « Les conflits de lois en matière de droit des assurances », *Trav. Com. fr. d.i.p.*, 1989-1990, Ed. CNRS, p. 88; B. HANOTIAU et M. FALLON, « Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles », *Chronique de jurisprudence*, *J.T.*, 1987, p. 121, n° 3; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 14, p. 44; R. VANDERLST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé belge et français*, t. III, Bruxelles, Parthénon, 1963, p. 53.

relative dépendance de l'action directe par rapport au contrat serait ainsi adéquatement transposée en droit international privé. En réalité, cette analyse n'échappe pas non plus à la critique car, et c'est là à notre avis le nœud du problème, elle ne tient pas compte du fait que l'étendue des droits du tiers à l'égard de l'assureur dépend aussi de la règle matérielle consacrant l'action directe. Celle-ci possède en effet une force d'attraction qui peut s'étendre à la délimitation des obligations de l'assureur. Le dépeçage auquel conduit la théorie de l'application disjonctive méconnaît fondamentalement l'unité du régime de l'action directe en dissociant artificiellement l'admissibilité et l'étendue des droits du tiers victime.

La méthode consistant à organiser le rattachement de l'action directe sur le fondement d'une projection des qualifications du droit interne doit être rejetée, car le caractère hybride de l'action, conséquence que la loi attache à un contrat d'assurance valide, ne peut conduire d'après cette méthode qu'à une impasse<sup>36</sup>.

**557.** *Action directe et loi de police.* En réalité, l'action directe ne ressortit ni du domaine exclusif de la loi régissant la responsabilité ni du domaine exclusif de la loi régissant le contrat. La seule façon de résoudre correctement le problème consiste, à notre avis, à l'aborder sous l'angle des lois de police au sens fonctionnel<sup>37</sup>. La méthode des lois de police permet en effet de rompre avec les catégories de rattachement afférentes aux règles bilatérales de conflit de lois. Il faut constater tout d'abord que les règles relatives à l'action directe du tiers se prêtent parfaitement à un raisonnement de type fonctionnel. L'organisation par le législateur d'un régime propre destiné à faciliter l'indemnisation des victimes traduit manifestement la prise en charge d'intérêts supérieurs à ceux des parties contractantes, qui ne sont pas pris en compte par la règle de conflit applicable au contrat d'assurance. L'intérêt qui mérite protection n'étant pas celui des parties contractantes, la garantie d'indemnisation de la victime résultant de l'action directe ne peut pas dépendre de la loi contractuelle. Elle justifie un critère dérogatoire qui, en l'absence de précision expresse, doit se dégager de la teneur et du but de la loi<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> En ce sens, L. FORGET, *op. cit.*, note 29, p. 22, n° 16; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 96, n° 49.

<sup>37</sup> La plupart des auteurs qui ont approfondi cette question aboutissent à la même conclusion. Voy. A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 87, n° 14 à 319; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 94, n° 34 et ss.; L. FORGET, *op. cit.*, note 29, n° 200 et ss.; J. RIPOLL, *op. cit.*, note 2, pp. 72-174; W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 10, p. 607 et ss.; J. BIGOT, *op. cit.*, note 2, p. 7.

<sup>38</sup> Cette solution s'impose même si le contrat porte sur des grands risques au sens du droit communautaire. Même dans ce secteur, il n'est pas question pour les parties de priver le tiers de son droit d'agir directement contre l'assureur à l'aide d'une clause conventionnelle, comme certains auteurs anglais le préconisent (voy. D.A. COOPER, «The Spanish Insurance Market some contractual issues», *European Insurance Market*, August 18, 1995, p. 79). Le caractère d'ordre public de la réglementation de l'action directe s'y oppose formellement.

Les décisions jurisprudentielles qui ont admis la recevabilité de l'action directe sur le fondement de son caractère d'ordre public font écho à ce raisonnement<sup>39</sup>. Certes, l'on peut considérer qu'il s'agit là d'une transposition maladroite du concept d'ordre public tel qu'il est perçu en droit interne, présentant au surplus le risque d'une extension abusive du domaine de la *lex fori*, mais ceci n'enlève rien au fait que la jurisprudence s'est montrée très tôt soucieuse de garantir l'application de la règle reconnaissant un droit propre et direct à la victime en dérogeant au mécanisme de la règle de conflit de lois bilatérale<sup>40</sup>.

S'agissant d'une disposition légale destinée à faciliter la réparation des dommages causés aux tiers en mettant ceux-ci à l'abri d'un éventuel concours avec les créanciers de l'assuré, la réglementation de l'action directe pourrait rejoindre également le concept de loi de police et de sûreté visé par l'article 17, alinéa 1 du Code civil français ou belge. Par là s'explique également la jurisprudence belge et une partie de la jurisprudence française qui ont eu recours à cet article pour fonder le rattachement de l'action directe<sup>41</sup>. Pris dans un sens large, on a vu en effet que le concept de lois de police et de sûreté permettait de justifier toute dérogation à une règle de conflit bilatérale en faveur d'un rattachement territorial à déterminer (voy. à ce sujet *infra* n° 42 et ss.).

**558.** A dire vrai, l'appartenance de la réglementation concernant l'action directe à la catégorie des lois de police ne prête guère à contestation lorsque celle-ci trouve sa source dans une loi qui impose une obligation d'assurance. Dans ce cas, la réglementation en question participe au caractère de loi de police qui s'attache normalement à la loi d'assurance obligatoire. L'action directe fait alors partie intégrante des garanties minima exigées par cette loi; elle y est en quelque sorte absorbée<sup>42</sup>. La loi compétente pour régir l'ensemble de ces garanties (action directe, étendue des garanties en montants, sort de la couverture en cas de transfert du bien assuré, prescription...) ne peut être, dans ces conditions, que celle du pays qui a organisé l'assurance obligatoire (loi qui impose

---

39 Cette tendance à considérer l'ordre public comme une circonstance de rattachement est particulièrement marquée en France, où elle fut probablement influencée par la thèse de la « francisation » des contrats d'assurance soumis au contrôle des autorités françaises (sur cette théorie défendue notamment par M. PICARD et A. BESSON, voy. *supra*, 1ère partie, titre III, n° 19 et ss.). Voy. Douai, 4 juillet 1934, *J.D.I. (Clunet)*, 1936, p. 42; Req., 24 février 1936, D.P., 1936, I, p. 49, *J.D.I. (Clunet)*, 1937, p. 70; *R.C.D.I.P.*, 1936, p. 82; Cass. civ., 11 mai 1962, *J.D.I. (Clunet)*, 1963, p. 72, obs. B. GOLDMAN; *R.G.A.T.*, 1963, p. 88; Paris, 16 mars 1960, *R.C.D.I.P.*, 1961, p. 47, note A. DEPRez qui considère que les relations de la victime et de l'assureur relèvent d'un statut réglementaire qui, comme tel, doit être tout entier considéré comme d'ordre public. A défaut d'être accompagné d'un critère spatial d'applicabilité, un tel raisonnement aboutit à l'application inconditionnelle et systématique de la *lex fori*. En faveur de cette solution, K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 47, n° 54.

40 Voy. la critique de A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 291, n° 319; J.P. KARAKUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 101, n° 70 et s. et A. DEPRez, *op. cit.*, note 31, p. 55; L. FORGET, *op. cit.*, note 29, n° 224 à 236.

41 Voy. en Belgique les références citées *supra* note 21 et la critique formulée par L. FORGET, *op. cit.*, note 29, p. 26, n° 26.

42 Cette influence de la loi d'assurance obligatoire sur le rattachement de l'action directe a parfaitement été perçue par L. FORGET, *op. cit.*, note 29, p. 42, n° 59.

l'obligation d'assurance au sens de l'article 17 de la directive LPS non-vie)<sup>43</sup>. Mais la même solution n'est pas moins justifiée dans les hypothèses où l'action directe est consacrée de façon générale dans toute assurance de la responsabilité civile. On vient de démontrer qu'un raisonnement fonctionnel ne pouvait mener qu'à cette conclusion<sup>44</sup>.

Le recours à la méthode des lois de police permet de faire l'économie de l'impossible qualification du mécanisme au regard des catégories classiques de rattachement et du regrettable dépeçage de la loi applicable. D'une part, la règle de police doit être prise comme un tout<sup>45</sup> l'ensemble des solutions matérielles qu'elle prévoit (y compris le régime d'inopposabilité des exceptions)<sup>46</sup> est soumis à une même règle directe d'applicabilité sans qu'il soit besoin de distinguer entre les conditions d'existence de l'action directe et l'étendue des droits qu'elle confère aux tiers lésés<sup>47</sup>. D'autre part, comme on l'a observé au titre des principes généraux, la règle de police n'entraîne pas une éviction totale de la loi contractuelle. Cette éviction n'a lieu que dans les limites des solutions matérielles prévues par la règle de police réclamant une application immédiate dans les situations internationales. La force d'attraction exercée par la loi de police est ainsi clairement délimitée à ce qui est considéré par le législateur comme nécessaire pour garantir la protection des victimes. Pour le surplus, la loi contractuelle conserve son titre d'application<sup>48</sup> en pratique, le problème se posera donc en termes d'adaptation de l'une aux exigences impératives de l'autre. Par exemple, il paraît normal que les conditions nécessaires au fonctionnement de l'action directe (existence et validité du contrat) soient

43 En ce sens F. RIGAUX, *Traité*, t. II, n° 385.

44 Voy. en particulier A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 89, n° 17.

45 Le mécanisme d'opposabilité des exceptions n'est, lui-même, pas facile à cerner en droit interne, ce qui ne favorise pas la clarté du débat en droit international privé. Ces exceptions peuvent naître en effet de situations juridiques très variées qu'il est difficile de regrouper en un ensemble cohérent.

Dans un sens strict, le régime d'inopposabilité des exceptions, qui assortit l'exercice de l'action directe, se limite à organiser l'indépendance des droits de la victime par rapport aux avatars que le contrat d'assurance peut subir en raison de *l'inexécution des obligations souscrites par l'assuré ou de la modification de certaines données essentielles du contrat, et des sanctions qui en résultent* (inexistence, déchéance, nullité, résiliation, suspension...).

A l'expérience, on s'aperçoit cependant que le terme exception est également utilisé dans un sens large pour désigner l'ensemble des moyens juridiques que l'assureur peut faire valoir à l'égard de la victime pour réduire ou refuser sa garantie, et qui se déduisent des conditions ou limites impérativement définies ou autorisées par la loi (exclusions de la couverture en cas de vol, personnes pouvant être exclues du bénéfice de l'indemnisation, dommages pouvant être exclus de la garantie...). Cet amalgame est critiquable car l'assureur, qui se prévaut ainsi à l'égard de la victime des conditions et limites dans lesquelles la loi inscrit ou permet d'inscrire les garanties, fait valoir une exception qui trouve sa source immédiate dans la loi et non dans le contrat. On sort ici du cadre strict du régime d'inopposabilité des exceptions, car l'action directe ne peut par définition se mouvoir qu'à l'intérieur des limites légales.

La lecture des dispositions légales consacrées, dans les lois des Etats membres, à l'opposabilité ou à l'inopposabilité des exceptions confirme cette interprétation. Voy. l'article 3 de la *loi luxembourgeoise du 7 avril 1976*, l'article 1 de la *loi néerlandaise* et l'article 6 de la *loi belge du 21 novembre 1989* ces dispositions sont libellées de la même façon car elles sont issues des dispositions communes annexées à la Convention Benelux du 24 mai 1966; voy. également l'article 11-13 du *Code français des assurances* qui énumère les cas d'inopposabilité aux victimes; l'article 8 de la *loi italienne n° 90 du 24 décembre 1969* qui organise l'inopposabilité dans la limite des montants minima de garantie; les articles 2 et 43 de la *loi espagnole du 24 décembre 1968* qui procède de la même façon. La *loi anglaise (Road traffic Act 1988, Chapt. 2, S. 48)* organise, elle aussi, un régime d'inopposabilité des clauses contractuelles relatives au conducteur ou concernant l'usage du véhicule.

46 En ce sens L. FORGET, *op. cit.*, note 47, p. 33.

appréciées par rapport à la *lex contractus*, la loi de police se bornant à déterminer l'étendue des droits accordés aux tiers lésés. Il ne faut pas se cacher cependant que cette adaptation de deux lois issues éventuellement d'ordres juridiques distincts ne sera pas toujours aisée. Nous aurons l'occasion d'y revenir à propos de l'assurance R.C. automobile (voy. *infra* n°40 et ss.).

**559.** *Critère spatial de la loi de police.* Une fois établi que les règles organisant les droits des tiers victimes sur les prestations dues par l'assureur de la responsabilité civile doivent être tenues pour des règles de police, il faut encore définir le critère qui détermine leur application dans l'espace. A défaut d'indications expresses, ce critère se dégage, on l'a vu, d'une analyse de la teneur et des objectifs économiques ou sociaux qu'elles poursuivent. Comme l'action directe vise avant tout à garantir aux victimes une réparation sûre échappant aux aléas de la couverture d'assurance et au concours éventuel des autres créanciers du responsable, on peut penser que ce critère sera de nature territoriale<sup>47</sup>. La référence au concept des lois de police et de sûreté entendu dans un sens large, comme toute loi protectrice de l'intégrité physique et patrimoniale des tiers, trouve ici sa pertinence, puisqu'il se caractérise précisément par un tel rattachement.

Plus précisément, lorsque l'action directe trouve sa source dans une loi imposant une obligation d'assurance, le critère d'applicabilité devrait être le même que celui qui sert à définir le champ d'application spatial de cette loi. Il convient de retenir dans cette hypothèse, le lieu du fait générateur de l'obligation d'assurance. Lorsque l'action directe ne trouve pas sa source dans une loi d'assurance obligatoire, une analyse fonctionnelle tend à privilégier le lieu du fait dommageable<sup>48</sup>. L'action directe vise à protéger uniformément toute victime d'un fait dommageable commis sur le territoire national. Comme ce critère spatial paraît aisément transposable, rien n'empêcherait qu'il soit bilatéralisé, comme il l'a été en matière d'assurance R.C. automobile<sup>49</sup> (voy. *infra* n°27 et ss.). En pratique, c'est donc de la loi du lieu de l'accident que dépendra l'action directe. Un tel critère explique la coïncidence qui se produit fréquemment en fait, entre la loi applicable à la responsabilité et la loi régissant l'action directe. L'analyse fonctionnelle rend ainsi compte du glissement qui a pu s'opérer de l'une à l'autre dans une partie de la doctrine. Notons cependant que cette coïncidence n'est maintenue qu'aussi longtemps que le rattachement de la responsabilité s'opère exclusivement par rapport à la loi du lieu de l'accident. On sait que la Convention de La Haye du 4 mai 1971 rompt avec cette solution traditionnelle en matière d'accidents de la route.

---

<sup>47</sup> En ce sens W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 14, p. 607 à propos de l'art.58, b à h, du VVG.

<sup>48</sup> En ce sens A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 291, n°18.

b) *Le rattachement de l'action directe en assurance R.C. automobile*

**560.** *L'admissibilité de l'action directe selon la Convention de La Haye du 4 mai 1971.* En assurance R.C. automobile, il faut aussi tenir compte de l'article 9 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, qui pourrait remettre partiellement en cause la cohérence des solutions proposées ci-dessus dans les pays où elle est en vigueur<sup>49</sup>.

En principe, le domaine des règles de conflit prévues par la Convention est limité à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière (conditions et étendue de la responsabilité, causes d'exonération, modalités et étendue de la réparation<sup>50</sup>.) à l'exclusion de l'assurance (art. 1 et 8). Elle comporte néanmoins un article spécialement consacré à l'action directe (art. 9). Dans le but avoué de favoriser le recours de la victime contre l'assureur, l'article 9 de la Convention de La Haye procède à un rattachement alternatif ou «<sup>51</sup>en cascade<sup>52</sup> de l'action directe<sup>53</sup>». L'on appliquera la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu, lorsque la loi de l'Etat d'immatriculation applicable à la responsabilité en vertu des articles 4 ou 5 ne connaît pas l'action directe. Si aucune de ces deux lois ne reconnaît ce droit à la victime, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance. On remarquera que l'article 9 ne prévoit aucune solution lorsque c'est la loi du lieu de l'accident, compétente pour régir la responsabilité, qui ne connaît pas l'action directe. Dans ce cas, il semble que le principe de faveur ne joue pas et que la victime se trouvera privée de tout recours direct contre l'assureur<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> La Convention internationale de La Haye du 4 mai 1971 est en vigueur en Autriche (depuis le 3 juin 1975, en Belgique (depuis le 3 juin 1975), en Espagne (depuis le 21 novembre 1987), en France (depuis le 3 juin 1975), au Luxembourg (depuis le 13 décembre 1980) et aux Pays-Bas (depuis le 30 décembre 1978). Quelle que soit la loi applicable, il est tenu compte, dans la détermination des responsabilités des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident (art. 1). Elle est également applicable en Slovénie, en Suisse, en Slovaquie, en Tchéquie, en Croatie, en Bosnie-Herzégovine et en Macédoine. Elle a été signée mais non ratifiée par le Portugal (état au 31 décembre 1994). Sur cette convention, voy. L.F. GANSHOFF, «<sup>55</sup>La Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>56</sup>», *J.T.*, 1974, pp. 257-259; M.-L. STENGERS, «<sup>57</sup>Commentaire de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>58</sup>», *R.G.A.R.*, 1975, n° 503; Y. LOUSSOUARN, «<sup>59</sup>La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>60</sup>», *J.D.I. (Clunet)*, 1969, pp. 21; L. FORGET, *op. cit.*, note 29, p. 5, n° 15 et ss.

<sup>50</sup> Rapport ESSEN, *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la onzième session*, III, p. 14; M.L. STENGERS, *op. cit.*, note 49, *R.G.A.R.*, 1975, n° 503; F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, n° 558.

<sup>51</sup> Le professeur Hübner observe que le défaut de ratification de la Convention par tous les Etats membres encourage le *forum shopping*. Ce risque est toutefois atténué par le fait que tous les Etats membres, sauf le Royaume-Uni, ont prévu une action directe au profit de la victime. Voy. U. HUBNER, «<sup>61</sup>Zum Stand der Rechtsvereinheitlichung im internationalen Versicherungsvertragsrecht<sup>62</sup>», in, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Herausgegeben von C. von Bar, Köln, Carl Heymanns Verlag K.G., 1991, pp. 23-124.

561. L'article 9 laisse malheureusement dans l'ombre une question essentielle pour l'assurance R.C. automobile : la loi déclarée applicable par la Convention se limite-t-elle à l'admissibilité de l'action ou s'étend-elle également à l'étendue de la garantie à l'égard des tiers ?

Les travaux préparatoires de la Convention et le rapport explicatif de M. Essen sont peu explicites et, à vrai dire, contradictoires à ce sujet<sup>52</sup>. Les commentaires consacrés à l'article 9 indiquent néanmoins que l'intention des membres de la Conférence était essentiellement de permettre aux personnes lésées d'agir directement contre l'assureur le plus largement possible et d'éviter qu'un tel droit ne soit supprimé par l'effet de la Convention. Le rapport précise explicitement que, dans ce but, « il a été estimé utile de soumettre expressément *la question de l'existence de ce droit* à la loi qui régit la responsabilité » (c'est nous qui soulignons). Plus loin, il ajoute que le rattachement de l'article 9 s'étend à la prescription et aux déchéances « en matière d'action directe »<sup>53</sup>. Comme la notion de déchéance semble se rapporter aux termes de l'article 8, à l'action elle-même et non à la perte du droit au bénéfice, cette précision conforterait l'idée d'un rattachement limité à la recevabilité et à l'existence de l'action.

Dans le doute, une interprétation restrictive devrait sans doute prévaloir. Il résulte en effet de la lecture des articles 7 et 8 que la Convention exclut de son champ d'application toutes les questions relatives à l'assurance. Comme le souligne Forget, « seule la volonté ferme de ne pas laisser la victime sans recours contre l'assureur de responsabilité civile pouvait dicter l'inclusion d'une telle réglementation de l'action directe dans une Convention qui rejetait en principe de son domaine, tout ce qui concerne les assureurs »<sup>54</sup>. Dans ces conditions, étendre la portée de l'article 9 à l'ensemble du régime juridique de l'action directe serait excessif. La loi régissant l'admissibilité de l'action directe

---

52 L'avant-projet de convention s'appuyait sur un memorandum et sur les réponses à un questionnaire qui se référaient clairement à la dissociation observée en jurisprudence française, entre l'admissibilité de l'action, soumise à la loi de la responsabilité, et l'étendue des obligations de l'assureur soumise à la loi contractuelle. Dans son memorandum, M. Dutoit observe que l'on peut soutenir à bon droit que l'étendue des obligations de l'assureur, variable d'une législation à l'autre, constitue une question distincte qui ne tombe pas sous le coup de la loi du lieu du délit et relève normalement de la loi du contrat. Il ressort en revanche des procès verbaux de séances que les négociateurs ont un instant pensé laisser à la victime le choix de la loi la plus favorable parmi celles désignées par la Convention, avant d'opter finalement pour une stricte hiérarchie des lois applicables. Ainsi, on lit dans le rapport explicatif de M. Essen qu'il résulte de la rédaction en cascade de l'article 9 que si toutes les trois lois admettent l'action directe contre l'assureur, la victime n'aura pas le choix de celle qui lui offre le régime le plus favorable : les lois s'appliquent dans l'ordre indiqué par le texte. La référence même négative à la loi la plus favorable suppose implicitement que le domaine de la loi déclarée applicable s'étend à l'ensemble du régime juridique de l'action directe (Rapport précité, note 68, p. 11 *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la onzième session*, Memorandum relatif aux actes illicites en droit international privé, p. 26, n° 103).

53 Rapport précité note 68, p. 15.

54 L. FORGET, *op. cit.*, note 29, p. 80, n° 29 et 130 et les réf. citées.

s'appliquerait en effet à l'ensemble des questions liées à l'autonomie des droits de la victime par rapport au contrat d'assurance (inopposabilité des exceptions). Le silence des négociateurs de la Convention sur une question d'une telle importance ne peut être compris que dans un sens négatif. Il ne va d'autant plus ainsi que si l'exercice même de l'action directe peut à la rigueur relever d'une modalité de réparation du dommage, domaine inclus dans la Convention, il n'en va pas de même de l'inopposabilité des exceptions qui intéresse directement l'étendue de la garantie d'assurance.

Il est donc permis de conclure que la Convention ne concerne que l'admissibilité de l'action qui bénéficie de la méthode de rattachement en cascade organisée par l'article 9, à l'exclusion du régime d'inopposabilité des exceptions<sup>55</sup> qui resterait régi par les principes ci-dessus énoncés, sur le fondement de la méthode fonctionnelle des lois de police<sup>56</sup>.

**562.** *L'action récursoire de l'assureur contre son propre assuré.* Lorsque l'assureur a été empêché par la loi d'opposer à la victime une exception déduite de l'inexécution d'une obligation découlant du contrat, la plupart des lois des Etats membres autorise cet assureur à se retourner contre son propre assuré, responsable d'une faute contractuelle, en remboursement de tout ou partie des débours consentis au profit de la victime.

Comme cette action récursoire se fonde sur une violation par l'assuré de ses obligations contractuelles, elle est naturellement soumise, quant à ses conditions et à ses effets, à la loi régissant le contrat d'assurance<sup>57</sup>. Elle ne dépend donc ni de la loi délictuelle ni de la loi d'assurance obligatoire, à moins que celle-ci ne se prononce expressément sur l'admissibilité de l'action récursoire.

Sous cette réserve, la loi contractuelle a donc vocation à régir les conditions (critères de la faute contractuelle, cas de recours, personnes susceptibles d'être assignées en remboursement, preuve du lien causal, dommage réparable<sup>58</sup>.) et l'étendue du recours. La loi contractuelle peut, par exemple, réputer non écrite toute clause stipulant la déchéance de la garantie de l'assuré en cas de condamnation pour conduite en état d'ivresse ou sous

---

<sup>55</sup> En ce sens, voy. B. DUBUISSON et M. FALLON, *op. cit.*, note 104, *R.G.A.R.*, 1991, n° 1781.

<sup>56</sup> La jurisprudence française qui estime que la portée de la garantie incombant à l'assureur doit être logiquement demandée à la loi qui gouverne le contrat d'assurance se prononce clairement en ce sens (voy. récemment Lyon, 11 juillet 1991, *J.D.I. (Clunet)*, 1993, p. 11, note G. LEGIER et réf. citées). Un arrêt récent de la Cour de cassation belge se prononce en sens contraire (Cass., 26 avril 1990, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11791, précité note 104). Les deux solutions sont critiquables car elles occultent le rôle de la loi d'assurance obligatoire dans la définition des garanties.

<sup>57</sup> En ce sens en jurisprudence belge, Civ. Verviers, 1er décembre 1964, *Pas.*, 1965, III, 18; *J.T.*, 1965, p. 314, note R.O. DALCQ; *R.G.A.R.*, 1967, n° 908, note H. MAHIEU; Bruxelles, 23 septembre 1965, *Bull. Ass.*, 1967, p. 65; Bruxelles, 12 avril 1968, *R.W.*, 1968-1969, col. 463; Mons, 15 décembre 1976, *Pas.*, 1977, II, 147; *R.G.A.R.*, 1978, n° 860; Bruxelles, 24 octobre 1977, *J.T.*, 1978, p. 9; Liège, 19 novembre 1973, *Bull. Ass.*, 1976, p. 51.

l'emprise d'un état alcoolique<sup>58</sup>. Elle peut aussi limiter les possibilités d'exonération de l'assureur aux cas de fautes lourdes déterminées expressément et limitativement dans le contrat<sup>59</sup>.

En toute hypothèse, l'exercice de l'action récursoire suppose une clause contractuelle sur laquelle elle puisse se fonder. La survenance d'un accident à l'étranger peut poser des problèmes particuliers à cet égard, notamment lorsque la violation d'une disposition du code de la route est un élément constitutif de la faute reprochée à l'assuré. Dans ce cas, l'application de la loi du contrat n'empêche nullement le juge saisi d'apprécier la faute commise par l'assuré en fonction du code de la route en vigueur au lieu de l'accident<sup>60</sup>. Si le comportement reproché à la victime ne constitue pas une infraction dans le pays où l'accident est survenu, le recours devrait donc être déclaré non fondé<sup>61</sup>. En agissant ainsi, le juge n'applique pas la loi du lieu du fait dommageable à l'action récursoire, il tient compte de cette loi, comme une condition d'application du recours contractuel.

L'appréciation est sans doute plus délicate lorsque le recours est exercé sur la base d'une notion générique comme celle de faute grave ou de faute intentionnelle. Dans ce cas, le fait que le comportement reproché à l'assuré ne soit pas considéré comme une infraction dans le pays de l'accident ne suffit probablement pas à écarter le recours de l'assureur. Tout dépendra de l'interprétation donnée à la notion de faute grave ou de faute intentionnelle par la loi contractuelle, et probablement aussi de l'interprétation de la clause elle-même<sup>62</sup>.

## 2. *Les droits préférentiels des créanciers du preneur sur l'indemnité d'assurance*

**563.** La législation de la plupart des Etats membres met en place un mécanisme dérogatoire destiné à garantir l'attribution de l'indemnité due par l'assureur aux créanciers bénéficiant d'un droit de préférence (hypothèque, privilège, gage<sup>63</sup>.) sur la chose assurée, en cas de destruction ou de détérioration de celle-ci. La loi régleme, de façon diverse

<sup>58</sup> Code français des assurances, art. 111-6.

<sup>59</sup> Loi belge sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992, art. 1.

<sup>60</sup> En ce sens, Mons, 15 décembre 1976, *Pas.*, 1977, II, 147; *R.G.A.R.*, 1978, n° 860.

<sup>61</sup> Voy. en ce sens l'art. 5, 3°, de l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, qui prévoit dans le cas d'un recours exercé contre une personne ne satisfaisant pas aux conditions prescrites par la loi et les règlements belges pour pouvoir conduire le véhicule, que le droit de recours ne s'applique pas si la personne qui conduit le véhicule à l'étranger a respecté les conditions prescrites par la loi et les règlements locaux pour conduire le véhicule et n'est pas sous le coup d'une déchéance en cours en Belgique.

<sup>62</sup> Voy. L. SCHUERMANS et P. LAVRYSSSEN-VAN EUPEN, « Les accidents de la circulation en droit international privé belge », *R.D.I.D.C.*, 1974, pp. 29-30; L. SCHUERMANS, « Verzekering en internationaal privaatrecht », *R.W.*, 1980-1981, col. 217.

selon les Etats, l'information à fournir aux créanciers pour que ceux-ci soient en mesure de faire opposition au paiement, le caractère libératoire du paiement effectué par l'assureur entre les mains de son assuré et les conséquences de la volonté exprimée par l'assuré de réparer ou de reconstruire le bien assuré<sup>63</sup>.

Une analyse fonctionnelle des règles relatives à l'attribution préférentielle de l'indemnité conduit tout droit au concept de loi de police<sup>64</sup>. Cette méthode se justifie par le fait que les intérêts des créanciers sont étrangers à la finalité matérielle des règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance et qu'il paraît par conséquent à la fois légitime et nécessaire, de déroger au(x) facteur(s) de rattachement retenus par ces règles de conflit bilatérales. L'objectif des règles d'attribution préférentielle étant de sauvegarder les droits acquis par les créanciers sur la chose assurée, le critère spatial qui s'en dégage paraît être le lieu de situation du bien assuré (*lex rei sitae*)<sup>65</sup>.

## F. Dispositions réglementant les clauses d'élection de for et les clauses compromissoires

**564.** L'impérativité des règles relatives au contrat d'assurance a conduit assez naturellement certains législateurs nationaux à réglementer les clauses par lesquelles les parties tentent d'échapper aux contraintes de l'ordre juridique étatique dans lequel leur contrat s'inscrit normalement. Différents moyens s'offrent traditionnellement à elles dans ce but<sup>66</sup> la clause d'élection de for par laquelle elles choisissent un tribunal qui sera appelé à connaître des litiges ou de certains litiges qui pourraient les opposer, et la clause compromissoire par laquelle elles conviennent de confier à une juridiction privée non étatique, institutionnalisée ou non, le soin de régler les litiges qui pourraient survenir ou qui sont déjà survenus entre elles<sup>67</sup>. On conçoit que dans une matière où les abus de puissance économique sont particulièrement à redouter, les autorités étatiques soient peu enclines à favoriser ce type de clauses et davantage portées à restreindre la liberté qui est généralement accordée aux parties contractantes dans le domaine des relations contractuelles internationales<sup>68</sup>. Avant d'examiner la licéité des clauses d'élection de for

---

<sup>63</sup> Voy. COMITE EUROPEEN DES ASSURANCES (C.E.A.), *CEE - Les droits du contrat d'assurance*, mai 1990, n° 2.

<sup>64</sup> En ce sens à propos des articles 9 et ss. de la loi allemande sur le contrat d'assurance (VVG) F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 4, p. 12; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 112-113.

<sup>65</sup> En ce sens V. HAHN, *ibid.*

<sup>66</sup> On rappellera que les conventions d'arbitrage et d'élection de for sont exclues du domaine d'application de la Convention de Rome. Voy. sur les motifs de cette exclusion le rapport de MM. GIULIANO et LAGARDE, *JOCE*, n° 82 du 31 octobre 1980, p. 11.

<sup>67</sup> Sur l'ensemble du problème voy. P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 13-552.

(1) et d'arbitrage (2) dans les contrats internationaux, on procédera au préalable à un bref rappel des règles de compétence internationale applicables en matière d'assurance (3).

### 1. *Les règles de compétence internationale*

**565.** La compétence administrative des autorités de contrôle dépend directement des directives selon les critères que nous avons déjà examinés (voy. *supra* n°130 et ss., n°178 et ss.). En matière judiciaire, des règles de compétence spécifiques relatives à l'assurance existent en France (juge du domicile de l'assuré ou du lieu de situation des objets assurés ou du lieu de l'accident), en Allemagne (compétence du tribunal du lieu où se situe l'agence ou le domicile de l'agent, §18 VVG) et en Italie (compétence du tribunal du lieu où se situe l'agence si le contrat a été conclu par son intermédiaire, art.903, al.1, C. civ.). Dans les limites de son domaine d'application, ces règles sont toutefois supplantées par la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée, le 27 septembre 1968, telle que modifiée le 9 octobre 1978, le 25 octobre 1982 et le 26 mai 1989<sup>68</sup>. La compétence en matière d'assurances y est réglée par les articles1 à 12bis. L'on conçoit donc que les directives ne se soient pas attardées à cette question.

Les règles de compétence de la Convention de Bruxelles relatives à l'assurance sont, comme les règles de conflit, manifestement inspirées d'un souci de protection de la partie réputée faible (preneur d'assurance, bénéficiaire, assuré, victime)<sup>69</sup>. Ce souci se traduit d'une part, par un choix assez large ouvert à la partie faible lorsque celle-ci est le demandeur et par une restriction corrélative du choix ouvert à l'assureur dans la situation inverse, et, d'autre part, par une limitation assez stricte des clauses d'élection de for (voy. *infra* n°108 et ss.). Les assurances sociales sont toutefois écartées du champ d'application

<sup>68</sup> La Convention d'adhésion de 1978 est entrée en vigueur entre les six Etats fondateurs de la CEE et le Danemark, le 1er novembre 1986, puis dans les relations avec le Royaume-Uni, le 1er janvier 1987, et dans les relations avec l'Irlande, le 1er juin 1988. Selon l'article14 de la Convention d'adhésion de 1978, la Convention de 1968, telle qu'elle est modifiée par cette Convention d'adhésion «est applicable qu'aux actions judiciaires intentées (...) postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Convention dans l'Etat d'origine».

Il en va de même de la Convention portant adhésion de la République Hellénique du 25 octobre 1982 (*JOCE*, n°1388 du 31 décembre 1982, p.1) et de la Convention de Donostia San Sebastian du 26 mai 1989 en vue de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal (*JOCE*, n°1385 du 3 octobre 1989). Ces Conventions ne modifient pas les règles de compétence relatives à l'assurance. La Convention relative à l'adhésion de la Grèce est entrée en vigueur entre les dix Etats signataires le 1er avril 1989. La Convention de San Sebastian, qui permet de réaliser l'alignement de la Convention de Bruxelles sur le Convention de Lugano, est en vigueur en Espagne (1er février 1991), en France (1er février 1991), aux Pays-Bas (1er février 1991), en Italie (1er mai 1992), au Luxembourg (1er février 1992), au Royaume-Uni (1er décembre 1991), en Grèce (1er juillet 1992), au Portugal (1er juillet 1992), en Irlande (28 septembre 1993) et en Allemagne (14 septembre 1994).

<sup>69</sup> Le rapport Jenard prévoit expressément que «Les sections3 et 4 (du titreIII) sont dictées par des considérations d'ordre social et ont notamment pour but d'éviter les abus qui peuvent résulter de contrats d'adhésion» (*JOCE*, n°139 du 5 mars 1979, p.10). Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.III, 2ème éd., 1993, n°325; J. BIGOT, «L'internationalisation du droit des assurances», in *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 59.

de la Convention, même lorsqu'elles sont exploitées par des assureurs privés<sup>70</sup> (art. 1, al. 1).

**566.** La compétence en matière d'assurance est déterminée de façon autonome et exhaustive par la section 3 les dispositions des articles 1 à 12bis excluent par conséquent l'application de l'article 1 ainsi que celle de l'article 3, 1° à 4°. L'article 1 réserve toutefois les dispositions des articles 4 et 5, 5°.

La référence à l'article 4 indique que les articles 1 à 12bis ne sont applicables que si le défendeur (assureur, preneur, assuré...) est domicilié sur le territoire d'un Etat contractant (article 4, al. 1). A défaut, le demandeur domicilié sur l'un de ces territoires peut, conformément à l'article 4, al. 2, se prévaloir des règles nationales de compétence, y compris celles qui sont visées par l'article 3, al. 2. Toutefois, l'assureur qui, sans avoir de domicile sur le territoire d'un Etat contractant, possède sur ce territoire une succursale, une agence ou tout autre établissement, est censé domicilié sur ce territoire, pour les contestations relatives à leur exploitation (article 8, al. 2)<sup>71</sup>. Une compagnie d'assurance américaine peut donc être assignée devant les juridictions d'un Etat contractant où elle dispose d'une agence ou d'une succursale, pourvu que le litige soit relatif à l'exploitation de cette agence ou de cette succursale.

La réserve de l'article 3, 5°, indique que l'assureur domicilié cette fois dans un Etat contractant peut aussi, outre le lieu de son siège, être assigné devant le juge du lieu de situation de l'agence ou de la succursale pour les litiges relatifs à l'exploitation de celle-ci<sup>72</sup>.

---

70 En ce sens, P. MERKELBACH et AK SCHNYDER, «La Convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale» son importance pour les entreprises d'assurance», *R.G.A.T.*, 1994, p. 15.

71 La notion de domicile au sens de la Convention se définit selon le procédé propre à cette Convention. Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. 1, 2ème éd., 1993, n° 308. Pour un cas d'application de l'article 8, al. 2 à un mandataire général des *Lloyd's*, voy. Paris, 19 février 1992, *Dall.*, 1992, *Jur.*, p. 83, note H. CLARET.

72 Dans la ligne d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie, la Cour de justice considère que les notions d'agence, de succursale et d'établissement doivent faire l'objet d'une interprétation autonome, commune à l'ensemble des Etats contractants.

D'après l'arrêt *de Bloos* (CJCE, 6 octobre 1976, *de Bloos c/ Boyer*, aff. 14/76, *Rec.* 1976, p. 497), un des éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence est la soumission à la direction et au contrôle de la maison-mère. Ces mêmes notions ont fait l'objet d'une définition minutieuse dans l'arrêt *Somafer* (CJCE, 22 novembre 1978, *Somafer c/ Saar Ferngas*, aff. 3/78, *Rec.*, 1978, p. 183), où la Cour insiste sur l'élément de dépendance et de décentralisation qui caractérise l'établissement secondaire. Selon cet arrêt, la notion de succursale ou d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste de façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison-mère. Cet établissement doit être pourvu d'une direction et être équipé matériellement de façon à pouvoir négocier et pas seulement conclure – ce qui suppose une marge d'appréciation des affaires avec des tiers, de manière telle que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison-mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à la maison-mère et peuvent conclure des affaires ou centre d'opérations qui en constitue le prolongement. Dans ces conditions, on peut douter qu'un bureau de règlement de sinistres puisse constituer un établissement secondaire au sens de cette disposition. Il en va de même d'un établissement

Les articles 10 et suivants invitent à distinguer les hypothèses où l'action est introduite contre l'assureur (art. 10 à 10), de celles où l'action est introduite à l'initiative de l'assureur (art. 11). On remarquera que ces articles ne procèdent à aucune distinction suivant que le contrat concerne un risque de masse ou un grand risque industriel ou commercial.

a) *Action introduite contre l'assureur*

**567.** Tandis que l'article 10 prévoit, en règle générale, un système de compétences alternatives entre lesquelles le demandeur peut choisir la solution qui lui convient le mieux,

---

juridiquement autonome qui se contenterait de faire de la publicité pour sa maison mère, sans contracter pour son propre compte (CJCE, 15 septembre 1994, *W. Brenner et P. Noller c/ Dean Witter Reynolds Inc.*, R.C.D.I.P., 1995, p. 54). La solution devrait être différente pour les mandataires généraux (en ce sens, J. BIGOT, note sous Paris, 27 avril 1983, R.G.A.T., 1986, p. 49). En dépit de ce que l'arrêt *Somafer* laissait entendre dans un *obiter dictum*, l'application de l'article 10, 5° ne suppose pas que les engagements litigieux pris par la succursale, au nom de la maison-mère doivent être exécutés dans l'Etat contractant où la succursale est établie, sans quoi cette disposition ferait double emploi avec l'article 10, 1° qui permet déjà de porter le litige devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation (CJCE, 6 avril 1995, aff. 139/93, *Lloyd's Register of Shipping*, non encore publié au Recueil).

La Cour de justice a fait une application rigoureuse des principes qui se dégagent de l'arrêt *Somafer* dans l'arrêt *Blanckaert* (CJCE, 18 mars 1981, *Blanckaert et Willems c/ Trost*, aff. 39/80, Rec. 1981, p. 19), où elle a estimé qu'un agent commercial indépendant ne réunissait pas les conditions caractéristiques d'une succursale lorsque l'agent est libre d'organiser l'essentiel de son activité et de déterminer le temps de travail qu'il consacre à une entreprise qu'il accepte de représenter, lorsque l'entreprise qu'il représente ne peut lui interdire de représenter en même temps plusieurs firmes concurrentes dans le même secteur de production ou de commercialisation et lorsqu'il se borne à transmettre des commandes à la maison-mère sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution.

Dans un arrêt plus récent (CJCE, 9 décembre 1987, *Schotte c/ Rothschild*, aff. 18/86, R.C.D.I.P., 1988, p. 33, note G. DROZ; J.D.I. (*Clunet*), 1988, p. 44, obs. M. BISCHOFF) très critiqué par la doctrine, la Cour s'est montrée sensible à la théorie de l'apparence, dans l'intérêt des tiers qui font des affaires avec un établissement. Elle décide que l'article 10, 5°, s'applique à un cas où une personne morale établie dans un Etat contractant tout en n'exploitant pas une succursale, agence ou établissement dépourvu d'autonomie dans un Etat contractant, y exerce néanmoins ses activités au moyen d'une société indépendante portant le même nom et ayant la même direction, qui agit et conclut des affaires en son nom et dont elle se sert comme d'un prolongement. Cette décision qui paraît ajouter aux décisions précédentes, plus qu'elle n'en retranche, s'appuie pour reconnaître la compétence du for de la succursale, sur l'erreur légitime du tiers et sur l'utilisation durable de l'établissement secondaire dans le cadre d'une activité commerciale propre. Sa portée se limite apparemment au cas où l'intermédiaire a participé activement à l'opération contractuelle.

Quant aux contestations visées, l'arrêt *Somafer* précité distingue les litiges relatifs à la gestion et au fonctionnement de l'établissement lui-même, de ceux qui concernent son activité dirigée vers l'extérieur. Celle-ci comprend les engagements contractuels pris par le centre d'opérations au nom de la maison-mère, mais qui ne doivent pas nécessairement être exécutés dans l'Etat contractant où ce centre d'opérations est établi (arrêt du 6 avril 1995, précité), ainsi que les obligations non contractuelles qui trouveraient leur origine dans les activités que la succursale, l'agence ou tout autre établissement a assumées au lieu où il est établi pour compte de la maison-mère.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, on rappellera que les directives, à la suite de la Cour de Justice, ont assimilés 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 d'une 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.

Un problème particulier relatif au mode d'activités des entreprises d'assurance pourra se poser lorsqu'il s'agira d'établir si l'affaire en question relève bien de l'exploitation de la succursale. La distinction, qui ne sera pas toujours aisée, entre les activités exercées par voie d'établissement et celles exercées en libre prestation de services retrouve ici tout son intérêt.

les articles 9 et 10 prévoient quelques compétences spéciales supplémentaires pour les assurances de responsabilité et les assurances portant sur des immeubles.

- *Compétences alternatives de l'article 8.* En vertu de l'article 8, l'assureur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré

- soit devant les tribunaux de l'Etat où il a son domicile, compte tenu de l'extension opérée par l'article 8, al. 1, mentionnée ci-dessus. Cette disposition se borne à énoncer la compétence générale déjà évoquée à l'article 9. A l'intérieur de chaque Etat, il sera donc fait application de la législation interne pour déterminer le tribunal compétent,
- soit, dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu où est domicilié le preneur d'assurance au moment de l'introduction de l'action (mais non devant celui de l'assuré ou du bénéficiaire),
- soit, s'il s'agit d'un coassureur, devant le tribunal d'un Etat contractant saisi de l'action formée contre l'apériteur de la coassurance.

Les deux derniers points énoncent des règles de compétences spéciales. Ceci signifie que l'action doit être portée devant le tribunal expressément désigné.

- *Assurances de la responsabilité et assurances portant sur des immeubles (art. 9 et 10)*

- s'il s'agit d'assurances de la responsabilité ou d'assurances portant sur des immeubles (auxquelles on assimile les assurances portant à la fois sur des immeubles et des meubles couverts par une même police et atteints par le même sinistre), l'assureur peut être attiré devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit,

73 Rapport JENARD, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 31. Si la police couvre plusieurs établissements d'une même société ou groupe de sociétés, seul le siège du preneur doit être pris en considération. Ceci signifie que si la couverture est prise par la maison-mère pour son propre compte et celui de ses filiales, les tribunaux du lieu du siège de chacune de ses filiales ne sont pas compétents aux termes de l'article 8.

74 Il semble qu'à la suite d'une remarque de la délégation britannique, on n'ait pas voulu autoriser le preneur à poursuivre l'ensemble des coassureurs dans le pays de l'un d'entre eux, alors que le coassureur en question pourrait n'avoir garanti qu'une partie infime du risque (Rapport SCHLOSSER, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 16, n° 49). Rien n'empêche cependant le preneur d'assurance d'assigner les différents coassureurs devant des tribunaux différents. Il est alors tenu de le faire devant l'un des tribunaux compétents en vertu de l'article 8, al. 1, points 1 et 2, lorsque l'apériteur a fourni spontanément une prestation.

75 Les rédacteurs de la Convention de 1978 ont supprimé la possibilité d'assigner l'assureur devant le juge du domicile de l'intermédiaire indépendant (Rapport SCHLOSSER, p. 16, n° 50). Outre les ambiguïtés qu'elle comportait, cette compétence faisait double emploi avec l'art. 5, 5°.

76 Est également compris le cas où les meubles sont couverts par un avenant à la police garantissant l'immeuble (Rapport JENARD, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 32).

77 Pour la détermination du lieu du fait dommageable, il est sans doute permis de s'inspirer des arrêts rendus le 30 novembre 1976 et le 7 mars 1995 par la Cour de Justice (*Bier C.S.A. Mines de potasse d'Alsace*, aff. 1/76, *Rec.*, 1976, p. 735; *CJCE*, 7 mars 1995, *Fiena Shevill, J.L.M.B.*, 1995, p. 148), qui interprète l'article 8, 3° dans le sens d'une compétence alternative du tribunal du lieu de l'événement causal ou du lieu de survenance du dommage. Le lieu de survenance est celui où la victime directe du dommage a subi le préjudice. Les victimes par ricochet ne peuvent donc introduire leur réclamation devant les tribunaux de leur propre domicile (*CJCE*, 11 janvier 1990, *Dumez France c/ Hessische Landesbank*, aff. n° 20/88, *Rec.*, 1990, I, p. 49 et *CJCE*, 19 septembre 1995, *Marinari*, aff. C-364/93, non encore publiée au Recueil où la Cour affirme clairement que la notion de «lieu du fait dommageable ne peut pas être interprétée comme incluant le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre Etat contractant).

- en matière d'assurances de la responsabilité, l'assureur peut également être appelé en intervention devant le tribunal saisi de l'action civile de la personne lésée contre l'assuré si la loi de ce tribunal le permet, ce qui n'est apparemment le cas ni en Allemagne (la procédure applicable en Allemagne est celle de l'appel en déclaration de jugement commun dont l'art. 49 du Protocole réserve expressément le jeu en matière d'assurances) ni en Autriche, ni en Suisse (art. 10, al. 1)<sup>78</sup>. Ces Etats ont émis une réserve à ce sujet.

- *Action directe de la victime*<sup>79</sup> Les dispositions des articles 4 à 9 sont applicables en cas d'action directe de la victime contre l'assureur pourvu que cette action soit possible selon la loi qui régit (art. 10, al. 2). Ceci signifie tout d'abord que la personne lésée bénéficie des mêmes possibilités que celles dont dispose le preneur d'assurance. On notera toutefois qu'aucune de ces dispositions n'admet la compétence du for du domicile de la personne lésée, si ce n'est au titre du lieu du fait dommageable. A défaut d'être résolue par la Convention, la question de l'admissibilité de l'action directe est soumise aux règles de droit international privé du juge saisi (sur la loi applicable à l'action directe, voy. *supra* n° 599 et ss.) (art. 10, al. 2). En outre, si la loi relative à cette action prévoit la mise en cause du preneur ou de l'assuré, le même tribunal sera aussi compétent à son égard (art. 10, al. 3).

b) *Action introduite à l'initiative de l'assureur (art. 11)*

**568.** Lorsque l'action est introduite par l'assureur, les règles de compétence internationale se définissent de la façon suivante<sup>80</sup>

- quelle que soit la qualité du défendeur (preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire), l'action de l'assureur ne peut en principe être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, au moment de l'introduction de l'instance. Il s'agit ici d'une compétence générale, le tribunal territorialement compétent devant être déterminé à l'intérieur de chaque Etat par la législation interne de l'Etat concerné<sup>81</sup> (art. 11, al. 1)<sup>82</sup>.
- pour des contestations relatives à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement *du défendeur domicilié dans un Etat contractant* (c'est nous qui

<sup>78</sup> Les assureurs dont le siège se situe dans un de ces pays peuvent cependant être attirés devant les tribunaux d'autres pays contractants qui admettent cette intervention en garantie de l'assureur. Le danger d'une demande en intervention pourrait être écarté au moyen d'une clause attributive de juridiction à condition que le preneur d'assurance et l'assureur soient domiciliés dans le même Etat contractant au moment de conclure le contrat (art. 12, al. 3) (en ce sens, T. LÖRTSCHER, «Sinistres internationaux R.C. et assurance», *Suisse de Réassurances*, 1995, p. 11, l'auteur donne l'exemple d'une entreprise autrichienne assurée en responsabilité civile auprès d'une société d'assurance allemande, dont les produits ont provoqué des dommages à une victime domiciliée en France. Dans ce cas, la demande en intervention formulée par l'assuré à l'encontre de l'assureur serait recevable puisqu'elle est admise par le droit français.

<sup>79</sup> Rapport JENARD, *JOCE*, n° 139 du 5 mars 1979, p. 33.

<sup>80</sup> Lorsque ces personnes sont domiciliées en dehors du territoire de la Communauté, ce sont les règles de compétence désignées par l'article 4 qui sont applicables.

soulignons), l'action de l'assureur peut être portée devant le tribunal du lieu de leur situation (art.13, 5°).

- l'assureur conserve naturellement la possibilité d'introduire une action reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire contre lui (art.11, al.1).
- Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'assureur peut enfin attirer devant le tribunal saisi de l'action directe de la victime, le preneur d'assurance ou l'assuré, si la loi qui régit cette action prévoit leur mise en cause (art.10, al.1).

c) *Conflit de juridictions, conflit de lois et conflit d'autorités*

**569.** Cette brève analyse des articles1 à 12bis1 démontre tout d'abord que les règles de compétence judiciaire internationale propres à l'assurance ne s'appuient pas sur les mêmes critères que les règles de conflit de lois communautaires. Les unes et les autres s'inspirent de préoccupations différentes, ce qui explique l'absence de cohérence des solutions retenues. Ainsi, la juridiction compétente ne sera pas nécessairement celle du lieu du risque ou de l'engagement au sens de l'article1, litt.1 de la directive LPS non-vie ou 2 litt.1 de la directive LPS vie. De même le juge compétent n'appartiendra pas nécessairement à l'un des Etats auxquels les directives reconnaissent un intérêt particulier à régir le contrat (lieu du risque, lieu de la résidence habituelle du preneur ou lieu de

---

81 Les articles1 à 12 bis de la Convention révisée n'ont guère suscité de jurisprudence à l'heure actuelle au niveau de la Cour de justice. On citera néanmoins l'arrêt du 27 juin 1991 rendu dans l'affaire *Overseas Union Insurance Ltd et autres c/ New Hampshire Company R.C.D.I.P.*, 1991, p.164, note H. GAUDEMET-TALLON; *Cah. Dr. Eur.*, 1992, p.153, note H. TAGARAS; *Eur.L.R.*, 1992, p.15), qui concernait cependant moins les articles1 à 12 bis que l'article11 relatif à la litispendance. La Cour n'a pas eu à répondre à la quatrième question qui visait à déterminer si les articles1 à 12 bis étaient applicables à la réassurance. Alors que le rapport JENARD sur la Convention de 1968 est muet sur cette question (*JOCE*, n°119 du 5 mars 1979, pp.10 à 33), le rapport SCHLOSSER sur la Convention d'adhésion est en revanche catégorique1 «Un contrat de réassurance ne peut être assimilé à un contrat d'assurance. Il en résulte que les articles1 à 12bis ne sont pas applicables au contrat de réassurance1 (*JOCE*, n°119 du 5 mars 1979, p.17, n°151). Cet argument n'a pas convaincu la Commission qui, dans le rapport d'audience, estimait qu'il était difficile de déceler entre l'assurance et la réassurance une différence fondamentale permettant d'exclure la réassurance du champ d'application du titreIII, section1, et qu'une exclusion d'une telle importance ne pouvait être simplement déduite tacitement du texte (voy. également J. BIGOT, Note sous Paris, 6 juin 1990, *R.G.A.T.*, 1990, p.102, qui observe que la réassurance emprunte bon nombre des techniques de l'assurance directe, notamment l'assurance en quote-part, même si certaines formes de réassurance sont spécifiques, notamment la réassurance en excédent de pertes). L'exclusion prévue par le rapport explicatif s'inspire manifestement de l'idée que les règles de compétence protectrices du preneur ne devraient pas être applicables dans un secteur où les parties contractantes sont d'égale puissance économique. Dans le sens de l'exclusion, voy. R. MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance*, 6ème Ed., London, Sweet & Maxwell, 1990, p.19, n°1-50; T. LÖRTSCHER, *Sinistres internationaux R.C. et assurance*, Suisse de réassurances, 1995, 791p., p.19; J. BIGOT, «l'internationalisation du droit des assurances1, in *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 60, citant Paris, 6 juin 1990, *R.G.A.T.*, 1990, p.100. On appliquera donc à la réassurance les règles de compétence internationale contenues dans la Convention de Bruxelles communes à tous les contrats. En sens contraire, P. MERKELBACH et A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note10, p. 55. Ces auteurs sont favorables à l'application des dispositions spécifiques de la convention à la réassurance, mais estiment toutefois, en l'absence de motifs de protection, que les restrictions qui assortissent les clauses de prorogation de for devraient être écartées.

survenance du sinistre en assurance non-vie; lieu de l'engagement ou nationalité du preneur en assurance vie).<sup>82</sup>

Ensuite, on remarquera que les critères servant à la détermination de la compétence judiciaire n'ont rien de commun avec ceux qui sont destinés à répartir la compétence administrative. Or, les autorités de surveillance seront, elles aussi, appelées à se prononcer sur le respect des dispositions impératives par les opérateurs économiques.

Enfin, la multiplicité des fors devant lesquels l'assureur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait établi, sauf clause d'élection de for répondant aux conditions strictes prévues par l'article 2, l'impossibilité pour les parties de prévoir avec certitude quel juge sera saisi du litige, et ce d'autant plus que le critère du domicile s'apprécie, dans le contexte des règles de compétence juridictionnelle, au moment de l'introduction de l'action<sup>83</sup>. Les parties contractantes, et particulièrement l'assureur, ne peuvent donc anticiper le conflit de lois de façon à déterminer dès la rédaction du contrat à quelles lois de police elles doivent se conformer. Cet inconvénient, qui est de taille pour un contrat très réglementé, ne pourrait être évité que si tous les Etats membres s'accordaient sur un concept identique des lois de police susceptibles d'affecter le contrat d'assurance, mais c'est loin d'être le cas à l'heure actuelle. L'incertitude étant en partie inhérente à la méthode elle-même, celle-ci ne fait que souligner l'importance d'une interprétation stricte du concept.

## 2. Les clauses d'élection de for

**570.** «Par la clause d'élection de for, les contractants s'engagent à soumettre tout litige (ou une catégorie particulière de litiges) qui pourrait avoir pour objet la validité, l'interprétation et l'exécution de leurs obligations respectives, soit aux juridictions de tel Etat déterminé, soit aux tribunaux siégeant en tel lieu, soit même à une juridiction précise<sup>84</sup>. On attribue généralement trois effets à la clause attributive de juridiction. Un

---

<sup>82</sup> M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988», *R.G.A.T.*, 1989, p. 57, n° 1; A.K. SCHNYDER, «Observations from a Third Country on the Development of International Insurance Contract Law within the EC», in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, Kluwer, 1993, p. 174; R. MERKELBACH, A.K. SCHNYDER, «La Convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale son importance pour les entreprises d'assurances», *R.G.A.T.*, 1994, p. 51, qui critiquent l'absence de coordination entre la compétence judiciaire et les normes de conflits de lois en parlant d'un «déficit de coordination généralisé». Dans le même sens, A.K. SCHNYDER, «Vertragsfreiheit», *R.S.A.*, 1994, p. 10.

<sup>83</sup> K. LENAERTS, «La loi applicable et la libre prestation des services en assurance vie», *Ann. Dr. Lv.*, 1990, p. 58, n° 7 et 18; T. LÖRTSCHER, *op. cit.*, note 8, p. 20.

<sup>84</sup> F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», *Rec. des Cours*, 1989 I (vol. 13), p. 69, n° 19.

effet prorogatif puisqu'elle confère à une juridiction l'aptitude à régler un litige dont elle n'aurait pas eu normalement à connaître, un effet dérogatoire puisqu'elle exclut la compétence des juridictions qui auraient pu, à défaut, être saisies de ce litige et un effet de droit international privé puisqu'elle aboutit aussi à élire le système de droit international privé du for choisi.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'harmonisation des règles de conflit communautaires n'enlève pas tout intérêt à la clause d'élection de for. L'usage qui a été fait des options ouvertes aux Etats membres, notamment sur le plan de l'élargissement du choix au second degré, réintroduit, on l'a vu, le risque du *forum shopping*. La clause attributive de juridiction s'offre aux parties comme un moyen de parer à l'incertitude de la saisine du tribunal, souvent servie par des règles de compétence alternatives, tout en leur permettant d'élire le système de droit international privé susceptible de valider la clause de choix du droit applicable.

Il existe toutefois deux limites à l'effet de prorogation de compétence qui s'attache à la clause d'élection de for. En tant qu'expression de l'aptitude des parties à choisir le droit applicable, cette clause est généralement soumise aux mêmes restrictions que celles qui affectent le droit matériel interne en ce sens que les matières que les parties ne peuvent soustraire aux tribunaux d'un Etat sont généralement celles que le même Etat soumet à des dispositions impératives<sup>85</sup>. Sous cet angle, l'assurance pose un problème certain d'admissibilité de la clause. Une autre limite, sans doute moins importante mais néanmoins réelle dans le domaine de l'assurance, résulte de l'effet relatif qui s'attache à la clause d'élection de for, comme à toute autre clause contractuelle<sup>86</sup> elle ne peut être invoquée qu'entre parties contractantes.

a) *Admissibilité de la clause*

**571.** *Convention de Bruxelles.* Si les conditions de formation de la clause de juridiction ont vocation à être régies, comme toute autre clause conventionnelle par la loi contractuelle, il appartient normalement à la loi du for, en tant que loi de police, de se prononcer éventuellement sur l'admissibilité de la clause, car cette clause intéresse directement le fonctionnement des autorités étatiques<sup>87</sup>. L'on ne peut exclure non plus l'intervention impérative d'une loi sur les clauses abusives, qui réputerait annulables les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en

---

<sup>85</sup> F. RIGAUX, *ibid.*

<sup>86</sup> Voy. M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n°93/13 du 5 avril 1993», *R.E.Dr. Cons.*, 1996, p. 11, n°10.

justice par le consommateur (sur l'application internationale des lois sur les clauses abusives voy. *infra* n°□.). Le droit international privé conventionnel peut toutefois, dans un but de simplification et de politique matérielle, réglementer directement l'admissibilité des clauses de juridiction et supplanter ainsi les initiatives particulières. Ces règles matérielles permettent de faire l'économie d'une méthode de désignation du droit applicable<sup>87</sup>. La Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale comporte précisément des dispositions particulières relatives à l'admissibilité des clauses attributives de juridiction en matière d'assurance (art.□2 et 12bis). En vertu du principe de primauté des traités internationaux, les dispositions nationales prohibitives qui leur seraient contraires ne pourraient donc valoir qu'en dehors du domaine d'application de la Convention.

A cet égard, la référence prévue par l'article□ de la Convention de Bruxelles à l'article□ de la même Convention tendrait à établir que la réglementation de l'admissibilité des clauses d'élection de for prévues aux articles□2 et 12bis n'est applicable que lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat contractant. Cette condition d'ordre spatial est donc définie plus strictement que dans l'article□7 qui régit, de façon générale, la prorogation de compétence. Pour qu'une clause d'élection de for valablement conclue puisse produire les effets que lui attribue l'article□7, il suffit en effet que la clause désigne un tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant et qu'elle soit conclue par des parties dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant au moment de la conclusion de l'accord<sup>88</sup>.

**572.** A la demande du Royaume-Uni, la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni apporte, dans le domaine des clauses d'élection de for insérées dans les contrats d'assurance, certains assouplissements au régime restrictif qui était prévu par la Convention du 27 septembre 1968. Le principe de l'interdiction des clauses est toutefois maintenu sauf exceptions limitativement définies. Que la clause désigne le juge d'un Etat contractant ou d'un Etat non contractant<sup>89</sup>, l'article□2 interdit de déroger aux dispositions de la section□ SAUF

---

<sup>87</sup> M. FALLON, *ibid.*

<sup>88</sup> Si aucune des parties n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, la nouvelle disposition de l'art.□7, al.□, 3ème phrase, prévoit que les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés par la clause n'ont pas décliné leur compétence. Cette disposition vise à ce que l'effet dérogatoire de la clause d'élection de for s'exerce uniformément. Elle s'oppose à la vérification incidente de la validité de la convention attributive de juridiction. Le critère spatial d'applicabilité de cette disposition particulière est dès lors celui de l'appartenance du tribunal désigné à un Etat contractant. Cette extension est censée préserver l'importance de la place de Londres, dont les tribunaux sont fréquemment désignés dans les contrats commerciaux internationaux.

<sup>89</sup> P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, 1985, p.□4, n°□28. Sur l'état des ratifications de la Convention dans sa version modifiée de 1978, voy. *supra*, 1ère partie, titre II, note 19.

1°) par des clauses conclues après la naissance du différend. Le différend suppose qu'il y ait « désaccord entre les parties sur un point déterminé et qu'une procédure judiciaire s'annonce comme imminente ou prochaine<sup>90</sup> ». Les clauses antérieures à la naissance du différend ne sauraient donc priver le plaideur du bénéfice des art. 17 et ss. (art. 12, 1°).

2°) par des clauses offrant au preneur, à l'assuré ou au bénéficiaire, des options supplémentaires permettant de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués (art. 12, 2°).

3°) par des clauses passées entre un preneur et un assureur ayant au moment de la conclusion du contrat leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même Etat contractant, qui ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux tribunaux de cet Etat, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. Dans le cas où le domicile (ou la résidence habituelle) des deux parties se situe dans un même Etat contractant, on a estimé que l'assureur pouvait légitimement refuser d'être poursuivi à l'étranger devant le for du lieu du fait dommageable (art. 12, 3°). Cette possibilité, qui peut être exercée avant ou après la naissance du litige, est très utile pour les assurances R.C. produits et R.C. environnement puisqu'elle permet de déroger à la compétence des juridictions du lieu du fait dommageable.

4°) par des clauses conclues par un preneur n'ayant pas son domicile dans un Etat contractant<sup>91</sup>, à moins qu'il ne s'agisse d'une assurance obligatoire ou portant sur un immeuble situé dans un Etat contractant. Cette dérogation vivement souhaitée par le Royaume-Uni, autorise les parties à élire, avant ou après la naissance du litige, les juges d'autres Etats contractants ou ceux d'Etats tiers, en écartant les compétences spéciales visées par les art. 17 et ss. (art. 12, 4°).

Lorsqu'il s'agit d'un contrat d'assurance obligatoire, il n'est pas possible en ce qui concerne tout au moins les risques relevant de l'assurance obligatoire, de déroger aux dispositions des articles 8 à 11, même si le preneur est domicilié en dehors de la Communauté. La portée de cette restriction n'est pas claire<sup>92</sup> dans quel pays faut-il que l'assurance soit rendue obligatoire pour invalider la clause d'élection du for<sup>93</sup> Il faut

---

<sup>90</sup> Rapport JENARD, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 33, citant BRAAS, *Précis de procédure civile*, t. 1, n° 95.

<sup>91</sup> Bien que le texte ne le précise pas, il semble que la condition de domicile du preneur doive être appréciée au moment de la conclusion du contrat. L'article 12, 4° suppose en outre que le défendeur soit domicilié sur le territoire d'un Etat contractant au moment du litige. Voy. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, 1985, p. 44, n° 30.

probablement que si la situation litigieuse visée entre dans le domaine d'application d'une loi imposant une obligation d'assurance prise par un Etat contractant<sup>92</sup>.

5°) par des clauses insérées dans des contrats couvrant certains types de risques en matière de transport maritime ou aérien, pour lesquels la protection du preneur paraît moins nécessaire (art. 12, 5° et 12bis). L'article 12bis a été introduit par la Convention de Luxembourg afin d'éviter que les assureurs britanniques ne soient tentés de recourir systématiquement à l'arbitrage pour éviter l'application des règles de la section 3<sup>93</sup>. Les clauses d'élection de for ont été libéralisées dans le domaine des assurances maritimes et aériennes sauf pour les couvertures où un intérêt de protection de la partie faible subsiste (assurance des bagages, des passagers<sup>94</sup>). Une raison supplémentaire avancée pour justifier un traitement libéral des assurances maritimes et aériennes provient du fait que le risque assuré porte dans une large mesure sur des biens meubles et que les polices d'assurance peuvent changer rapidement de titulaire.

On notera que les hypothèses dans lesquelles l'élection de for est admise ne sont pas définies de la même façon ni selon les mêmes critères que pour l'élection de droit<sup>95</sup>. En dehors des cas prévus à l'article 12bis, les limites à l'admissibilité des clauses d'élection de for sont en effet également applicables aux grands risques industriels. Il existe certes une analogie entre les deux réglementations en ce sens que la règle de conflit prévue par l'article 17, § 1, *litt. f*) de la directive LPS non-vie ouvre aussi une liberté de choix complète du droit applicable au bénéfice des assurances maritimes et aériennes, mais on notera que la définition de ces assurances se rapporte, dans la directive, à la classification administrative des risques par branche et qu'aucune distinction n'est faite suivant qu'elles impliquent ou non les intérêts d'une personne méritant protection. En ce qui concerne les clauses d'élection de for, le rapport de M. Schlosser indique opportunément qu'il n'a pas été possible de s'inspirer de la liste des branches d'assurance figurant en annexe à la première directive établissement en assurance non-vie du 24 juillet 1973, car cette liste est agencée en fonction des besoins des administrations de contrôle et non selon les exigences qu'impose le règlement des différends de droit privé. On s'étonnera que cette

92 Voy. Rapport SCHLOSSER, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 113, n° 38.

93 P. GOTHOT et D. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, note 89, p. 14, n° 29.

94 Pour une explication détaillée et une interprétation des formules d'assurance visées ou exclues, voy. Rapport SCHLOSSER, *JOCE*, n° 1139 du 5 mars 1979, p. 115, n° 41 à 147.

95 Voy. à cet égard la critique de U. HUBNER, « Zum Stand der Rechtsvereinheitlichung im internationalen Versicherungsvertragsrecht », in *Euroäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, C. von Bar (Ed.), Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag KG, 1991, p. 26. Dans le même sens, P. MERKELBACH et A.K. SCHNYDER, « La Convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, son importance pour les entreprises d'assurances », *R.G.A.T.*, 1994, p. 50; A.K. SCHNYDER, « Vertragsfreiheit », *op. cit.*, note 4, p. 10; J. BIGOT, « L'internationalisation du droit des assurances », *op. cit.*, note, p. 60.

argumentation tout à fait pertinente n'ait pas été retenue en ce qui concerne les règles de conflit de lois (voy. *supra* n°299 et ss.)<sup>96</sup>.

L'énumération des risques pour lesquels l'élection de for est admise (dommages au corps du navire, aux marchandises en transit, responsabilités engagées à l'occasion de la navigation ou du transport...) n'est toutefois pas, elle-même, exempte d'imprécisions, notamment quant à la notion de risques accessoires à ceux explicitement énumérés<sup>97</sup>.

**573.** Si les articles12 et 12bis régissent de façon limitative l'admissibilité des clauses attributives de juridiction, une question reste cependant posée: les clauses valables au regard de l'article12 doivent-elles en outre remplir les conditions de forme prévues par l'article17, destinées à garantir l'effectivité du consentement des parties<sup>98</sup>? La réponse nous paraît devoir être affirmative. Dans la mesure où toutes les dispositions de la section3, y compris les dérogations prévues, sont animées du souci de garantir la protection du preneur d'assurance, on ne voit pas pourquoi les conditions de forme, qui visent le même but, ne devraient pas s'appliquer en matière d'assurance, d'autant que les articles12 et 12bis se bornent manifestement à régler la question de l'admissibilité<sup>99</sup>.

Les clauses d'élection de for en matière d'assurance devront donc être conclues soit par écrit<sup>100</sup>, soit verbalement avec confirmation écrite, soit dans le commerce international, en une forme admise par des usages<sup>101</sup> connus ou censés être connus par les parties<sup>102</sup>. L'assouplissement des exigences de forme en ce qui concerne les transactions commerciales internationales a été introduit par la Convention de Luxembourg de 1978. La Convention de San Sebastian du 26 mai 1989 relative à l'adhésion de

<sup>96</sup> Rapport SCHLOSSER, précité note 50.

<sup>97</sup> Voy. notamment Court of Appeal, *Chairman v Woc Offshore BV*, (1993) 2 Lloyd's Rep., 551, à propos de la couverture accessoire d'équipements terrestres contre le risque d'une impossibilité de rapatriement.

<sup>98</sup> Sur ces conditions voy. H. BORN, «Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles», *J.T.*, 1995, p.353, n° 30 et ss.

<sup>99</sup> En ce sens, P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, note 89, p.14, n°128; L. KRAMER, «La CEE et la protection du consommateur», Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p.359, n°104; T. LÖRTSCHER, *op. cit.*, note18, p. 21.

<sup>100</sup> Sur cette question, voy. CJCE, 14 décembre 1976, *Colzani c/ Ruwa postereimaschinen Gmh*, aff.14/76, *Rec.*, 1976, p.1831; CJCE, 14 décembre 1976, *Segoura c/ Bonakdarian*, aff.15/76, *Rec.*, 1976, p. 1851. Selon ces arrêts, la forme écrite exigée par l'article17 a pour fonction, dès lors que les parties dérogent aux règles de détermination de la compétence, d'assurer que leur consentement se soit manifesté d'une manière claire et précise et soit effectivement établi. Si la clause ne figure pas dans le document contractuel, le renvoi aux conditions générales dans lesquelles elle serait inscrite doit, lui aussi, être exprimé par écrit.

<sup>101</sup> Voy. à cet égard la critique de U. HUBNER, *op. cit.*, note 51, p.26.

<sup>102</sup> Les exigences de forme prévues par l'article17, §1, doivent être réputées exhaustives en ce qui concerne l'accord matériel des volontés ainsi que les formes nécessaires pour le garantir. Elles supplantent toute autre condition imposée par la loi nationale. Par exemple, la validité de la clause attributive de juridiction n'est pas affectée par le fait qu'elle ait été rédigée dans une langue différente de celle qu'impose la législation d'un Etat contractant. *CJCE*, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, aff.150/80, *Rec.*, 1981, p.671.

l'Espagne et du Portugal précise que l'usage dont question doit être largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type, dans la branche commerciale considérée<sup>103</sup>. Elle ajoute par ailleurs aux formes alternatives, toute «forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles».

**574.** *Lois nationales.* Lorsque la clause attributive de juridiction à un tribunal étranger n'est pas couverte par la Convention de Bruxelles, elle peut tomber sous le coup d'une réglementation nationale prohibant ce type de clause dans les contrats d'assurance<sup>104</sup>. Ainsi, l'article 191<sup>ter</sup> de la loi de contrôle belge du 9 juillet 1975 modifié par la loi du 19 juillet 1991 déclare nuls, sans préjudice de l'application des traités ou accords internationaux, toutes clauses et tous accords attribuant aux tribunaux étrangers, à l'exclusion du juge belge, compétence pour connaître de toutes contestations relatives aux contrats souscrits en Belgique ou portant sur un risque localisé en Belgique au sens de l'article 3 de la loi de contrôle<sup>105</sup>.

Une telle règle qui relève de l'organisation judiciaire de l'Etat et du fonctionnement d'autorités étatiques doit être tenue pour une règle de police applicable par le juge du for, en l'occurrence le juge belge, dès que les conditions spatiales sont remplies<sup>106</sup>. De façon générale, la question de l'admissibilité d'une clause attributive de juridiction ne peut dépendre que du droit du for. Cette règle touche en effet à l'administration de la justice et n'est donc pas susceptible d'être appliquée par une juridiction étrangère. Encore faut-il lui assigner un domaine spatial par le biais d'un critère d'applicabilité. En matière d'assurance, ce critère sera en principe celui du lieu où se situe le risque (voy. *infra* n°47 et ss.).

#### b) *Opposabilité de la clause*

**575.** Conformément à l'effet relatif des conventions, la clause attributive de juridiction ne vaut en principe qu'entre parties contractantes. Rien n'empêche cependant un tiers de se

<sup>103</sup> Voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, L.G.D.J.*, 1993, p.3 et ss.; pour un état des ratifications, voy. *supra*, 1ère partie, titre II, note 19.

<sup>104</sup> L'on ne peut exclure non plus l'intervention éventuelle d'une loi sur les clauses abusives, qui réputerait annulable les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur. Sur l'application internationale des lois sur les clauses abusives (voy. *infra*).

<sup>105</sup> Une règle de ce type existe aussi en Espagne et au Luxembourg. La loi espagnole prévoit une compétence spéciale en faveur du juge du domicile de l'assuré, à laquelle il ne peut être dérogé.

<sup>106</sup> En ce sens F. RIGAUD et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.III, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1993, n°328; M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n°13/13 du 5 avril 1993, *R. E. D. Cons.*, 1996, p.1, n°10.

prévaloir d'une clause d'élection de for qui aurait été prévue à son profit dans le contrat, au moyen par exemple, d'une stipulation pour autrui. Ainsi, dans le contexte de l'article 7, la Cour de Justice a-t-elle permis à un tiers, assuré pour compte, de se prévaloir d'une clause d'élection de for stipulée en sa faveur par le contractant originaire. Il suffit que le consentement de l'assureur se soit manifesté clairement à cet égard<sup>107</sup>. Un argument en ce sens peut être trouvé dans l'article 12 qui prévoit expressément la possibilité de stipuler des clauses de prorogation de compétence non seulement en faveur du preneur, partie au contrat, mais également en faveur de l'assuré ou du bénéficiaire<sup>108</sup>.

La question se pose en des termes différents lorsqu'il s'agit d'opposer la clause à un tiers. Dans une affaire concernant les relations entre un transporteur et le tiers porteur du connaissement, la Cour de Justice a considéré qu'« est satisfait aux conditions posées par l'article 7 de la convention dès lors que la clause attributive de compétence a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et qu'en vertu du droit national applicable, le tiers porteur, en acquérant le connaissement, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations<sup>109</sup>. Selon la Cour, l'opposabilité de la clause aux tiers porteur ne relève donc pas de la Convention, mais du droit national applicable<sup>110</sup>.

En revanche, une clause attributive de juridiction prévue dans un contrat d'assurance responsabilité civile ne saurait créer d'obligations à l'égard des tiers victimes, car ceux-ci ne succèdent pas aux droits de l'assuré. Par conséquent, une clause d'élection de for qui serait stipulée dans le contrat conclu avec l'assuré n'affecte nullement les règles

---

107 CJCE, 14 juillet 1983, *Gerling Konzern c/ Amministrazione del Tesoro delle Stato*, aff. 201/82, R.C.D.I.P., 1984, p.41, note H. GAUDEMET-TALLON, J.D.I. (Clunet), 1983, p.43, note A. HUET. « l'article 7 en imposant une condition de forme écrite entre les parties n'a ni pour objet, ni pour effet de subordonner à la même condition de forme écrite la possibilité pour un tiers au contrat, bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, de se prévaloir, lors d'un litige l'opposant à l'assureur de la clause de juridiction stipulée à son profit. »

108 P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, note 89, p.109, n°86-187; H. DUINTJER-TEBBENS, « Jurisdiction and Enforcement in International Contract Law », in *International Contracts and Conflicts of Laws*, P. SARCEVIC (Ed.), London/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990, p.38.

109 CJCE, 19 juin 1984, *Tilly-Russ*, aff. 71/83, *Rec.*, 1984, p.417; R.D.C.B., 1985, p.98 note J. LIBOUTON, R.W., 1984-1985, col.767; R.C.D.I.P., 1985, p.385, note H. GAUDEMET-TALLON.

110 En dépit de cet arrêt, la Cour de cassation française persiste à considérer, sur le fondement d'une distinction subtile entre la formation et l'opposabilité de l'accord, que la clause attributive de juridiction contenue dans un connaissement n'est pas opposable au destinataire, tiers porteur du connaissement, qui ne l'a pas acceptée, alors même que le chargeur y avait, quant à lui, consenti. En exigeant que les conditions de forme de la clause d'élection de for, déjà remplies à l'égard du chargeur, le soient à nouveau à l'égard du destinataire, la Chambre commerciale méconnaît les besoins du commerce international et réduit considérablement l'intérêt de la clause (Cass. fr. (Ch. comm.), 10 janvier et 4 avril 1995, R.C.D.I.P., 1995, p.110 et la note critique H. GAUDEMET-TALLON). De façon analogue, la même Cour a considéré, que la clause attributive de juridiction, valable dans les rapports entre le fabricant et le vendeur, était inopposable au sous-acquéreur agissant par voie d'action directe (Cass. fr. (Ch. comm.), 18 octobre 1994, R.C.D.I.P., 1995, p.21, note A. SINAY-CITERMANN). Le tiers ne pourrait donc se voir opposer une clause attributive de juridiction qu'il n'a pas lui-même acceptée.

de compétence prévues par l'article 10, qui se rapportent à l'action directe de la personne lésée<sup>111</sup>.

### 3. *Les clauses d'arbitrage*

**576.** Afin d'échapper aux contraintes des droits étatiques et de profiter des avantages de la délocalisation de l'arbitrage international, les parties contractantes peuvent songer à insérer une clause compromissoire dans leur contrat d'assurance. Dans une matière dominée par le souci de protéger la partie contractante réputée faible, certains législateurs nationaux considèrent avec méfiance ces clauses dont l'effet est de priver la partie à protéger du bénéfice de l'intervention de toute autorité étatique, en exposant celle-ci à des frais considérables<sup>112</sup>. C'est pourquoi quelques lois nationales relatives au contrat d'assurance réglementent impérativement le recours à l'arbitrage comme mode de solution des litiges. L'interdiction des clauses d'arbitrage, du moins lorsqu'elles sont souscrites avant la naissance du litige, est fréquente, mais elle se limite généralement aux contrats souscrits par des personnes nécessitant une certaine protection, les autres, souscrites entre commerçants ou par des entreprises d'une certaine dimension, échappent à cette interdiction (Allemagne, Belgique, France, Suisse, Royaume-Uni)<sup>113</sup>. Dans d'autres Etats membres en revanche, les clauses d'arbitrage ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique et sont apparemment autorisées de façon générale (Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni). Comme pour les clauses attributives de juridiction, il y a lieu de réserver toutefois l'intervention éventuelle d'une réglementation sur les clauses abusives qui interdirait les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours pour le consommateur (sur l'application internationale de ces réglementations, voy. *infra*, n° 114<sup>114</sup>

Si la clause d'arbitrage fait l'objet d'une réglementation impérative propre au contrat d'assurance, quelles en sont les conditions d'applicabilité dans les contrats internationaux? Cette réglementation peut-elle être tenue pour une réglementation de

---

<sup>111</sup> Rapport SCHLOSSER, *JOCE*, n° 119 du 5 mars 1979, p. 116, n° 48. Sur l'inopposabilité à la personne lésée de l'élection de for conclue entre le preneur et l'assureur de responsabilité, voy. T.G.I. Paris, 5ème Ch., 10 mai 1985, *R.C.D.I.P.*, 1987, p. 115, note J. BIGOT.

<sup>112</sup> M. FALLON, « L'autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail en droit belge », *J.T.T.*, 1984, p. 65; P. MAYER, « La protection de la partie faible », *op. cit.*, note 7, p. 49, n° 8 à 71.

<sup>113</sup> Les consommateurs britanniques sont protégés contre les effets pervers des clauses d'arbitrage par le *Consumer Arbitration Agreements Act*. Le droit français prohibe de façon générale les clauses compromissoires, c'est-à-dire celles qui sont conclues avant la naissance du litige « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi » (art. 1061 C. civ.). Une exception notable à cette interdiction concerne les contrats qui constituent pour les deux parties des actes de commerce.

<sup>114</sup> On sait que le point 1, lettre d de l'annexe de la directive n° 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*J.O.C.E.*, n° 195 du...) tient ces clauses pour annulables, notamment lorsqu'elles obligent le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales.

police. Si oui, à quel critère spatial obéit-elle? Ces questions peuvent en fait être rapportées à une seule – celle de la loi applicable à l'arbitrabilité objective du litige<sup>5</sup>. Vu le cadre limité de notre approche, nous nous bornerons à cette seule question. L'arbitrage de droit international privé en suscite bien d'autres (droit applicable à la convention d'arbitrage, droit applicable à la capacité de compromettre, droit applicable à la procédure d'arbitrage...) qui ne seront pas traitées ici<sup>6</sup>. Il convient aussi de distinguer l'arbitrabilité objective du litige qui relève de la licéité de la clause d'arbitrage et la validité de la clause compromissoire qui relève des conditions de fond et de forme de la clause. Celle-ci dépend de la loi applicable à la convention d'arbitrage<sup>7</sup>.

Sur le plan du droit international privé, trois lois peuvent abstraitement prétendre régir la question de la licéité de la clause – la loi du for saisi en dépit de la clause ou saisi d'une demande d'*exequatur*, la loi régissant le litige au fond ou la loi choisie par les parties.

**577.** *L'arbitrabilité du litige dans les conventions internationales.* L'admissibilité des clauses d'arbitrage, qui touchent elles aussi au fonctionnement des autorités étatiques, soulève des problèmes analogues à ceux posés par les clauses de juridiction. Leur licéité devrait donc dépendre de la loi du for qui a été saisi malgré la clause. Dans ce domaine également, il convient cependant de tenir compte d'éventuelles normes de droit conventionnel international qui régleraient directement la question. On sait que la Convention de Bruxelles exclut l'arbitrage de son champ d'application, pour des motifs de stratégie législative. La portée exacte de cette exclusion est cependant loin d'être claire<sup>8</sup>. Ce qui est certain c'est que la Convention ne limite nullement la liberté des parties de soumettre un litige à une juridiction arbitrale, pas plus qu'elle n'interdit aux législateurs nationaux de déclarer nuls les compromis d'arbitrage qui concernent des litiges pour

<sup>115</sup> A la différence de l'arbitrabilité subjective qui est soulevée en raison de la qualité de l'une des parties (Etat, collectivité publique ou établissement public...), l'arbitrabilité objective dépend de l'objet du litige. Certaines matières peuvent avoir été soustraites à l'arbitrage par le droit national applicable. Sur l'ensemble de la question, voy. B. HANOTIAU, «L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale», in *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 269-285; du même auteur, «L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* – un réexamen», *J.D.I. (Clunet)*, 1994, p. 399; «L'arbitrage et concessions de vente», Obs. sous Comm. Bruxelles, 5 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 344; «L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée», *R.D.C.B.*, 1993, pp. 146 et ss. Nous ne pensons pas, comme le suggère cet auteur, que la question de l'arbitrabilité doive nécessairement être examinée séparément selon qu'elle est soulevée devant les arbitres, le tribunal national concurrentement saisi par le défendeur, le juge de l'annulation ou le juge de l'*exequatur*. Cette distinction pragmatique ne se justifie que par la position particulière occupée par l'arbitre dans le règlement des litiges internationaux (absence de *lex fori*), mais elle ne devrait théoriquement pas entraîner de solutions différentes sur le plan du rattachement.

<sup>116</sup> Sur ces questions, voy. notamment F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, n° 413 et ss.

<sup>117</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibid.*; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 33, n° 5; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 306.

<sup>118</sup> Rapport SCHLOSSER, *JOCE*, n° 139 du 5 mars 1979, p. 92, n° 1 et 62. Selon la Cour de Justice, cette exclusion vise l'arbitrage en tant que matière et ne dépend donc pas de la place occupée par la question dans la procédure introduite devant le juge national. *CJCE*, 25 juillet 1991, *Rich c/ Soc. Italiana Impuanti*, *Rec.*, 1991, I-3855; *J.T.*, 1992, p. 94, note M. EKELMANS.

lesquels il existerait des compétences spéciales ou exclusives soit en vertu du droit national, soit en vertu de la Convention<sup>119</sup>. Pour des motifs similaires, les conventions d'arbitrage sont également exclues du domaine d'application de la Convention de Rome.

En revanche, la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>120</sup> et la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international<sup>121</sup> soumettent la question de l'arbitrabilité ou de la non arbitrabilité, cause particulière d'incompétence de l'arbitre, à la loi du for. Cette loi est soit celle du for saisi au fond du litige au mépris de la convention d'arbitrage (Convention de Genève, art. VI, § 1, al. 1), soit celle du for saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence (Convention de New-York, art. 3, § 1, litt. a)<sup>122</sup>.

**578.** En tant que telle, cette solution, qui paraît recueillir les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence même en dehors du domaine d'application des Conventions<sup>123</sup>, n'échappe pas à la critique. Elle conduit en effet à une multiplication des lois compétentes en fonction du ou des juges nationaux auxquels il est demandé de se prononcer sur l'exception

---

119 Rapport SCHLOSSER, *ibid.*, n° 13. Voy. également en ce sens, P. MERKELBACH et A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 10, p. 51.

120 Pour une liste des Etats parties à la Convention de New-York, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, p. 82. Tous les Etats membres y ont adhéré, sauf apparemment le Portugal (Etat au 31 décembre 1991). Cette convention n'intéresse toutefois que la reconnaissance de la compétence directe d'une juridiction étatique saisie malgré une clause d'arbitrage. En outre, une réserve permet aux Etats signataires de limiter son application aux rapports de nature commerciale.

121 Pour une liste des Etats parties à la Convention de Genève, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, p. 85. Parmi les Etats membres, on compte la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie et le Luxembourg. Cette convention ne s'applique pas aux rapports de consommation.

122 Selon B. HANOTIAU, la règle d'inarbitrabilité du for ne pourra prévaloir sur la loi régissant la convention d'arbitrage que dans la mesure où elle peut être réellement considérée comme étant applicable au cas litigieux et si elle est d'ordre public international (voy. B. HANOTIAU, *réf. citées*, note). Il nous semble préférable d'aborder la question sous l'angle des lois de police. D'ailleurs, il n'est pas certain que l'ordre public international en matière d'arbitrage puisse être entendu de la même façon qu'en droit international privé (voy. en ce sens P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arbitrage*, 1994, p. 39, n° 29 et ss., qui démontre que l'ordre public international en ce domaine a le même contenu que l'ordre public interne).

123 Voy. A. VAN DEN BERG, *The New-York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, Anvers, 1981, pp. 152-154; M. FALLON et B. HANOTIAU, « Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1965-1985) », *Chronique de jurisprudence, J.T.*, 1987, p. 102, n° 2 et les *réf. citées*. *Contra* P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, n° 86. Le rattachement de l'arbitrabilité du litige à la loi du for est en tout cas confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation belge du 28 juin 1979 relatif à la reconnaissance d'une sentence prononcée au sujet de la résiliation d'une concession de vente exclusive (*Audi N.S.U. c/ Adelin Petit*, 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260; *J.T.*, 1979, p. 25; *R.W.*, 1980-1981, p. 39; *R.C.J.B.*, 1981, p. 32, note R. VANDER ELST). Cet arrêt fournit le seul exemple d'une décision ayant refusé de reconnaître une sentence arbitrale pour cause de non arbitrabilité, sur la base de l'article 3, § 1, litt. a de ladite Convention (dans une formulation plus ambiguë voy. Cass., 22 décembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 58). Encore faut-il remarquer que l'application de la loi belge ne se justifie d'après la Cour que lorsque la concession s'exécute en tout ou en partie sur le territoire belge. On trouve dans ce critère spatial la trace de la technique des lois de police dérogeant à la règle d'autonomie de la volonté.

d'incompétence soulevée par le défendeur<sup>124</sup>. Il ne faut pas oublier en outre que pour les parties contractantes et pour l'arbitre, la loi du for ne peut jamais faire l'objet que d'une présomption. L'éparpillement des actifs conduit à l'existence de lieux d'exécution multiples et rend souvent imprévisible le pays où l'exécution sera finalement demandée<sup>125</sup>.

Il nous paraît que les solutions prévues par les Conventions de Genève et de New-York se justifient essentiellement au nom de l'efficacité de la sentence arbitrale. Celle-ci constitue en effet une préoccupation constante des arbitres. Dans ce contexte, le rattachement de l'arbitrabilité à la loi du for s'expliquerait davantage comme une précaution que comme un principe de rattachement. Il n'est d'ailleurs pas certain que la référence à la loi du for puisse être tenue pour une véritable règle d'applicabilité. On pourrait tout aussi bien y voir une règle de signalisation renvoyant simplement la question au droit international privé du juge saisi et qui laisserait donc ouverte la question de la détermination du critère spatial conformément à la méthode fonctionnelle des lois de police<sup>126</sup>. Cette interprétation permettrait de reconsidérer le problème de la loi applicable à la licéité de la clause du point de vue du droit étatique, tout en évitant une application systématique de la loi du for.

**579.** *L'arbitrabilité du litige devant un juge étatique*<sup>127</sup>. Lorsque la question de la licéité de la clause d'arbitrage se présente devant un juge étatique, son rattachement peut être replacé dans les schémas traditionnels de solutions des conflits de lois en matière de contrats. Pour savoir si la clause d'arbitrage et la clause compromissoire sont licites eu égard à la matière en litige, il semble logique que le juge consulte la loi applicable à cette

---

124 En ce sens P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Rec. des Cours*, 1989 V (vol. 17), p. 61, n° 33, p. 37, n° 16; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 12, n° 4. Selon cet auteur, seule l'intervention au nom de l'ordre public international serait concevable.

125 Voy. J.C. POMMIER, «La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit le rôle de l'arbitre», *J.D.I. (Clunet)*, 1992, p. 20, n° 4.

126 On remarquera par exemple que l'article 2 de la Convention de New-York comporte plusieurs règles substantielles relatives à la clause compromissoire, sans dire pour autant quelle loi régit l'arbitrabilité du litige.

127 Devant un arbitre, la question de l'arbitrabilité du litige se pose en des termes différents, car l'arbitre ne tient ses pouvoirs que de la convention d'arbitrage et ne dispose pas de *lex fori*. Pour lui, cette question se résumera souvent à savoir s'il est tenu d'appliquer ou de prendre en considération les règles de police étrangères, notamment celles du lieu d'exécution possible ou probable de la sentence. Rien apparemment ne l'oblige à le faire, sauf au titre d'une éventuelle obligation morale de veiller à l'efficacité de la sentence. Voy. à cet égard, B. HANOTIAU, *op. cit.*, note 115; Y. DERAÏNS, «Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale», *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 29 à 46. En principe, l'arbitre vérifiera donc l'arbitrabilité du litige au regard de la loi choisie par les parties. Un mouvement se dessine toutefois en faveur de l'application par les arbitres internationaux de la méthode des lois de police, tout au moins lorsque l'intérêt général est en cause. L'arbitrage ne peut en effet être un moyen pour les parties de faire prévaloir effectivement leur volonté sur l'intérêt général, avec la complicité de l'arbitre. Voy. P. MAYER, «La sentence contraire à l'ordre public au fond», *Rev. arbitrage*, 1994, pp. 15-652, spéc. p. 43; du même auteur, «La protection de la partie faible en droit international privé», *op. cit.*, note 17, p. 50, n° 69.

matière<sup>128</sup>. L'inarbitrabilité étant indissociable du fond, la *lex contractus* a vocation à régir cette question qui dépend de la nature et du contenu du contrat<sup>129</sup>. Cela signifie, en d'autres termes, que si la matière en litige dépend du contrat d'assurance, la loi à considérer sera, en principe, celle qui régit ce contrat au fond.

Si la *lex contractus* comporte une interdiction de compromettre, le juge pourrait avoir recours à une règle prétorienne de droit international privé matériel à fonction validante, sur le fondement de laquelle il considérerait que cette prohibition ne vise pas les contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce<sup>130</sup>. Dans ce cas, il appartiendra au juge de déterminer le domaine spatial et matériel de cette règle à fonction validante.

Toutefois, comme dans d'autres domaines, il y a lieu de réserver l'intervention des lois de police lorsque le contrat concerné fait l'objet d'une réglementation impérative, le juge pourrait être tenté de voir dans la norme prohibant la clause d'arbitrage une règle de police applicable à la fois dans les relations internes et dans les relations internationales et prévalant à ce titre, aussi bien sur la *lex contractus* que sur une règle de droit international privé matériel à fonction validante<sup>131</sup>. Dans ce cas, la licéité de la clause dépendra de l'applicabilité des lois de police du for ou des lois de police étrangères.

Si la règle édictant la non-arbitrabilité fait partie de l'ordre juridique du for, le résultat ne paraît guère différent de celui résultant des Conventions de Genève et de New-York. On sait la préférence que chaque juge a pour ses propres lois de police<sup>132</sup>. La saisine du juge ne devrait toutefois pas lui épargner la recherche d'un critère spatial propre à assurer l'efficacité de la règle prohibitive conformément aux méthodes traditionnelles d'application des règles de police. De même l'applicabilité des règles de police étrangères

128 En ce sens F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, n° 414; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 43, n° 43.

129 A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 44, n° 46; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 306.

130 La jurisprudence française a ainsi écarté à plusieurs reprises la prohibition des clauses compromissoires prévue par le droit interne pour les contrats commerciaux internationaux. Cass. civ. 1ère, 2 mai 1966, *J.D.I. (Clunet)*, 1966, p. 48, note P. LEVEL; *R.C.D.I.P.*, 1967, p. 53, note B. GOLDMAN; *Dall.*, 1966, p. 75, note ROBERT; *J.C.P.*, 1966 II 14798, note LIENEAU; Cass. civ., 1ère, 4 juillet 1972, *J.D.I. (Clunet)*, 1972, p. 43, note OPPETIT, *R.C.D.I.P.*, 1974, p. 32, note LEVEL; *R.T.D.Com.*, 1973, p. 99, obs. Y. LOUSSOUARN; Cass. civ., 1ère, 18 mai 1971, *J.D.I. (Clunet)*, 1972, p. 42, note OPPETIT, *R.C.D.I.P.*, 1972, p. 4, note MEZGER. Sur cette jurisprudence, voy. en particulier C. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1989, pp. 90 à 93, n° 102 à 107; p. 16, n° 48-149; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 21, n° 46 et ss.; J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1989, p. 21, n° 29 et ss.

131 Dans le sens de cette analyse, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2ème éd., 1993, n° 414; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 21, n° 45, n° 47; P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 123, n° 86 et ss.; H. VAN HOUTTE, «Internationale arbitrage in België», in *L'arbitrage*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1983, p. 97; P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international...», *op. cit.*, note 124, p. 61, n° 33 et p. 438, n° 16; A. NUYTS, «Le contrôle de l'arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée», *R.D.C.B.*, 1993, p. 1128.

132 Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *ibid.*; P. MAYER, *ibid.*

devrait permettre au juge de tenir compte de la non-arbitrabilité d'un litige prescrite par une règle étrangère dès lors que celle-ci entretient un lien étroit avec la situation. En matière d'assurance, cette recherche périlleuse est facilitée par le rattachement spécial des lois de police étrangères au lieu du risque (voy. *infra* n°49).

**580.** On ne peut toutefois s'en tenir à ces considérations et tenir invariablement pour une règle de police la règle étatique qui édicte la non-arbitrabilité d'une matière déterminée. Encore faut-il que cette qualification se justifie au regard d'une analyse fonctionnelle de la teneur et du but poursuivi par cette règle. Plusieurs auteurs qui soutiennent que la non-arbitrabilité relève d'une règle de police justifie cette solution par le fait que la règle en question est animée d'un souci de protection identique à celui qui inspire la législation dont elle fait partie et qu'elle doit donc logiquement se voir reconnaître le même domaine que les règles substantielles dont elle vise à renforcer l'efficacité<sup>133</sup>.

Il semble cependant que ce raisonnement ne soit pas mené à son terme. Si l'objectif de protection poursuivi par ces règles substantielles est pris en charge par une règle de conflit de lois à finalité matérielle, la règle de non-arbitrabilité doit perdre, dans une analyse fonctionnelle, son caractère de règle de police.

Il ne fait guère de doute que l'illicéité des clauses d'arbitrage prévues par certaines lois sur le contrat d'assurance vise essentiellement à protéger la partie réputée faible dans la relation contractuelle<sup>134</sup>. Comme les règles de conflit communautaires tiennent compte de ce besoin de protection, le recours à la méthode des lois de police ne s'impose plus. On appliquera par conséquent à la question de l'arbitrabilité du litige la loi qui régit le litige au fond, c'est-à-dire celle qui régit le contrat d'assurance<sup>135</sup>. Cette solution est applicable *mutatis mutandis* à d'autres contrats réglementés, comme le contrat de travail<sup>136</sup>.

Si l'on ne pouvait se passer de l'intervention de la *lex fori* sur le plan du contrôle de l'efficacité de la sentence arbitrale, comme le laissent supposer les Conventions de New-York et de Genève, à tout le moins conviendrait-il de soumettre la question de l'arbitrabilité au rattachement cumulatif de la loi régissant le fond du litige et de la *lex fori*<sup>137</sup>.

---

133 P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international...», *op. cit.*, note 124, p.38, n°16.

134 P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°06.

135 Cette solution était déjà celle préconisée par P. LALIVE pour le motif que l'arbitrabilité est intimement liée au fond du litige. P. LALIVE, «Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial», *Rec. des Cours*, 1967 I (vol.20), pp.602-603.

136 Voy. M. FALLON, «L'autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail en droit belge», *J.T.T.*, 1984, p. 265.

137 M. FALLON, *ibid.*; Ph. FOUCHARD, *op. cit.*, note 123, n°97.

## § 2. LOIS DE POLICE PERIPHERIQUES

**581.** Outre les règles internationalement impératives prenant pour objet les relations privées d'assurance, il en existe d'autres qui, sans avoir exclusivement cet objet, exercent néanmoins une influence sur la validité ou la licéité du contrat ou des clauses qu'il contient. On songe notamment aux lois de protection du consommateur et, en particulier, aux lois concernant les clauses abusives dans les contrats de fourniture de biens ou de services (A). Il faut citer également la législation administrative du contrôle des activités d'assurance (B) ainsi que quelques autres lois de police périphériques, comme les lois qui concernent les pratiques du commerce, la concurrence ou la protection de la vie privée (C).

### A. Les réglementations concernant les clauses abusives

**582.** La technique même de l'assurance, qui repose sur la loi des grands nombres, oblige l'assureur à recourir dans le secteur des assurances de masse, à des conditions contractuelles préimprimées au sujet desquelles le preneur ou son représentant ne dispose en principe d'aucun pouvoir de négociation. L'usage généralisé de conditions standardisées imposées au cocontractant peut être la source de clauses manifestement déséquilibrées, contraires à la bonne foi, surprenant l'attente légitime de la partie à laquelle on les oppose. Les contrats d'assurance n'échappent pas à ces abus, ils se trouvent même au premier rang des contrats d'adhésion visés par les législations des Etats membres sur les clauses abusives<sup>138</sup>.

### 1. Aperçu de droit comparé

**583.** *Les lois sur les clauses abusives dans les Etats membres.* S'inspirant de la loi allemande réglementant le droit des conditions générales d'affaires, adoptée le 9 décembre 1976 et entrée en vigueur le 1er avril 1977<sup>139</sup>, la majorité des Etats membres ont progressivement mis en place un contrôle *judiciaire* des conditions contractuelles abusives. Celui-ci repose généralement sur une liste détaillée de clauses types qui sont réputées nulles de plein droit (liste noire) et/ou sur une liste de clauses qui peuvent être

---

<sup>138</sup> Parmi les Etats membres qui ont adopté une législation spécifique relative aux clauses abusives, seule la loi anglaise (*Unfair Contract Terms Act 1977*) exclut les contrats d'assurance de son champ d'application. Sur cette loi, voy. *supra*, IIème partie, titre I, note 128; cette exclusion devra sans doute être revue dans la perspective de la transposition de la directive européenne sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

<sup>139</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemein Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz). Sur cette loi, voy. *supra*, IIème partie, titre I, note 127. Un avant-projet de loi modifiant la loi du 9 décembre 1976 est en discussion en vue d'adapter la loi aux exigences de la directive.

déclarées nulles dans des circonstances définies ou selon l'appréciation du juge (liste grise). Ces deux listes se doublent souvent d'une définition établissant les caractéristiques générales d'une clause abusive. La *Belgique*<sup>140</sup>, l'*Espagne*<sup>141</sup>, la *Grèce*<sup>142</sup>, le *Luxembourg*<sup>143</sup>, le *Portugal*<sup>144</sup> et les *Pays-Bas*<sup>145</sup> ont adopté cette technique. La France s'y est ralliée également sous l'impulsion de la Cour de cassation. Initialement, la *loi française* s'était en effet limitée à mettre en place un régime de contrôle administratif des clauses abusives<sup>146</sup>. Les *lois britanniques*<sup>147</sup> et *irlandaise*<sup>148</sup> ont, quant à elles, un champ d'application plus limité, puisqu'elles ne visent que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité et que la première ne concerne pas l'assurance<sup>149</sup>. La matière fait cependant l'objet de deux codes de bonne conduite préparés par l'Association professionnelle des assureurs britanniques dans le secteur de l'assurance vie et de l'assurance non-vie (ABI)<sup>150</sup>. Avant l'entrée en vigueur de la directive du 5 avril 1993, parmi les douze Etats qui étaient alors membres de la Communauté, seule l'Italie ne connaissait aucune réglementation globale et homogène des clauses abusives. Trois articles insérés dans le Code civil italien (art. 1341, 1342 et 1370) traitaient cependant de l'acceptation et l'interprétation des conditions générales contractuelles.

140 Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce (art. 1 à 34).

141 Loi n° 6/1984 du 19 juillet 1984 sur la protection des consommateurs. Cette loi a été prise en application de l'article 11 de la Constitution qui établit le principe de la protection juridique des consommateurs.

142 Loi 1961/91 du 3 septembre 1991 sur la protection des consommateurs remplacée par la loi n° 251 du 16 novembre 1994 sur la protection des consommateurs.

143 Loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur et loi du 15 mai 1987 qui introduit notamment un nouvel article 1135, § 1, dans le Code civil, concernant l'opposabilité des conditions générales préformulées.

144 Décret loi n° 46/85 du 25 octobre 1985 remplacé par le décret-loi n° 20/95 du 31 janvier 1995. Cette loi, la plus complète du genre, codifie la jurisprudence antérieure, mais arrête aussi un certain nombre de nouvelles dispositions dont certaines sont inspirées de la résolution (76) 47 du Conseil de l'Europe du 16 novembre 1976.

145 Loi du 18 juin 1987 sur les conditions générales des contrats.

146 Loi n° 8-23 du 10 janvier 1978 remplacée par la loi n° 5-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

147 *Unfair Contract Terms Act 1977* remplacé par l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*. D'autres lois concernent les clauses contractuelles : *Misrepresentation Act 1967*, *the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973*, *the Fair Trading Act 1973*, *the Sale of Goods Act 1979*, *the Supply of Goods and Services Act 1982*.

148 *Sales of Goods and Supply of Services Act 1980* remplacée par l'*European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations 1995*.

149 Le Royaume-Uni dispose aussi d'une législation spécifique, le *Policyholders Protection Act 1975*, mais qui, contrairement à ce que son intitulé pourrait laisser croire, ne concerne pas les clauses abusives. Cette loi vise à protéger certains preneurs d'assurance dans l'hypothèse où une compagnie d'assurance agréée par les autorités britanniques et exerçant des activités au Royaume-Uni est incapable de satisfaire aux engagements pris à l'égard des assurés. Quand l'assurance est obligatoire, une commission spécialement constituée à cet effet garantit au preneur d'assurance l'ensemble des engagements pris par la compagnie sujette à des difficultés financières. Pour les assurances non obligatoires, la commission garantit le paiement de 90% des engagements pris à l'égard de particuliers. Ce système de protection financé par les compagnies agréées ne concerne pas les Loyd's, ni la réassurance, ni l'assurance des transports terrestres, maritimes ou aériens.

150 *Statement of General Insurance Practice* (reprinted January 1992); *Statement of long Term Insurance Practice* (reprinted August 1992). En ce qui concerne l'assurance vie à long terme, le *Statement* est maintenant supplanté par les dispositions du *Financial Services Act 1985* et par les règles de bonne conduite issues des organismes d'autorégulation (*Associated rule books of the Securities and Investment Board* (SIB); the *Financial Intermediaries, Managers and Brokers Regulatory Association* (FIMBRA); *Life Assurance and Unit Trust Regulatory Associations* (LAUTRO)).

**584.** Les disparités existant entre les lois des Etats membres tant sur le plan du domaine et du contenu des réglementations que sur le plan des modalités de contrôle, de même que les distorsions de concurrence que ces disparités suscitaient entre les opérateurs économiques ont incité les autorités communautaires à adopter une directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs<sup>151</sup>. Fondée sur l'art. 100 A du Traité, cette directive définit la clause abusive comme une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (art. 3, § 1). Elle est accompagnée d'une annexe comprenant une liste indicative et non exhaustive de clauses qui *peuvent* être déclarées abusives<sup>152</sup>. Les clauses écrites doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible et en cas de doute, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut (art. 3). Elle devait être transposée dans les Etats membres avant le 31 décembre 1994<sup>153</sup>.

Comme elle se montre généralement moins contraignante que la plupart des législations nationales existantes, la directive n'a pas eu un impact retentissant. Tout au plus, a-t-elle obligé les pays qui ne connaissaient aucune réglementation générale des clauses abusives (Italie)<sup>154</sup> ou seulement une réglementation partielle (Royaume-Uni.)<sup>155</sup> à en adopter une ou à élargir son champ d'application selon le cas.

151 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE*, n° 095 du 23 avril 1993, p. 09. Pour un commentaire voy. H.E. BRANDNER et P. ULMER, «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts» Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission, *Com. Mark. L.R.*, 1991, pp. 47-662; T. WILHELMSSON, «La proposition de directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs - une perspective nordique», *R.E.D.Cons.*, 1992, pp. 9-87; E. MACDONALD, «Mapping the Unfair Contract Terms Act 1977 and the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts», *Journ. Bus. Law*, 1994, pp. 41-463; K.G. WEIL et F. PUIS, «Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire sur les clauses abusives», *R.I.D.C.*, 1994, pp. 125-140; M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993», *R. E. D. Cons.*, 1996, pp. 3-27.

152 La proposition initiale de la Commission européenne comportait en annexe une liste de clauses types nulles de plein droit lorsqu'elles figurent dans un contrat conclu avec un consommateur. Le Conseil des ministres a préféré à cette "liste noire" une liste grise, indicative et non exhaustive.

153 Pour un état des transpositions au 31 décembre 1995 voy. M. FALLON, «Le droit applicable», *op. cit.*, note 36, p. 18. Sur l'effet direct et l'effet utile de cette directive, voy. F. SCHOCKWEILER, «Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux», *Rev. Marché Unique*, 1995, pp. 1-22.

154 Sur la transposition de la directive en Italie, voy. L. KLESTADOSS, «La transposition de la directive 93/13 relative aux clauses abusives en droit italien», *R.E.D.Cons.*, 1995, pp. 45-156; une proposition de modification du Code civil, soumise par la Commission de protection des consommateurs, est destinée à transposer la directive européenne.

155 *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*; Sur les conséquences de la transposition de la directive dans le secteur des assurances, voy. S. MOBLEY, «Unfair Contract Terms Directive recently adopted», *Eur. Bus. L. R.*, 1993, p. 36; B.J. COLLINS, «L'effet de la directive 93/13/EE relative aux clauses abusives sur le droit du Royaume-Uni», *R.E.D.Cons.*, 1995, pp. 3-26; A. GEDDES, «The implementation of the Unfair Contract Terms Directive and its effect on the UK Insurance Industry», *Int. Ins. L.R.*, 1995, pp. 262-266; R. BRONSWOOD and G. HOWELLS, «The Implementation of the E.C. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. Some Unresolved Questions», *Journ. Bus. Law*, 1995, pp. 43-263.

L'application des lois sur les clauses abusives au contrat d'assurance passe par la solution d'une première question fondamentale, évoquée d'ailleurs par l'article 6, § 2, de la directive, et qui consiste à se demander si ces lois ont un caractère impératif dans les contrats internationaux.

## 2. *Lois sur les clauses abusives et lois de police*

**585.** La question générale de l'appartenance des lois protectrices du consommateur à la catégorie des lois de police en présence d'un rattachement à caractère substantiel propre à la relation de consommation a déjà été évoquée et résolue dans le sens de la négative (voy. *supra* n° 69 et ss.). Les lois sur les clauses abusives ne devraient pas échapper à la règle. Pourtant, la doctrine les considère généralement comme des lois de police ou d'application immédiate, spécialement lorsqu'elles sont affectées d'une règle directe d'applicabilité (c'est le cas notamment en Allemagne, au Luxembourg et aux Pays-Bas)<sup>156</sup>. L'article 6, § 2 de la directive du 5 avril 1993, qui impose aux Etats membres de prendre "des mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un *pays tiers* comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres", semble à première vue confirmer cette thèse.

Cette conception, sans doute fondée il y a quelques années, doit cependant être réexaminée à la lumière de l'évolution récente du droit international privé concernant les relations internationales de consommation. Il nous a semblé en effet que la qualification de loi de police ne se justifiait plus dans le cadre d'une analyse fonctionnelle, lorsque la règle de conflit du for tient déjà compte des objectifs de protection du consommateur poursuivis

---

<sup>156</sup> Voy. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *J.D.I. (Clunet)*, 1981, p. 300, n° 25 (pour ce qui relève de l'étendue du contrôle des sentences arbitrales (respect de l'ordre public et des lois de police), l'auteur revient cependant sur sa position. Il estime en effet que les lois de protection individuelle parent au danger qui émane de la partie forte au moment de la conclusion du contrat, mais ne commandent pas une méfiance particulière à l'égard de l'arbitre; voy. P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arbitrage*, 1994, p. 225, n° 13); M. FALLON, « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive », *op. cit.*, note 36, p. 3, n° 1. A propos de la loi allemande voy. notamment E. LORENZ, « Das auf grenzüberschreitende Lebensversicherungsverträge anwendbare Recht - eine Übersicht über die Kollisionsrechtlichen Rechtsgrundlagen », *ZGVW*, 1991, p. 130; J.P. KARQUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 58; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Librairie de l'Université, 1985, p. 43, n° 97; en ce qui concerne la loi allemande sur les conditions générales, on peut toutefois douter qu'elle constitue une loi d'application immédiate au sens strict, car elle ne s'oppose pas au choix d'une loi étrangère (§ 10-8 AGBG aujourd'hui abrogé). C'est pourquoi, on a pu y voir aussi une application particulière de l'exception d'ordre public. A propos de la loi belge du 14 juillet 1991, voy. R. PRIoux, « L'application internationale de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 331-366, spéc. p. 359 concernant les articles 31 et 32 relatifs aux clauses abusives.

en droit interne. On a démontré par ailleurs que les règles de rattachement prévues par l'article 17 de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie étaient précisément inspirées d'un souci de protection du preneur et des assurés (voy. *supra* n° 489 et ss.). Il faut donc en conclure que les réglementations sur les clauses abusives ne sont pas des lois de police au regard des règles de conflit de lois communautaires relatives au contrat d'assurance, pas plus qu'elles ne le sont au regard des règles de conflit propres à la relation de consommation. Confrontées à des règles de conflit à finalité matérielle, ces réglementations perdent leur impérativité internationale pour dépendre uniquement de la technique de rattachement mise en œuvre par ces règles et du domaine d'application qui leur est propre.

**586.** L'application des réglementations sur les clauses abusives dans des situations internationales pose des problèmes originaux lorsque la réglementation en question ne résulte pas d'un texte légalement obligatoire mais d'un code de bonne conduite soumis à la seule sanction du marché. Tel est le cas au Royaume-Uni où les conditions générales d'assurance sont soumises à deux *Statements* préparés par l'Association professionnelle des assureurs (ABI)<sup>157</sup>. L'origine conventionnelle de ces règles de bonne conduite rend leur application à des assureurs étrangers non affiliés à l'association professionnelle et n'ayant pas adhéré à ces codes, extrêmement délicate. Sauf à recevoir une portée contraignante par un acte réglementaire ou législatif, leur respect peut difficilement être imposé aux opérateurs étrangers en dehors bien entendu d'une acceptation volontaire de leur part<sup>158</sup>. Rien n'empêche en effet que les règles prévues par ces *Statements* soient incorporées au contrat par un renvoi matériel. En l'absence d'une référence explicite, le choix de l'ordre juridique anglais pour régir le contrat au fond n'entraîne vraisemblablement pas l'application immédiate des codes de bonne conduite sauf à établir qu'ils ont valeur d'usage au Royaume-Uni<sup>159</sup>.

Si l'assureur a adhéré au *Statement*, rien ne s'oppose en revanche, à son application dans un litige international, soit comme élément de la loi contractuelle soit au titre d'un renvoi matériel implicite<sup>160</sup>. Chaque *statement* prévoit que les dispositions qu'il contient peuvent être invoquées tant dans les procédures d'arbitrage que dans les

---

<sup>157</sup> *Statement of General Insurance Practice (reprinted January 1992). Statement of Long Term Insurance Practice (reprinted August 1992)*. Ces *statements* sont encore loin de tenir compte de toutes les recommandations formulées en 1980 par la Law Commission (*Law Com.* n° 104, non-disclosure and breach of warranty).

<sup>158</sup> En ce sens, I. MAC NEIL, «The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by EC insurers under freedom of services», *I.C.L.Q.*, 1995, pp. 35-37.

<sup>159</sup> Voy. I. MAC NEIL, *ibidem*, pp. 35-37; S. TESTER, «The use and limitations of warranties in insurance contracts under English Law», *Int. Ins. L.R.*, 1994, p. 348.

<sup>160</sup> Voy. S. TESTER, *op. cit.*, note 159, p. 348, qui observe que sous réserve de la doctrine de l'*estoppel* ces *statements* n'ont pas d'effet obligatoire pour l'assureur, sauf au titre d'un engagement moral.

procédures judiciaires, en cas de litige entre l'assureur et le preneur relativement à une matière réglée par le *statement*. Il faut voir dans cet article une stipulation profitant directement à l'assuré et dont celui-ci peut donc se prévaloir en justice. Encore faut-il respecter le domaine d'application spatial et matériel que cet accord conventionnel se fixe à lui-même.

Le juge ne pourrait appliquer les dispositions du *Statement* à des situations qui n'entrent pas dans son domaine d'application sans méconnaître la force obligatoire qui s'attache à cet accord de droit privé. Or, en ce qui concerne son domaine spatial et matériel, le *Statement of General Insurance Practice* prévoit dans une disposition introductive qu'il ne s'applique que si le preneur a sa résidence au Royaume-Uni et s'il a souscrit en sa qualité de personne privée<sup>161</sup>. Le *Statement of Long-Term Insurance Practice* limite, quant à lui, son champ d'application, aux polices d'assurance à long terme souscrites au Royaume-Uni par une personne physique résidant au Royaume-Uni en sa qualité de personne privée<sup>162</sup>. Ces précisions excluent à n'en pas douter les contrats couvrant des risques professionnels et ceux souscrits par des sociétés.

Cette autolimitation d'origine conventionnelle s'impose au juge. Si le preneur, partie au contrat régi par le droit anglais, n'a pas sa résidence au Royaume-Uni, il ne pourra donc compter sur la protection résultant des codes de bonne conduite. Il ne lui resterait plus dans ces conditions qu'à invoquer l'application d'une réglementation étrangère sur les clauses abusives au titre de loi de police, mais nous avons contesté cette qualification.

Il résulte de tout ceci qu'un preneur ne résidant pas en Angleterre peut se trouver démuné face à des clauses de *warranty* insérées dans un contrat régi par le droit anglais. Comme on l'a déjà remarqué, on peut penser que ces hypothèses seront peu fréquentes en assurance dans les domaines où une protection est requise. Sous les réserves qui ont été formulées, l'ordre public international pourrait constituer l'ultime recours afin d'écarter l'application de la clause jugée inéquitable et contraire à un principe fondamental de justice contractuelle. Cette lacune dans la protection du preneur ne devrait toutefois pas durer vu l'adoption récente de la directive européenne du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui inclut les contrats d'assurance dans son champ d'application. Il est douteux en effet que les codes de bonne conduite puissent être placés au rang des moyens adéquats et efficaces que l'article 7 de la directive impose à

---

161 «The following Statement of normal insurance practice applies to general insurances of policyholders resident in the UK and insured in their private capacity only.»

162 «The following Statement of normal insurance practice applies to policies of long-term insurance effected in the UK in a private capacity by individuals resident in the UK.»

chaque Etat membre de prendre afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats de consommation<sup>163</sup>.

**587.** Même si cela n'apparaît pas à première lecture, l'article 6, §2 de la directive du 5 avril 1993 confirme implicitement le rejet des lois sur les clauses abusives de la catégorie des règles internationalement impératives. La directive a en effet renforcé la convergence des législations des Etats membres en la matière, si bien que l'absence de communauté de droit qui justifiait le recours aux lois de police a disparu ou s'est réduit considérablement autrefois dans l'espace communautaire. Le risque d'éviction des lois protectrices du consommateur inhérent au choix de la loi applicable n'existe plus en réalité qu'à l'égard des Etats non-membres. C'est la raison pour laquelle l'article 6, §2 limite, assez logiquement, l'obligation pour les Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter que le consommateur soit privé de la protection accordée par la directive, au seul cas où le choix porte sur le droit d'un pays tiers (sous-entendu non membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen). Bien que la technique soit originale, elle démontre que l'existence de relations économiques durables et institutionnalisées conduit inévitablement à une appréciation plus restrictive du concept de lois de police. Elle témoigne, aussi, de façon plus contestable, d'une méfiance instinctive à l'égard du droit des Etats non membres.

L'hypothèse d'un choix portant sur la loi d'un pays tiers ne se posera sans doute pas fréquemment en assurance pour ce qui concerne les risques de masse. On sait que les règles de conflit communautaires relatives à l'assurance n'ouvrent que restrictivement cette faculté lorsqu'il s'agit de la loi d'un Etat non-membre. La question de la méthode de transposition de l'article6 dans les législations nationales des Etats membres reste néanmoins posée<sup>164</sup>.

La formulation de l'article 6, § 2 interdit clairement d'y voir une règle de conflit de lois à part entière inspirée du principe de proximité. Conformément à la nature propre de la directive, cette disposition fixe plutôt un objectif que les Etats membres doivent atteindre par les moyens et les techniques de droit international privé qui leur paraissent appropriés<sup>165</sup>. Transposée telle quelle, cette règle formulée de façon négative ne serait

---

163 Voy. à cet égard A. GEDDES, «The Implementation of the Unfair Contract Terms Directive and its Effects the U.K. Insurance Industry», *Int. Ins. L.R.*, 1993, p. 421.

164 Pour une analyse exhaustive de ces transpositions, voy. M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive 93/13 du 5 avril 1993», *op. cit.*, note66, p.8 et ss.

165 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. 20; comp. M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives», *op. cit.*, note66, p.3, n°3 et ss. Cet auteur voit dans l'article6 une disposition matérielle qui se prononce uniquement sur le caractère abusif d'une clause de choix de la loi contractuelle. Elle aurait uniquement pour portée de déclarer inopposable au

d'ailleurs pas opérationnelle puisqu'en visant globalement le territoire des Etats membres, elle ne permet pas de désigner l'Etat membre dont la loi fournirait concrètement les dispositions protectrices qu'il conviendrait d'appliquer<sup>166</sup>. Des critères territoriaux permettant de concrétiser ce lien doivent donc être définis par le législateur national. A cet égard, il conviendrait de privilégier une solution permettant d'éviter les conflits entre la Convention de Rome, réglementation conflictuelle à portée générale, et les dispositions particulières de droit dérivé<sup>167</sup>. La solution la plus cohérente consisterait sans doute à emprunter ces critères à l'article 5, § 2 de la Convention de Rome (résidence habituelle du consommateur, envoi préalable d'une proposition ou d'une publicité dans ce pays, exécution des actes nécessaires à la conclusion du contrat). En dehors des conditions d'application de l'article 5 (hypothèse du consommateur passif), les critères permettant d'apprécier le lien étroit devraient être empruntés aux règles de la Convention de Rome qui déterminent le rattachement à défaut de choix.

On sait que l'obligation de transposer une directive en droit interne n'existe que dans la mesure où celui-ci n'est pas déjà conforme à la directive. Comme la Convention de Rome permet déjà de garantir au consommateur la protection qui lui est nécessaire en cas de choix d'une loi différente de celle de sa résidence habituelle (art. 5), et qu'elle comporte par ailleurs des dispositions garantissant l'application des lois de police du for et de pays tiers (art. 17), on peut se demander si cette Convention, dès lors qu'elle est en vigueur dans l'Etat concerné, ne suffirait pas, dans son état actuel, à répondre aux exigences de la directive sur les clauses abusives, si c'est le cas l'article 17 de la directive ne nécessiterait pas une transposition formelle dans les législations nationales<sup>168</sup>.

Certes, le champ d'application de l'article 5 de la Convention ne recouvre pas parfaitement celui de la directive – l'article 5, § 2, exclut par exemple de son champ

---

consommateur le contenu de la loi choisie dès qu'existe un lien étroit entre le contrat et le territoire d'un Etat membre. L'auteur reconnaît cependant que si c'était le cas, la condition relative à la désignation de la loi d'un Etat «*inversé*» serait assurément trop restrictive et inexplicable.

166 C'est pourtant la méthode de transposition retenue par le Royaume-Uni (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994; S.I., 1994, n° 159), par l'Irlande (European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations 1995 (S.I. n° 27 of 1995) et le Portugal (Décret loi n° 220/95 du 31 janvier 1995 (Diario da Republica, Ia série, n° 01/95 du 31 août 1995, p. 469, art. 3). Au Royaume-Uni, comme les *Regulations* de 1994 ont été adoptées sur la base de l'European Communities Act 1972, l'Unfair Contract Terms Act 1977 ne pourra être appliqué que dans la mesure où les *Regulations* n'en disposent pas autrement (Sec. 2 (2) et 2 (4) de la loi de 1972).

167 En ce sens, 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. 15 et les réf. citées.

168 En ce sens, E. JAYME et C. KOHLER, *op. cit.*, note 67, pp. 20 à 24 qui observent cependant que les Etats qui se sont réservé le droit de ne pas appliquer l'article 5, § 2, pourraient éprouver des difficultés à assurer la protection prévue par la directive. Ces Etats devraient soit retirer la réserve faite, ainsi que les y autorise l'article 17, § 2, soit faire en sorte que leurs juges puissent appliquer les dispositions impératives de la loi de l'Etat membre applicable à défaut de choix. Dans le sens de l'inutilité de la transposition, voy. également Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht néerlandaise, Rapport IPR/221.14, du 20 mars 1994; L. FUMAGALLI, «*La clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*», *Riv. dir. int. priv. e pro.*, 1994, p. 31 et ss.

d'application les contrats de transport et les contrats de prestation de services qui sont fournies exclusivement en dehors de l'Etat où réside le consommateur<sup>169</sup> mais le recours à l'article<sup>1</sup> relatif aux lois de police permet de combler cette lacune. En revanche, il ne faut pas perdre de vue que l'article<sup>5</sup> de la Convention de Rome ne s'applique pas non plus aux contrats exclus par l'article<sup>1</sup>er, notamment les conventions d'arbitrage, les clauses d'élection de for et les contrats d'assurance, couvrant des risque localisés dans la Communauté, alors que ces conventions entrent virtuellement dans le champ d'application de la directive. Sous cet angle, la transposition n'apparaît donc pas inutile encore que des techniques de protection puissent se déduire du droit international privé national, international ou européen<sup>170</sup>.

Les objectifs de protection étant identiques, il serait en tout cas souhaitable d'éviter une multiplication anarchique des critères territoriaux et de reprendre dans le texte de transposition les critères utilisés par l'article<sup>5</sup>, §<sup>1</sup> de la Convention de Rome<sup>170</sup>. Parmi ceux qui ont déjà transposé la directive, peu d'Etats membres ont malheureusement suivi cette voie<sup>171</sup>. L'imbroglio qui résulte des transpositions divergentes établit clairement que la directive est un instrument qui ne convient nullement à l'harmonisation des règles de droit international privé des Etats membres et qui contribue au contraire à en compliquer l'application.

En présence d'une règle de conflit propre aux relations de consommation, le législateur dans un souci de cohérence, devrait pourtant s'abstenir d'introduire de nouveaux critères d'applicabilité dérogeant dans une plus ou moins large mesure aux critères de

169 Au titre des mesures nécessaires visées par l'article<sup>5</sup>, M. FALLON estime que l'Etat devrait aussi réglementer les clauses d'élection de for dès lors qu'à défaut d'une telle réglementation, les règles de conflit de lois risqueraient d'être inefficaces (M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives<sup>1</sup>», *op. cit.*, note<sup>36</sup>, p. 51, n°<sup>5</sup>). Dans le domaine des assurances, une telle réglementation se déduit déjà des articles<sup>12</sup> et 12bis de la Convention de Bruxelles (voy. *supra* n°<sup>1</sup>.). Celle-ci ne s'applique toutefois que lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat contractant.

170 En ce sens, B.J. COLLINS, *op. cit.*, note<sup>55</sup>, p. 3.

171 Plutôt que de concrétiser la notion de «lien étroit<sup>5</sup>, certains Etats ont reproduit tel quel ces termes dans la loi de transposition (*Unfair terms in Consumer Contract Regulations 1994*; décret-loi portugais n°<sup>20</sup>/95 du 31 janvier 1995). D'autres ont utilisé des facteurs de localisation déterminés. Les lois française (loi n°<sup>95</sup>-96 du 1er février 1995, *J.O.*, 2 février 1995, p. 1755) et grecque (loi n° 2251 du 16 novembre 1994 sur la protection des consommateurs (*J.O.*, partie A, fasc. 191, du 16 novembre 1994) retiennent alternativement le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat. La loi française ajoute à cette alternative, le lieu où le contrat est proposé et prend soin de préciser que le consommateur doit avoir son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres. L'avant projet de loi allemand modifiant la loi du 9 décembre 1976 sur les clauses générales d'affaires utilise des critères territoriaux compatibles avec ceux de l'article<sup>5</sup> de la Convention de Rome, mais part de l'hypothèse d'un contrat soumis à un droit étranger, sans préciser comme le fait la directive qu'il doit s'agir du droit d'un pays tiers. Les lois danoise (loi n° 1098 du 21 décembre 1994 modifiant le *Contracts (Consolidated) Act* n°<sup>300</sup>) et suédoise (*Contract Terms (Consumer Relations) Act 1994*, loi n°<sup>512</sup> du 15 décembre 1994) empruntent encore une autre voie<sup>1</sup> sans définir les critères territoriaux, le lien étroit est censé exister si, en l'absence de choix, la loi applicable aurait été celle d'un Etat de l'Espace économique européen. Dans ce cas, la loi de cet Etat ne sera toutefois applicable que si elle fournit une meilleure protection au consommateur. Une dernière méthode consiste à disposer qu'en cas de choix de la loi d'un Etat tiers défavorable au consommateur, la loi du for s'applique automatiquement (*loi irlandaise, Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1995*). Pour un examen détaillé des législations et des projets de transposition au 31 décembre 1995, voy. M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives<sup>1</sup>», *op. cit.*, note<sup>36</sup>, p. 18, n° 18 et ss.

rattachement retenus par la règle de conflit. Une règle directe d'applicabilité ne pourrait être comprise que comme l'expression d'une volonté de dérogation conduisant à la remise en cause la pertinence de la règle de conflit bilatérale<sup>172</sup>. Si la règle de conflit bilatérale est bien conçue, elle devrait d'ailleurs respecter, à peu de choses près, le champ d'application dans l'espace que s'assignent les règles matérielles auxquelles elle donne compétence.

### 3. *Domaine spatial des lois sur les clauses abusives*

**588.** Dans l'espace communautaire, l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives devrait, selon nous, dépendre exclusivement, de la règle de conflit protectrice de la partie faible et donc, sous réserve d'une correction apportée par une technique de rattachement alternatif, de la loi qui régit le contrat au fond. En elle-même, cette solution présente l'avantage pratique considérable de ne pas introduire de rupture dans le statut du contrat. En effet, toute loi nationale réglementant les clauses abusives s'appuie nécessairement sur des concepts propres à l'ordre juridique dont elle fait partie. En la soumettant à un rattachement spécial dérogatoire, on applique côte à côte deux corps étrangers qui n'ont pas été élaborés l'un en fonction de l'autre, ce qui peut faire naître des problèmes d'adaptation entre la loi contractuelle et les règles matérielles de la loi sur les clauses abusives. Ces problèmes sont manifestes lorsqu'il s'agit d'appliquer le catalogue des clauses abusives conçu pour des contrats nationaux, à des contrats soumis à un droit étranger.

Par nature les lois de ce type contiennent une série de règles de portée générale affectant le contenu du contrat sans pour autant établir de régime complet de celui-ci. La solution préconisée en rétablissant l'unité de la loi contractuelle permet d'éviter les difficultés inhérentes à la technique des règles d'application immédiate ou des règles de police<sup>173</sup>.

**589.** Même si l'on admet que l'applicabilité des lois sur les clauses abusives dépend uniquement de la règle de conflit à caractère substantiel, un problème de mise en œuvre peut encore survenir car la règle de conflit en question n'efface pas pour autant les règles de droit matériel qui servent à délimiter le champ d'application de la législation en cause. En effet, soit intentionnellement, soit par inadvertance, plusieurs législations nationales

---

<sup>172</sup> En ce sens voy. M. FALLON, «Les prestations de services au consommateur en droit international privé», in *Les prestations de services et le consommateur*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp.203 et 204.

<sup>173</sup> Sur ces problèmes d'adaptation, voy. A.C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université, 1981, p. 180; W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 14, p.223 et ss.; M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *J.D.I. (Clunet)*, 1984, p.442, n°106.

concernant les clauses abusives dans les Etats membres comportent toujours un domaine d'application dans l'espace expressément délimité par une ou plusieurs règles directes d'applicabilité<sup>174</sup>. A supposer que la réglementation sur les clauses abusives comporte un critère spatial dérogatoire à celui retenu par la règle de conflit à caractère substantiel, le juge doit-il respecter le champ d'application que la loi s'assigne à elle-même ou peut-il se contenter d'appliquer la solution qui découle de la mise en œuvre de la règle de conflit<sup>175</sup>. Cette question relève de la problématique générale de l'application des lois de police faisant partie de la *lex causae*. Dans ce contexte, elle paraît devoir être résolue par une analyse de la portée du critère spatial affectant la réglementation impérative. Reliant entre eux le problème de la compétence législative et celui de la détermination du domaine spatial de la règle matérielle, ce critère peut remplir une double fonction<sup>176</sup> une fonction de désignation de l'ordre juridique compétent d'une part, et une fonction de détermination du champ d'application dans l'espace de la solution de droit matériel, d'autre part<sup>177</sup>. Lorsque l'ordre juridique dont fait partie la loi impérative est désigné par la règle de conflit de for, rien ne justifie que l'on fasse abstraction du critère spatial dans sa fonction de délimitation de la règle de droit matériel. Le domaine spatial d'une règle fait partie de son présumé, comme son domaine matériel et temporel<sup>178</sup>. Rien n'autorise donc le juge à ignorer telle ou telle partie de la règle étrangère. Comme le souligne P. Mayer, la règle de conflit désigne l'ordre juridique entier au sein duquel elle laisse s'accomplir, sans intervenir, le

174 Sur le contenu de ces règles d'applicabilité, voy. *supra*, IIème partie, titre I, notes 127, 128 et 131; voy. également M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives», *op. cit.*, note 36, p. 19, n° 3; C. FERRY, *La validité des contrats en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 94, n° 82; J.G. SAUVEPLANNE, «Consumer protection in private international law», *Neth. Int. L.R.*, p. 13, qui remarque à juste titre que la réglementation peut de ce fait avoir un champ d'application plus large ou plus étroit que celui défini par la règle de conflit protectrice du consommateur.

L'avant-projet de codification du droit international privé allemand prévoyait la suppression du § 2 de l'AGBG (sur ce § 2, voy. *supra* IIème partie, titre I, note 127). Il fut finalement maintenu sur recommandation de l'Institut Max Planck. Celui-ci proposa de maintenir la disposition en la qualifiant de loi de police. Voy. «Stellungnahme des Max-Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983», *RabelsZ*, 1983, spéc. pp. 72 et 76. Pour un commentaire, voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, note 10, pp. 20 et 481; A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Rec. des Cours*, 1992 II (vol. 32), pp. 27-328. A propos des perspectives de changements résultant de l'entrée en vigueur de la directive européenne du 5 avril 1993, voy. K.G. WEIL et F. PUIS, *op. cit.*, note 51, pp. 26-140.

175 R. DE NOVA, «Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application», *Mélanges Maury*, 1960, t. III, p. 95; P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *J.D.I. (Clunet)*, 1981, p. 82, n° 9 et 9.

176 Dans le sens du respect du critère spatial, P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 56, p. 36; T.G. GUEDJ, «The Theory of the Lois de Police, A Fonctionnal Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories», *A.J.C.L.*, 1991, p. 68; R. DE NOVA, *op. cit.*, note 75, pp. 94-395 et 399; C. FERRY, *op. cit.*, note 30, p. 63, n° 39; P. GRAULICH, «Règles de conflit et règles d'application immédiate», *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. III, p. 29; J.P. KARAQUILLO, *op. cit.*, note 29, p. 75, n° 62 et 567 et 177, n° 67; M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 14, n° 2; A. PHILIP, «Mandatory rules, public law (Political Rules and Choice of Law in the EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations)», in *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam/New-York/Oxford, North Holland, 1982, p. 6, n° 7; du même auteur, «Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law», *Festschrift K. Lipstein*, Heidelberg, 1980, p. 47; R. PRIOUX, «Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate», *R.D.C.B.*, 1988, p. 251, n° 35.

choix des règles en fonction des catégories de situations qu'elles visent ou qu'elles excluent elles-mêmes<sup>177</sup>.

Ainsi, de la même façon que l'on admet que le juge du for refuse d'appliquer la loi sur les clauses abusives si la relation contractuelle en cause, bien que visée par la catégorie de rattachement de la règle de conflit, n'entre pas dans le domaine matériel de la loi réglementant les clauses abusives, il faut admettre que le même juge refuse d'appliquer cette loi si celle-ci ne comprend pas la situation dans son domaine spatial.

Le respect du critère fixé par le droit étranger ne peut être compris comme un renvoi au sens de la théorie générale du droit international privé, car il ne concerne que le choix entre des règles substantielles ou matérielles de l'ordre juridique étranger, dont la compétence n'est pas remise en cause<sup>178</sup>. Le système juridique dans son ensemble ne refuse pas sa compétence. Il se fait simplement que certaines règles refusent leur concours dans le système de droit dont elles font partie<sup>179</sup>. Pour surmonter ce refus, il suffit de se reporter aux règles de droit commun, généralement permissives, du système de droit considéré. Dans le domaine contractuel, cette règle permissive peut être trouvée dans le principe de la liberté des conventions<sup>180</sup>. Un même raisonnement peut être tenu à propos des critères délimitant le champ d'application spatial des lois protectrices du consommateur. Dès lors que la fonction de désignation de l'ordre juridique est assumée par la règle de conflit bilatérale à caractère substantiel, seule subsiste la fonction de délimitation de la règle de droit matériel. Si la situation en cause n'entre pas dans le champ d'application de la loi, il existe nécessairement dans le même ordre juridique une règle de droit commun non protectrice, qu'il suffit d'appliquer.

On peut croire que les contradictions entre la règle de conflit et les règles matérielles ne seront guère fréquentes à cet égard, dès lors que la règle de conflit protectrice du consommateur procède à une bilatéralisation des critères de localisation utilisés par les premières lois sur les clauses abusives. Tel est le cas, on l'a vu, de l'article 5 de la Convention de Rome. En revanche, les discordances risquent d'être plus nombreuses lorsque la règle de conflit à caractère substantiel est étrangère à tout processus de

---

177 P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 175, p.157, n°16.

178 En ce sens, R. DE NOVA, *op. cit.*, note 175, p.194; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p.104, n°37; P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 175, p.140, n°8; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 173, pp.45-146; J.M. JACQUET, «Principe d'autonomie et contrats internationaux», *Economica*, 1989, p.110, n°75 et ss.; K. LIPSTEIN, «Les normes fixant leur propre domaine d'application les expériences anglaises et américaines», *Trav. Com. fr. D.I.P.*, Ed. CNRS, 1977-1979, p.94, n°9.

179 K. LIPSTEIN, *ibid.*

180 P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 156, p.137, n°7; du même auteur, «La protection de la partie faible en droit international privé», in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°39; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 173, pp.45-146.

bilatéralisation des lois de police, comme c'est le cas des règles de conflit communautaires propres au contrat d'assurance<sup>181</sup>.

## B. Les réglementations de contrôle des activités d'assurance

### 1. Réglementations de contrôle des activités d'assurance et lois de police

**590.** Plus proche du droit administratif que du droit privé, les réglementations de contrôle déterminent dans un souci de protection des preneurs d'assurance, des assurés, des victimes et peut-être aussi des actionnaires, les conditions d'accès et d'exercice des activités d'assurance.

Selon la doctrine dominante, les lois de pur droit public ou de pure organisation étatique dans lesquelles l'Etat est directement impliqué parce qu'il y va de sa structure ou de son organisation (lois fiscales, pénales, administratives...) ne relèvent pas des méthodes du droit international privé<sup>182</sup>.

Les lois de droit public ne visent en effet nullement à résoudre un conflit de lois<sup>183</sup>. Les critères spatiaux utilisés ne servent qu'à faire le départ à l'intérieur d'un ordre juridique donné, entre une solution substantielle (imposition, répression...) et la solution substantielle contraire (non-imposition ou non-répression). La compétence de l'Etat impliqué dans la substance de la relation juridique étant matériellement exclusive et non cumulative, il ne peut se produire de conflits de lois en matière pénale ou fiscale. Il s'agit uniquement pour le législateur d'indiquer unilatéralement le domaine d'application de la règle qu'il prend. De même, chaque Etat a, en principe, compétence exclusive pour s'autoorganiser. En matière administrative, l'organe ne doit obéissance, pour ce qui concerne son fonctionnement, qu'à l'Etat qui l'a institué. Ceci n'exclut évidemment pas

---

181 Pour les mêmes raisons, il devrait être rare que le juge du for ait à s'interroger sur l'application d'une loi étrangère n'appartenant pas à la *lex causae*. Si c'était le cas, la technique d'application *proprio vigore* des lois de police de pays tiers laisserait au juge suffisamment de liberté pour apprécier si cette volonté d'application n'est pas illégitime, soit en contestant la qualification de règle de police de la règle étrangère, soit en considérant son domaine d'application comme excessif.

182 P. MAYER, *Les lois de police étrangères*, *op. cit.*, note 156, p.303, n°28, p.330, n°39; du même auteur, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence», *R.C.D.I.P.*, 1979, p.57, n°39; *Traité*, 5ème éd., 1994, n°01 et ss.; A. PHILIP, «Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law», *Festschrift Lipstein*, Heidelberg, 1980, p.42; «Mandatory Rules, Public Law (political rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations», in *Contract Conflict*, P.M. NORTH (Ed.), p.05, n°46; D. JACKSON, «Mandatory Rules and Rules of ordre public», in *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam/New-York/Oxford, North Holland, 1982, p.44; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.II, 8ème éd., 1993, n°46.

183 P. MAYER, *Les lois de police étrangères*, *op. cit.*, note 156, p.301, n°26 à 28; J.M. JACQUET, *op. cit.*, note 130, p.99, n°59.

certaines formes de coopération internationale consistant dans la transmission de la situation aux organes d'un autre Etat intéressé.

Ces observations permettraient sans doute de contester la qualification de lois de police aux lois de contrôle des activités d'assurance dans cette hypothèse, l'accueil de la loi de contrôle étrangère paraît exclu en raison d'une limitation de compétence. L'affirmation doit toutefois être nuancée à deux égards. S'il est vrai que les organes administratifs ne peuvent agir qu'en obéissant aux règles de l'Etat qui les a institués, l'Etat en question peut parfaitement leur donner injonction d'appliquer une loi étrangère. Ensuite, la réglementation administrative, si elle est méconnue, peut elle-même comporter des effets de droit privé sous la forme, par exemple, d'une sanction civile. Comme cette sanction est dissociable de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, la question de son application peut se poser devant un juge étranger. Il serait vain de tirer parti du caractère de droit public de la règle pour l'écarter du règlement du conflit de lois<sup>184</sup><sup>185</sup>.

En même temps qu'ils démontrent le caractère factice de la distinction entre droit public et droit privé dans la matière des conflits de lois, ces effets de droit privé réclamés par la réglementation de contrôle suffisent, à notre avis, à en faire une loi de police. Dès lors qu'une réglementation administrative prétend à des effets de droit privé, le problème de son applicabilité peut se poser devant un organe étranger et il devra être résolu par l'intermédiaire du critère spatial affectant cette réglementation<sup>186</sup>.

**591.** En principe, les aspects civils de la législation de contrôle devraient être marginaux, car la législation de contrôle n'entend pas régir directement le contrat. Il faut observer cependant que cette cohérence est souvent mise à mal par le législateur lui-même. Ainsi, il n'est pas rare de trouver dans les réglementations de contrôle des dispositions qui concernent directement les obligations respectives des parties (caractère non obligatoire de

---

184 Le principe de l'inapplicabilité des lois de droit public a formellement été rejeté par une résolution de l'*Institut de droit international* adoptée en 1975 (*Annuaire I.D.I.*, vol. 36, p. 350). La répugnance des juges à appliquer les règles de droit public étrangères doit en réalité être attribuée à un refus de collaborer à une politique suivie par un Etat étranger.

185 P. MAYER place aussi en dehors de ce règlement les décisions législatives (décision d'embargo, de boycott, de nationalisation...), que d'autres appellent des lois politiques. Selon ARMINJON, il s'agirait de lois faisant exception aux principes et aux règles de droit dans l'intérêt d'un Etat, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées (cité par A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 82, n° 16). Selon P. MAYER, la décision s'oppose à la règle par son aspect de commandement catégorique. Elle serait réfractaire à la méthode des conflits de lois parce qu'elle ne serait pas susceptible d'entrer en conflit avec d'autres faisant partie d'ordres juridiques différents. Il suffirait de l'appliquer à toutes les situations qu'elle vise. Comme pour les lois de police, son domaine d'application se déduirait, à défaut d'autres précisions, du contenu et de la finalité de la loi. Voy. P. MAYER, *Les lois de police étrangères*, *op. cit.*, note 156, p. 305, n° 30; du même auteur «Les lois de police», *Trav. Com. fr. D.I.P.*, 1988, pp. 10 et 112. Dans cet article postérieur, l'auteur estime qu'il conviendrait de refuser toute applicabilité internationale à ces règles.

186 En ce sens, K.H. NEUMAYER, *op. cit.*, note 7, pp. 60 et 61.

la proposition d'assurance, mentions qui doivent figurer dans la proposition ou le contrat d'assurance, délai de renonciation, exigence de clarté et de lisibilité des clauses□.).

Dès lors que ces règles ne visent nullement à organiser les relations entre l'autorité administrative et l'entreprise d'assurance, leur applicabilité devrait logiquement dépendre en droit international privé, de la règle de conflit propre au contrat d'assurance et non de la règle d'applicabilité propre à la réglementation de contrôle. Leur présence fortuite dans cette législation ne suffit sans doute pas à leur conférer le caractère de loi de police, de sorte que leur applicabilité ne devrait pas être soumise aux critères spatiaux qui définissent son domaine d'application. On ne comprendrait pas que la qualification et l'application de règles de pur droit privé puisse dépendre du choix d'une technique législative justifié le plus souvent par les nécessités du moment et non par des raisons juridiques clairement déterminées.

Un sort particulier doit sans doute être fait à certaines règles techniques (taux d'intérêt technique, calcul de la valeur de rachat, attribution des participations bénéficiaires□.) qui, sans modifier les obligations des parties contractantes, influencent néanmoins le contenu de la relation contractuelle. Dans la mesure où l'objectif de ces réglementations dépasse celui qui relève du seul souci de protéger la partie contractante réputée faible, la qualification de «règles de police□ applicables dans le pays d'activités quelle que soit la loi régissant le contrat pourrait être défendue. Le droit communautaire impose toutefois des limites à une telle interprétation, qui, en justifiant l'application systématique de la loi du pays d'activités, pourrait emporter des entraves à l'exercice des libertés d'établissement ou de prestation de services (voy. *infra*).

D'autres questions dont les conséquences sur le contrat sont incidentes sont manifestement marquées par le domaine d'application spatial de la législation de contrôle. L'on songe aux sanctions civiles qui peuvent s'attacher à la violation de la réglementation des conditions d'accès et d'exercice des activités d'assurance ainsi qu'au contrôle administratif des conditions contractuelles.

## **2. Contrôle matériel des conditions contractuelles (rappel)**

**592.** L'évolution du domaine d'application des lois de contrôle dans l'espace communautaire a déjà fait l'objet d'un examen détaillé dans la première partie de cette étude (voy. *supra* n°□, n°□0 et ss., n°□8 et ss.). Nous n'en reprendrons ici que les conclusions.

L'intégration des marchés nationaux d'assurance dans un marché intérieur sans frontières devait inévitablement conduire à une révision complète de la délimitation des pouvoirs de contrôle reconnus à l'autorité administrative de chaque Etat membre. Avant l'intervention de la Communauté européenne, le domaine d'application des lois de contrôle était généralement défini de façon très large, de façon à saisir toute activité d'assurance exercée sur le territoire. Il était fait appel dans ce but, à des critères territoriaux jouant le plus souvent de manière alternative, parmi lesquels la localisation du risque jouait un rôle déterminant.

Les directives de la première génération en matière d'assurance n'ayant guère contribué au décloisonnement des marchés, ce sont les directives de la seconde et de la troisième génération qui ont conduit à remettre en cause fondamentalement la répartition des pouvoirs des autorités de contrôle. Le seul fait que le risque soit localisé dans un Etat membre ne suffit plus désormais à conférer aux autorités de cet Etat un pouvoir de contrôle exclusif sur les activités d'assurance exercées sur son territoire. Les directives rompent en effet définitivement avec le principe de la territorialité matérielle absolue des lois de contrôle. Les nécessités de l'intégration ont poussé les autorités communautaires à résoudre le conflit d'autorités en faveur de la loi du pays d'établissement de l'assureur et, dans une étape suivante, en faveur de la loi du pays de son siège social.

**593.** Nous avons également examiné dans le détail les liens implicites entre le contrôle matériel des conditions d'assurance et le droit international privé, ainsi que la façon dont ces liens ont été dénoués par les directives communautaires (voy. *supra* n°19, n°22 et ss., n°24 et ss.).

A tort ou à raison, la cohérence de l'action de l'administration a imposé, dans un premier temps, que le contrat d'assurance soit rédigé selon la forme et le contenu prescrits par la loi nationale de l'autorité de contrôle, ce qui revenait à faire dépendre la loi régissant le contrat d'assurance du domaine d'application de la loi administrative. Le postulat étant que le contrôle des conditions d'assurance ne pouvait se concevoir que par référence à la loi nationale de l'autorité chargée de la surveillance, la compétence législative était ainsi artificiellement alignée sur la compétence juridictionnelle<sup>187</sup>.

---

187 L'idée est récurrente en doctrine, même dans le contexte des directives communautaires. Voy. à cet égard les thèses de M. FRIGESSI DI RATTALMA. Celui-ci estime que l'attribution du contrôle des conditions contractuelles aux autorités du pays d'établissement entraîne implicitement pour les autorités des Etats membres, l'obligation de permettre le choix de la loi de ce pays pour régir le contrat (voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, pp.195 à 201).

Les directives de la deuxième puis de la troisième génération ont affranchi le droit international privé de cette servitude. Elles se signalent en effet, sinon par la suppression, du moins par l'affaiblissement de la force d'attraction exercée par le droit administratif sur la loi applicable au contrat.

Les règles de conflit communautaires prévues par les directives de la seconde génération restaient certes marquées par un souci d'alignement de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle, mais elles ne permettaient plus de garantir que l'autorité de surveillance exercerait toujours le contrôle matériel des contrats sur la base de sa propre loi. Dès lors qu'elles laissaient une place au choix de la loi applicable dans le domaine des contrats soumis à ce contrôle, la coïncidence entre l'action de l'administration et la loi applicable ne pouvait plus constituer un principe de solution.

Les directives de la troisième génération ont encore accentué l'autonomie du droit international privé par rapport au contrôle matériel. Outre qu'elles marquent le passage d'un contrôle *a priori* des conditions d'assurance sous forme d'une approbation préalable, à un contrôle *a posteriori* sous forme d'une communication non systématique, elles établissent une césure encore plus nette entre le droit administratif et le droit privé. Alors que la troisième génération de directives donne au critère du lieu du siège social le rôle essentiel dans l'attribution des compétences administratives de contrôle, le rattachement du contrat d'assurance reste, quant à lui, animé par sa logique propre, qui n'a plus rien de commun avec celle suivie dans la répartition des pouvoirs de contrôle.

A certains égards, les deux logiques sont même contradictoires, puisque le critère du lieu du siège social de l'entreprise ne joue aucun rôle dans le rattachement du contrat. Ceci signifie en pratique que l'autorité de surveillance du pays du siège social aura le plus souvent à se prononcer sur la conformité d'un contrat régi par une autre loi que la sienne. Une telle perspective rend indispensable une coopération étroite entre les autorités du pays du siège social et celles du pays d'activités (voy. *supra* n°185). Si cette procédure de coopération permet de réduire le risque d'inefficacité du contrôle des conditions d'assurance, elle n'élimine nullement les divergences d'appréciation concernant l'efficacité internationale des règles impératives. Comme on l'a vu, il n'existe guère de consensus sur les notions de lois de police et d'ordre public dans les Etats membres. Usant de la marge de manœuvre qui leur est laissée, les autorités administratives ne pourront toutefois se passer d'un raisonnement de droit international privé dont la légitimité pourrait être soumise aux exigences du droit communautaire (voy. *infra*).

### **3. Sanctions civiles découlant de la violation de la réglementation**

**594.** L'incursion la plus remarquable du droit du contrôle dans le droit privé de l'assurance résulte sans doute de la sanction de nullité qui peut frapper le contrat en cas de violation par l'entreprise des conditions d'accès et d'exercice des activités d'assurance.

Plusieurs législations nationales de contrôle, on l'a vu, prévoient ou prévoyaient expressément la nullité des contrats d'assurance souscrits auprès d'une entreprise non agréée ou non dispensée de l'agrément. Les législations belge, française et italienne ont déjà été citées en exemple (voy. *supra* n°18). Ainsi l'article 3, §3, de la loi de contrôle belge actuelle prévoit que «Les contrats visés au paragraphe 1<sup>8</sup> souscrits auprès d'une entreprise non agréée et non dispensée de l'agrément sont nuls. Toutefois, si le preneur a souscrit de bonne foi, l'entreprise est tenue de remplir les obligations qu'elle a contractées». Le Code français des assurances comporte, lui aussi, une disposition similaire : «Sont nuls les contrats souscrits en infraction au présent article. Toutefois, cette nullité n'est pas opposable, lorsqu'ils sont de bonne foi, aux assurés, aux souscripteurs et aux bénéficiaires» (art. 321-1)<sup>9</sup>. Le *Financial Services Act* comporte, lui-même, quelques dispositions qui peuvent directement influencer le contenu ou l'existence même des contrats d'assurance vie qui entrent dans son domaine d'application. Des réparations peuvent aussi être réclamées lorsque l'assureur n'a pas respecté les règles de bonne conduite adoptées par l'organe professionnel chargé de l'autorégulation (*breach of statutory duty*). Les règles de ce dernier type n'exercent cependant aucune influence sur le contrat.

L'opportunité d'assortir la violation des conditions administratives d'agrément d'une sanction de nullité pourrait sans doute être discutée en droit civil. D'une part, comme on le verra, il est probable que l'application du droit commun des contrats pourrait aboutir aux mêmes conséquences. D'autre part, et surtout, la nullité met en danger le preneur qui risque de se trouver ainsi en défaut de couverture. D'où l'exception prévue généralement en faveur du preneur, de l'assuré ou du bénéficiaire de bonne foi. Cette atténuation, elle-même, ne manque pas de poser certains problèmes au regard de la théorie classique des nullités, car une nullité qui résulte de la violation d'une loi d'ordre public devrait normalement être absolue. Il est vrai que la théorie des nullités connaît des degrés et des nuances rebelles à toute tentative de classification.

---

188 Il s'agit des contrats d'assurance relatifs à des risques situés en Belgique, conformément à la définition communautaire du lieu du risque ou de l'engagement (directive LPS non-vie, art. 2, *litt. a*); directive LPS vie, art. 2, *litt. a*).

189 Voy. J. BIGOT, «L'internationalisation du droit des assurances», in *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 12.

Quoi qu'il en soit, la règle qui interdit de souscrire des contrats auprès d'une entreprise non agréée et non dispensée de l'agrément s'analyse dans ses effets de droit privé, comme une règle de police des activités professionnelles. Une analyse fonctionnelle de cette règle, présente dans la législation de différents Etats membres, révèle que son application dans les situations internationales dépend de l'exercice des activités d'assurance sur le territoire national, c'est-à-dire plus concrètement, de la localisation du risque ou de l'engagement sur ce territoire<sup>190</sup>.

Un problème particulier de mise en œuvre naît si la loi de contrôle qui porte cette sanction est une loi étrangère par rapport au for saisi du litige ou par rapport à l'autorité administrative appelée à exercer un contrôle matériel. Il ne saurait être question d'exclure l'application ou, tout au moins, la prise en considération de cette loi sur le fondement de la thèse, aujourd'hui dépassée que l'Etat ne saurait appliquer les règles de droit public d'un autre Etat<sup>191</sup>. La sanction de nullité prononcée par une loi de contrôle étrangère pourra être appliquée soit par la technique de l'application *proprio vigore* des lois de police étrangères, soit par la technique de la prise en considération, soit même par la technique de la bilatéralisation des lois de police d'assurance vers laquelle semble se diriger les directives LPS vie et non-vie (voy. *infra* n°450). L'intégration des marchés d'assurance, la coordination des conditions d'accès et d'exercice des activités d'assurance dans la Communauté et la répartition plus harmonieuse des pouvoirs de contrôle devraient permettre, sans trop de difficultés, l'application de cette sanction civile par le juge étranger d'un Etat membre<sup>192</sup>. Ce juge dispose cependant d'une marge d'appréciation suffisante

---

190 Voy. en ce sens à propos du *Financial Services Act* et des règles de bonne conduite que celui-ci impose, dans le sens de cette analyse, I. MAC NEIL, *op. cit.*, note 158, p.33. L'auteur cite à l'appui de cette solution un avis de la Commission européenne et du *Department of Trade Industry* (D.T.I. Consultative Document on the Implementation of the Framework Directives).

191 Voy. en ce sens des termes particulièrement nets F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», *Rec. des Cours*, 1989 I (vol.213), p.93, n°37, qui estime que la distinction entre le droit public et le droit privé ne trouve aucune place dans une théorie du droit international privé. Voy. également P. MAYER, «Droit international privé et droit international public...», *op. cit.*, note 120, p.370, n°31 et ss.; du même auteur, «Le rôle du droit public en droit international privé», *R.I.D.C.*, 1986, p.67 et ss., qui observe qu'en droit international privé le soi-disant principe d'inapplicabilité des règles de droit public étrangères a surtout servi en jurisprudence à masquer l'éviction de la loi étrangère en raison de son contenu (lois restreignant la liberté des changes...). Dans le même sens, voy. P. GOTHOT, «Loi monétaire tierce et loi du contrat», *Cah. de la Banque*, 1979, p.4; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p.69, n°202 à 214. Voy. également la résolution de l'*Institut de Droit International* sur l'application du droit public étranger, Session de Wiesbaden (1975), *Annuaire I.D.I.*, vol.36, p.50 et le rapport du professeur Lalive, p.57, p.19 et ss. «Le caractère de droit public attribué à une disposition de droit étranger désignée par une règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition». le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit étranger. invoqué sinon appliqué, par la doctrine et la jurisprudence de certains pays n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable. et est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale.

192 Voy. L. FORLATI-PICCHIO, «La legge applicabile ai contratti di assicurazione», *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, A cura di Tullio Treves, Padova, Cedam, 1983, 172-173; du même auteur, «La legge applicabile ai contratti di assicurazione e diritto comunitario», *Dir. com. e scam. int.*, 1983, pp.61-62. L'auteur cite également les effets de droit privé liés à l'existence de monopoles de droit public.

pour refuser de l'appliquer, s'il estime que les intérêts du preneur ne sont pas suffisamment sauvegardés.

**595.** L'application de la sanction civile pose davantage de difficultés sur le plan technique, lorsqu'elle ne se déduit pas expressément de la loi de contrôle mais d'une règle de droit commun relative à la validité des contrats. On constatera en effet que la nullité du contrat conclu en violation de la réglementation de contrôle pourrait être obtenue par la référence à la notion d'objet ou de cause illicites. L'exigence du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs se déduit clairement des articles 1131 et 1133 du Code civil et des articles 134 et 138 du BGB<sup>193</sup>. On a déjà fait état de la controverse doctrinale portant sur la question de savoir si la nullité prévue par l'article 134 du BGB pouvait être appliquée en cas de violation d'une réglementation professionnelle. La loi de contrôle allemande ne prévoit en effet dans cette hypothèse que des sanctions pénales (VAG, § 40), sans prononcer expressément la nullité des contrats (voy. à cet égard *supra* n° 8)<sup>194</sup>

La question de l'«enforceability»<sup>195</sup> des contrats d'assurance conclus avec des entreprises non agréées en contravention à la loi sur le contrôle des activités d'assurance a également suscité quelques litiges en Angleterre<sup>196</sup>. La décision qui fait autorité en la matière est celle qui a été rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Phoenix General Insurance Company v Halvanon Insurance Company Limited*<sup>197</sup>. Le caractère illicite du contrat conclu avec l'entreprise non agréée pour contrariété avec l'ordre public ne fut toutefois affirmé à cette occasion que dans un *obiter dictum*, la Cour rejetant en l'espèce la demande pour une question de droit transitoire. L'illicéité fut néanmoins confirmée dans

193 On constate en droit allemand une tendance à l'effacement du concept général d'«ordre public» par rapport à celui de «bonnes mœurs». L'article 138 BGB ne concerne pas la contrariété à l'ordre public mais seulement la contrariété aux bonnes mœurs. L'article 134 concerne, quant à lui, les actes interdits par la loi (voy. notamment, à ce sujet, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé», in *L'ordre public concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 19-256).

194 Comp. en Suisse, A.K. SCHNYDER, «Vertragsfreiheit im nationalen und internationalen Versicherungsrecht der Schweiz», R.S.A., 1994, p. 30; dans un souci de protection de l'assuré, la loi de contrôle suisse ne prévoit explicitement aucune sanction civile en cas de souscription d'un contrat auprès d'une entreprise non agréée. En revanche, la loi sur le contrat d'assurance règle les conséquences civiles d'un retrait d'agrément (résiliation, remboursement...).

195 Sur cette jurisprudence, voy. L. COLLINS, «Contractual Obligations» the EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law», *I.C.L.Q.*, 1976, p. 29; DICEY and MORRIS, *Private International Law*, 11ème éd., p. 218; P.M. NORTH, «Reform but not Revolution», *Rec. des Cours*, 1990 I (vol. 20), p. 94; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 11ème éd., 1987, pp. 86-489.

196 Sur l'ensemble de la question voy. S. CARTER, «Unauthorised insured is 'illegality' still a defence», *Int. Ins. L.R.*, 1995, pp. 11-116. En Angleterre également le débat se concentre autour du conflit entre la sanction de nullité pour contrariété à l'ordre public et le souci de protéger la partie faible. Sous l'angle du droit international privé, l'applicabilité de la sanction emprunte implicitement à la technique des lois de police, puisque d'après les commentateurs, elle frapperait le contrat même si la loi anglaise n'est pas la loi contractuelle, pourvu que les activités d'assurance soient exercées sur le territoire anglais.

197 [1986] 1. All E.R. 908 CA., 2 Lloyd's Rep. 552.

quelques autres affaires<sup>198</sup>, où l'on tenta en vain de remettre en cause la valeur de précédent de l'arrêt rendu précité. En droit anglais, aucune efficacité n'est donc en principe reconnue aux contrats souscrits auprès d'un assureur non agréé conformément à la législation britannique pour des activités d'assurance exercées au Royaume-Uni, même si c'est au préjudice de la partie innocente. Le caractère inéquitable de cette jurisprudence n'a pas manqué d'être souligné par les commentateurs, car elle permet à l'assureur en difficulté de se retrancher derrière le défaut d'agrément dont il est lui-même responsable, pour réfuter ses engagements à l'égard de l'assuré. Ceci pourrait inciter une juridiction étrangère éventuellement saisie du litige à refuser d'appliquer une sanction aussi rigoureuse. Il semble cependant que la question soit désormais résolue par la section 32 du *Financial Services Act*. Celle-ci permet à l'assuré de bonne foi d'obtenir l'indemnité à charge de l'assureur non agréé. La question qui reste pendante est celle de l'application rétroactive de cette nouvelle disposition aux contrats souscrits avant son entrée en vigueur<sup>199</sup>.

**3** Lorsque la sanction de nullité du contrat n'est pas prévue par la réglementation étrangère de contrôle comme c'est le cas au Royaume-Uni et en Allemagne, son application en matière internationale pourrait être envisagée sous l'angle de la prise en considération. Cette technique consiste à inclure la loi de police étrangère dans le présupposé d'une règle matérielle de la *lex contractus* (cause ou objet illicite). En d'autres termes, la loi de police étrangère est prise comme un fait intégré par le juge dans l'hypothèse visée par la règle matérielle ou comme une condition de son application<sup>200</sup>.

198 *Re Cavalier Insurance Company Limited* [1989] 2 Lloyd's Rep. 430; *Overseas Union Insurance Limited and Others v Incorporated General Insurance Limited* [1992] 1 Lloyd's Rep. 439; *Bedford Insurance Company Limited v Instituto de Resseguros do Brazil* [1985] Q.B. 966. *DR Insurance Co v Seguros Banamex*, (1993) 1, *Lloyd's Rep.*, 129. Il s'agissait dans cette dernière espèce d'un problème complexe impliquant les membres d'un pool de réassurance et qui mettait en cause la validité des engagements de réassurance pris à Londres par le représentant de ce pool, ainsi que les engagements consécutifs de récession pris à l'intérieur du pool. Plusieurs questions devaient être résolues dans cette affaire. Les membres du pool exerçaient-ils une activité d'assurance localisée au Royaume-Uni? *L'Insurance Companies Act* s'appliquait-il à la réassurance? L'interdiction s'étendait-elle aux contrats qui peuvent être exécutés valablement en dehors du territoire du Royaume-Uni? Il fut répondu par l'affirmative à ces trois questions. Voy. le commentaire de D. TOMPKINSON, «Unauthorised Insurance Contracts», *Int. Ins. L.R.*, 1993, p. 45.

199 Sur cette question, voy. S. CARTER, *ibid.*

200 Sur la notion de prise en considération voy. F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. II, 2ème éd., 1987, n°33 à 536; du même auteur «Les situations juridiques individuelles...», *op. cit.*, note 34, p. 94, n°38; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 173, p. 74; G. VAN HECKE, «International Contracts and Domestic Legislative Policies», *Festschrift Mann*, Munchen Beck, 1977, pp. 89-190; P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1971, p. 24; du même auteur, «Loi monétaire tierce et loi du contrat», *Cah. de la Banque*, 1979, pp. 3-84; P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 156, p. 307, n°34 et 35; du même auteur, «Le rôle du droit public en droit international privé», *R.I.D.C.*, 1986, p. 84; «Droit international privé et droit international public...», *op. cit.*, note 182, p. 308, n°49; *Traité*, 5ème éd., 1994, n°39; C. FERRY, *op. cit.*, note 130, p. 72, n°35; M. LIENARD-LIGNY, «L'autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux», *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1968, p. 30; J.C. POMMIER, «La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit le rôle de l'arbitre», *J.D.I. (Clunet)*, 1992, p. 41, n°46 et 47; A. BUCHER, *op. cit.*, note, p. 83; CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., p. 518; M. EKELMANS, «L'ordre public et les lois prohibitives étrangères», in *L'ordre public, concept et applications*, Bruxelles, Bruylant,

On remarquera que prononcer la nullité du contrat pour violation d'une loi prohibitive étrangère revient en définitive à lui reconnaître tous les effets qu'elle entend porter, en respectant sa volonté d'application. En ce sens, la prise en considération suppose à n'en pas douter un acte de collaboration du juge du for à la politique suivie par le législateur étranger. En particulier, l'annulation au nom de la cause illicite ou immorale suppose que le juge du for accepte de considérer la transgression de cette loi étrangère comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Elle nécessite donc à la fois une appréciation morale de l'attitude des parties et une appréciation morale de la loi violée. Il subsiste néanmoins quelques différences□ la loi étrangère doit répondre à toutes les caractéristiques du concept emprunté à la *lex causae*, et si les conditions sont remplies, on empruntera également à la *lex causae* les sanctions et les conséquences qui s'attachent à la vérification de ce concept (annulation du contrat pour illicéité ou immoralité de la cause). C'est encore par référence à ce droit que le juge refusera de reconnaître force obligatoire à un contrat ayant pour objet ou pour cause la transgression délibérée d'une règle prohibitive du droit étranger.

Pour en revenir à l'assurance, si la loi de contrôle n'est ni celle du for, ni la loi contractuelle, sa violation pourrait être comprise comme une atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs conformément aux concepts empruntés à la loi qui régit le contrat d'assurance au fond□<sup>1</sup>. C'est à cette loi qu'il appartiendrait dès lors de définir les conditions et les conséquences de la nullité du contrat. Il appartiendra par exemple à la loi contractuelle de déterminer si le mobile illicite doit être commun aux deux parties pour entraîner la nullité et de définir les conséquences qu'il convient d'attribuer à la bonne foi de l'une des parties. Cette référence laisse au juge suffisamment de latitude pour refuser d'appliquer la sanction de nullité, au motif qu'elle porterait atteinte de façon injustifiée aux intérêts de l'assuré. Celui-ci n'est en effet pas tenu d'apporter sa collaboration à la loi de police étrangère. On peut d'ailleurs légitimement se demander si une sanction aussi rigoureuse attachée au non-respect de la procédure de notification ne crée pas, au regard du droit communautaire, une entrave disproportionnée par rapport à ses objectifs (sur cette question voy. *infra* n°□.)□<sup>2</sup>.

---

1995, pp. 285-303. Le problème de la prise en considération ne se pose que lorsque la loi de police étrangère ne règle pas elle-même les conséquences de sa propre violation au plan civil.

201 Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t. II, 2ème éd., 1993, n°□303.

202 Voy. le projet de communication de la Commission sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire (JOCE, n° C□91 du 4 novembre 1995, p. 13). «Le prononcé de la nullité d'un contrat bancaire conclu par un établissement de crédit agréé dans la Communauté, en l'absence de notification, violerait, selon la Commission, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire.□

### C. Autres lois de police périphériques

**596.** *Lois de police monétaire.* L'examen auquel nous avons procédé jusqu'à présent n'épuise pas la catégorie des lois de police susceptibles d'exercer une influence sur le contrat d'assurance. On a déjà signalé l'existence des lois de police monétaires dont l'application dépend en général de la loi du lieu du paiement (voy. *supra* n°344 et ss.)<sup>203</sup>.

**597.** *Lois sur l'importation ou l'exportation de certains biens.* Les lois de police économique interdisant la vente ou l'exportation de certains biens pourraient également exercer une influence sur la validité du contrat d'assurance couvrant ces mêmes biens. L'illicéité du contrat principal concernant la vente du bien interdit d'exportation ou d'importation pourrait entraîner dans son sillage la nullité du contrat accessoire pour autant que la cause illicite leur soit commune<sup>204</sup>. Comme on vient de le voir, la technique de la prise en considération autorise le juge à décider que la transgression délibérée d'une loi de police étrangère est incompatible avec l'ordre public ou avec les bonnes mœurs, tels que les définit la *lex contractus*. Ainsi, le contrat de transport d'une chose dont la vente est illicite, de même que l'assurance de ce transport pourraient participer de la nullité de la convention principale, aux conditions fixées par la loi contractuelle.

L'arrêt rendu par la *Bundesgerichtshof*, le 22 juin 1972, est significatif à cet égard. Dans cet arrêt, la Cour refuse de faire droit à la demande d'indemnisation introduite par un importateur de statuettes nigériennes en raison de la perte de ces statuettes en cours de transport, pour le motif que le transport avait eu lieu en violation d'une interdiction d'exporter édictée par la loi nigérienne dans le souci de protéger ses œuvres d'art. La juridiction allemande s'appuie pour justifier sa décision, sur le fait que la nécessité de protéger les biens culturels est reconnue par la Convention de Paris du 14 novembre 1970 entrée en vigueur au Nigeria le 26 avril 1972, Convention que la République Fédérale n'avait toutefois pas encore ratifiée à cette époque.

Le contrat d'assurance couvrant les objets transportés a été déclaré nul sur la base de l'article 34 BGB pour contrariété aux bonnes mœurs et sur la base de la loi allemande relative au contrat d'assurance qui régissait le contrat au fond. Outre l'application de la technique de la prise en considération, on voit poindre dans cette décision la notion d'un ordre public contractuel réellement international constitué des principes fondamentaux

<sup>203</sup> On songe par exemple aux réglementations de change applicables à l'endroit où les primes ou les indemnités doivent être payées. Voy. 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, pp.31-32 qui cite *Rossano v Manufacturer's Life Insurance Co.* [1963] 2 Q.B. 352, at 372.

<sup>204</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibid.*

communs à l'ensemble des nations et qui s'intègre à l'ordre public du for (voy. *supra* n°475)<sup>205</sup>. Cet ordre public contractuel interdirait que la *lex fori* reconnaisse force obligatoire à un contrat ayant pour objet la transgression délibérée d'une règle de police étrangère<sup>206</sup>.

Cette jurisprudence pourrait être invoquée par analogie pour contester la validité des assurances de marchandises transportées en contrebande en violation d'une loi de police étrangère<sup>207</sup>. Il appartient toutefois à la loi contractuelle de déterminer si le caractère illicite de l'opération principale s'étend au contrat accessoire<sup>208</sup>. La jurisprudence belge en offre un bon exemple. Le litige portait sur un contrat d'assurance maritime couvrant un envoi de diamants exportés frauduleusement d'Afrique du Sud. Les diamants furent volés durant leur transport du Mozambique à Anvers. La Cour refusa de prononcer la nullité du contrat d'assurance au motif que l'assurance avait été souscrite postérieurement à la sortie frauduleuse des diamants d'Afrique du Sud et que l'acheteur des diamants, qui avait contracté l'assurance, ignorait leur origine frauduleuse. Ainsi que le suggérait le Procureur général Hayoit de Termicourt, la Cour a donc considéré qu'un contrat dont l'objet ou la cause est de favoriser la fraude à une loi douanière étrangère peut être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais qu'en l'espèce, l'exécution du contrat d'assurance n'impliquait pas la fraude à la législation douanière sud-africaine, les parties n'étant pas animées par un mobile illicite<sup>209</sup>.

**598.** *Lois sur la concurrence et les pratiques du commerce.* En droit international privé, l'applicabilité des réglementations relatives aux pratiques du commerce dans des situations internationales obéit, semble-t-il, à un critère convergent dans la plupart des Etats membres, celui du marché affecté par la pratique ou le comportement litigieux. De même,

205 Sur la notion d'ordre public contractuel voy. F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles...», *op. cit.*, note 84, p.205, n°47; du même auteur, *Précis de droit international privé*, t.II, 2ème éd., 1987, n°333 à 536.

206 *BGH*, 22 juin 1972, *BGHZ*, 59, p.133. Dans des domaines étrangers à l'assurance, deux autres décisions ont en revanche écarté l'application de la règle impérative étrangère: *BGH*, 16 avril 1975, *BGHZ* 64, 83 (aff. Soljenitsyne) et *BGH*, 29 septembre 1977, *BGHZ*, 69, 295 (à propos d'une convention portant sur le passage de RDA en RFA). Sur la jurisprudence allemande, voy. B. VON HOFFMANN, «Assessment of EEC Convention from a German point of view», *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam/New-York/Oxford, North Holland, 1982, p. 229

207 Voy. K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 166, n°73.

208 Voy. en France Req., 28 mars 1928, *Cie d'assurance La Méditerranée et Cie d'assurance San Giorgio c Soc. La Morue Française*, S. 1928, I, 305, note NIBOYET. La validité du contrat d'assurance fut reconnue au bénéfice d'une argumentation ingénieuse mais critiquable au regard de la notion de cause illicite, fondée sur le fait que les marchandises avaient péri en haute mer avant d'avoir atteint les eaux territoriales américaines où leur introduction était interdite.

209 Bruxelles, 13 mai 1936, *Norwich Union Fire Insurance Ltd et The Union*, Belgique Judiciaire, 1937, 4 et les commentaires de F. RIGAUX dans son cours général de droit international privé, «Les situations juridiques individuelles...», *op. cit.*, note 84, p.194, n°38, et de M. EKELMANS, *op. cit.*, note200, p. 263, n°. Bien qu'elle ne se prononce pas explicitement sur la loi applicable au contrat, la Cour paraît considérer par la référence qu'elle fait aux notions d'ordre public et de bonnes mœurs, que celui-ci était soumis à la loi belge.

les lois sur la concurrence seront appliquées à tout accord dont les effets anti-concurrentiels seraient ressentis sur le marché de l'Etat qui les a édictées, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont choisi de soumettre cet accord. Dans les deux cas, la solution consiste dans l'identification du marché national sur lequel les effets du comportement déloyal ou anti-concurrentiel se font sentir<sup>210</sup>.

Cette solution se justifie, selon les Etats, tantôt par le rattachement traditionnel de la responsabilité quasi-délictuelle à la loi du lieu du fait dommageable, tantôt par un rattachement spécial propre à la matière, tantôt encore par le recours à la technique des lois de police au sens fonctionnel ou des lois de police et de sûreté<sup>211</sup>.

Quelle que soit sa justification, le rattachement à la loi du marché oblige en principe l'opérateur économique à se conformer aux exigences légales de tous les pays dans lesquels il souhaite exercer des activités commerciales. Il en résulte une entrave à l'exercice des libertés économiques du Traité de Rome dont la légitimité au regard du droit communautaire doit être vérifiée (voy. *infra*).

**599.** *Lois relatives à la protection de la vie privée (traitement des données informatisées, secret médical<sup>212</sup>).* Le rattachement des lois qui touchent à la protection de la vie privée repose sur des fondements moins précis et surtout moins unanimement partagés. Il est rendu d'autant plus difficile que ces lois contiennent généralement des dispositions de nature variée relevant tantôt du droit administratif, tantôt du droit civil, tantôt du droit pénal. C'est le cas par exemple, des lois réglementant le traitement informatisé des données à caractère personnel.

En ce qui concerne les dispositions de police administrative, la législation fait généralement appel à un critère de nature territoriale. Il suffit que le réseau informatique ait un ancrage sur le territoire national (tenue d'un fichier manuel, accès au traitement automatisé), pour que la commission administrative puisse user à l'égard de l'utilisateur, des pouvoirs de police que lui confère la loi. La seule présence d'un terminal d'ordinateur sur le territoire national, donnant accès à une banque de données localisée à l'étranger

---

<sup>210</sup> Une nuance est souvent apportée, lorsque l'acte considéré comme illicite affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé. Dans ce cas, on préfère parfois appliquer la loi du lieu où se situe le siège de l'établissement lésé.

<sup>211</sup> Voy. récemment R. PRIOUX, «L'application internationale de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur», in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp.332-366; H. DUINTJER, REBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», *RCDIP*, 1994, pp.451-481; A. DE CALUWE, «Les effets internationaux de la loi sur les pratiques du commerce», *R.D.C.B.*, 1994, pp.492-597.

suffit donc généralement à faire pénétrer le traitement dans le champ d'application spatial de la loi<sup>212</sup>.

Les actions civiles qui peuvent naître de la violation des mêmes dispositions restent en principe en dehors du domaine matériel de la loi et ne sont donc pas nécessairement soumises au même critère. Le rattachement de ces questions dépend d'une analyse fonctionnelle visant à définir les objectifs poursuivis par la réglementation et le critère spatial qui est le plus apte à les satisfaire dans les relations internationales. Sous cet angle, le motif qui justifie la législation est sans aucun doute la protection de la population du pays contre le risque d'atteinte à la vie privée ayant pour cause le traitement des données à caractère personnel. Dès lors, la solution la plus adéquate paraît être l'application de la loi du pays où réside habituellement la victime au moment où elle a subi le dommage. Le même résultat peut sans doute être obtenu par le biais du rattachement traditionnel mais contestable, de la responsabilité quasi-délictuelle à la loi du lieu du fait dommageable. En matière quasi-délictuelle, on s'accorde en effet généralement à reconnaître la victime une option entre la loi du lieu où a agi l'auteur de la faute et la loi du lieu où le dommage a été subi, si ces deux éléments ne se localisent pas dans le même pays<sup>213</sup>.

De façon générale, le critère de la résidence habituelle paraît être le mieux adapté pour opérer le rattachement des conséquences civiles des atteintes à la vie privée. La résidence habituelle désigne à la fois le lieu où les droits de la personnalité invoqués sont lésés (siège de la personnalité) et le milieu social auquel se trouve intégrée la situation litigieuse (siège de la relation sociale). C'est pourquoi il recueille les faveurs de la doctrine,

---

212 Voy. par exemple l'article 1, § 1 de la loi belge du 8 décembre 1992 sur le traitement des données à caractère personnel, ainsi libellé : « La présente loi s'applique à la tenue d'un fichier manuel en Belgique ou à tout traitement automatisé même si tout ou partie des opérations est effectuée à l'étranger, pourvu que ce traitement soit directement accessible en Belgique par des moyens propres au traitement ». L'article 1 de la directive européenne n° 45/46 du 24 octobre 1995 portant sur le même sujet (*JOCE*, n° 1181 du 23 novembre 1995, p. 11) prévoit, quant à lui, que « Chaque Etat membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements des données à caractère personnel lorsque

a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un Etat membre; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs Etats membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable.

b) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'Etat membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public.

c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit Etat membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté.

213 Sur la loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, voy. en particulier, F. RIGAUX, « La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *R.C.D.I.P.*, 1980, pp. 443-478; du même auteur, « Le régime des données informatisées en droit international privé », *J.D.I. (Clunet)*, 1986, pp. 111-330; « La protection des banques de données et le respect de la vie privée », *Rev. droit U.L.B.*, 1994, pp. 1-71.

qui y trouve parfois une expression directe du principe de proximité<sup>214</sup>. Le droit au respect de la vie privée tend en effet à assurer autour de chaque personne une sphère où nul ne puisse pénétrer et qui ne puisse être l'objet de divulgation, afin de lui permettre d'y épanouir sa personnalité et de mener sa vie individuelle et familiale dans la tranquillité et la liberté.

**600.** *Lois sur le crédit hypothécaire, lois sociales*. Au titre des lois de police périphériques, il faut encore signaler certaines lois gravitant autour de quelques catégories d'assurances particulières lorsque l'assurance vie peut être affectée en garantie d'un prêt hypothécaire, comme c'est le cas dans certains Etats membres, la loi sur le crédit hypothécaire peut exercer une influence directe sur le contenu du contrat affecté en garantie et sur les modalités de cette affectation. En tant que loi de police, son applicabilité devrait en principe dépendre de la loi du lieu de situation de l'immeuble<sup>215</sup>, sous réserve d'un critère spatial différent qui serait défini par la législation elle-même<sup>216</sup>

Dans le domaine des assurances de groupe et des pensions complémentaires, il faut également tenir compte de l'intervention possible des lois de police du travail dont l'application dépendra en principe de l'exécution habituelle du travail sur le territoire national ou des critères qui se déduisent de l'article 6 de la Convention de Rome<sup>217</sup>. Afin de rendre compte de l'insertion des assurances de groupe dans le champ d'application de la directive LPS vie, une déclaration actée au procès verbal du Conseil CE précise à cet égard que les dispositions impératives de la loi de l'Etat membre de l'engagement applicables quelle que soit la loi régissant le contrat, couvrent notamment, dans le cas des assurances souscrites en fonction du contrat de travail ou de l'activité professionnelle, les dispositions impératives du droit du travail ou du droit social de cet Etat, ayant pour objet de garantir les droits des travailleurs.

D'autres règles de police économique peuvent aussi concerner l'assurance de groupe. La loi belge du 6 janvier 1989 et l'arrêté royal du 24 décembre 1993 qui l'exécute interdisent par exemple à un employeur qui n'aurait pas encore souscrit d'assurance de

214 Voy. en particulier P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *Rec. Cours ADI*, 1989, II, spéc. p.337 et ss.; F. RIGAUX, «La protection des données», *ibid.*, *op. cit.*, note, p.38, n° 21.

215 Sur la loi applicable aux sûretés immobilières, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.III, 1993 n°259 à 1261.

216 Voy. par exemple la loi belge du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (*Mon. b.*, 19 août 1992, p.8196), qui retient comme critères d'applicabilité la résidence habituelle de l'emprunteur et la résidence habituelle ou le siège principal du prêteur, en Belgique. Si le prêteur n'a pas sa résidence habituelle ou son siège principal en Belgique, la loi est néanmoins applicable lorsque le contrat a été précédé en Belgique d'une proposition particulière ou d'une publicité et que l'emprunteur a accompli en Belgique les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art.1er).

217 En Angleterre, voy. à propos de l'«Employment Protection (Consolidation) Act 1978», CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 1992, p.98.

groupe au profit de son personnel, de le faire jusqu'au 1er janvier 1997. L'employeur ne peut pas non plus étendre jusqu'à cette date, le bénéfice d'une assurance groupe existante à des catégories de travailleurs qui, jusque là, n'y étaient pas affiliés. Enfin, l'employeur qui aurait déjà souscrit une assurance groupe ne peut en rendre les conditions plus intéressantes jusqu'au 1er janvier 1997. Comme ces règles poursuivent un objectif de modération salariale et qu'elles visent à sauvegarder la compétitivité des entreprises, elles méritent sans aucun doute l'appellation de «règles de police économique applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. A première vue, le critère spatial qui paraît se dégager de ces objectifs est celui de l'établissement de l'entreprise auquel le contrat se rapporte.

## **SECTION 2. MISE EN ŒUVRE DES LOIS DE POLICE EN MATIERE D'ASSURANCE**

**601.** A la lumière de l'analyse qui vient d'être faite, on pourrait douter de l'opportunité de consacrer encore un examen aux questions relatives à l'application des lois de police. Ces questions se résument en effet à la détermination du critère spatial de ces lois sur le fondement d'une analyse fonctionnelle, et à la délimitation de leur impact sur la situation contractuelle. Comme le travail d'identification des lois de police a généralement débouché sur la définition de leur domaine d'application dans l'espace, tout développement complémentaire paraît redondant.

Ce n'est pourtant pas le cas. La directive LPS non-vie du 22 juin 1988 et la directive LPS vie du 8 novembre 1990 comportent en effet des dispositions spécifiquement consacrées aux règles internationalement impératives, qui tranchent avec la méthode d'application traditionnelle de ces règles. Au lieu de laisser le soin à l'interprète de dégager, sur la base d'une analyse fonctionnelle, le domaine d'application nécessaire des lois de police, les directives définissent elles-mêmes *in abstracto* le critère dont est censé dépendre leur application, ce qui n'est pas sans susciter quelques problèmes. *A priori*, il serait en effet étonnant que la très grande diversité des lois de police examinées ci-dessus puisse se satisfaire d'un critère spatial unique.

Dans l'analyse de l'application des lois de police en matière d'assurance, on examinera successivement l'applicabilité des lois de police du for (§□), les lois de police de pays tiers (§□) et les lois de police faisant partie de la *lex causae* (§□). Ceci nous

permettra de maintenir en parallèle les règles prévues par les directives avec celles de la Convention de Rome.

## § 1. LOIS DE POLICE DU FOR

«Le présent article ne peut porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.»  
(directive LPS non-vie, art. 1, § 1, al. 1; directive LPS vie, art. 4, § 1, al. 1)

### A. La primauté des lois de police du for

**602.** L'article 1, § 1 de la directive LPS non-vie et l'article 4, § 1, de la directive LPS vie reproduisent presque mot pour mot la formulation de l'article 1, § 1 de la Convention de Rome<sup>218</sup>.

L'article 1, § 1 de la Convention de Rome affirme, dans la tradition classique des lois de police, que ni la volonté des parties, ni les critères de rattachement objectifs ne peuvent faire obstacle aux lois du for dont l'impérativité réclame application même dans les contrats internationaux. On peut s'étonner dans ces conditions que la disposition en question figure après l'article 1, § 1 qui traite de l'application *proprio vigore* des lois de police étrangères. Cette position s'explique par le fait que le paragraphe 1 a été conçu par ses auteurs uniquement comme un rappel de la priorité des lois de police du for sur les lois de police étrangères—celles-ci ne peuvent en aucune façon faire obstacle à la mise en œuvre par le juge du for de ses propres lois de police<sup>219</sup>.

Les directives communautaires se limitent, elles aussi, à affirmer la nécessaire primauté des lois de police du for, non seulement sur les règles de conflit de lois mais aussi sur les lois de police étrangères. Les directives adoptent d'ailleurs une structure plus respectueuse de cette hiérarchie, puisque la disposition consacrée aux lois de police du for est placée avant celle qui concerne des lois de police tierces.

---

<sup>218</sup> Ces articles ne sont pas modifiés par les troisièmes directives en assurance vie et non-vie.

<sup>219</sup> Voy. A.L. DIAMOND, «Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations», *Rec. des Cours*, 1986 IV (vol. 199), p. 291; B. HANOTIAU, «La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *J.T.*, 1982, p. 54, n° 6; P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 109, p. 80, n° 1; J. FOYER, «Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *J.D.I. (Clunet)*, 1991, p. 29, n° 6; N. WATTE, «Le nouveau droit international privé européen des contrats. La loi du 14 juillet 1987», *Rev. gén. dr. civ. b.*, 1989, p. 23, n° 4; R. PRIoux, «L'incidence des lois de police», *op. cit.*, note, p. 40.

**603.** Lorsque la loi de police fait partie de l'ordre juridique du for, le juge est en principe tenu de l'appliquer dans toutes ses conséquences, même si sa délimitation spatiale ne lui paraît pas raisonnable, car la volonté du législateur s'impose à lui<sup>220</sup>. En pratique cependant, vu le caractère fonctionnel du concept et l'absence fréquente de définition du critère spatial, le juge dispose d'un incontestable pouvoir d'appréciation à la fois pour attribuer la qualité de loi de police à sa propre loi nationale et pour dégager le critère de rattachement auquel est subordonnée son application (voy. à cet égard, *supra* n°452 et ss.).

C'est pourquoi, le recours systématique aux lois de police du for suscite certaines hostilités en doctrine. Il favorise le narcissisme ou le nationalisme latent du juge en lui permettant de justifier la préférence naturelle qu'il a pour ses propres lois<sup>221</sup>. La même crainte peut être exprimée à propos de l'exception d'ordre public. Si, à la prépondérance absolue des lois impératives de la *lex fori*, on ajoute le recours à l'exception d'ordre public au sens du droit international privé, il est permis d'affirmer avec le professeur Rigaux, que la loi du contrat est deux fois menacée par le particularisme de la *lex fori*<sup>222</sup>. Il reste vrai cependant que la règle de conflit peut, dans son abstraction, ne pas tenir compte de certains intérêts que le législateur entend protéger, si bien que la loi de police apparaît comme son complément nécessaire<sup>223</sup>.

**604.** Se bornant à affirmer un principe de primauté, les articles1, §1, al.1 de la directive LPS non-vie et 4, §1, al.1 de la directive LPS vie ne résolvent malheureusement aucune des questions qui permettraient aux parties contractantes d'anticiper sur l'application des lois de police en matière d'assurance1si on comprend aisément que les directives soient muettes sur les questions de compétence judiciaire, on comprend moins bien qu'elles le soient tout autant sur le contenu de la catégorie des règles internationalement impératives et sur le domaine d'application de ces règles.

Enfin, par la consécration de la primauté inconditionnelle des lois de police du for, les directives, comme la Convention, créent une asymétrie certaine entre ces lois et les lois de police étrangères. Si celles-ci appartiennent à l'ordre juridique d'un Etat membre, il n'est pas certain que cette priorité systématique soit en parfaite harmonie avec le droit communautaire (voy. *infra* n°64 et ss.).

---

220 H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.11, 8ème éd., 1993, p.27.

221 Voy. A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p.109, n°43; P. MAYER, «Les lois de police1.1», *op. cit.*, note156, p.108.

222 F. RIGAUD, «Les situations juridiques individuelles...1», *op. cit.*, note 84, p.97, n°41.

223 En ce sens, P. MAYER, «Les lois de police1.1», *op. cit.*, note 156, p.108.

## B. L'identification des lois de police du for

605. En laissant dans l'ombre la question de l'identification des règles impératives applicables quelle que soit la loi qui régit le contrat, la directive laisse aux autorités judiciaires et administratives le soin de donner un contenu à ces notions dans l'ordre juridique du for. Chaque Etat ayant sa propre conception de la notion de règle de police ou de règle d'application immédiate, les parties sont dans l'incertitude quant à l'extension qui pourrait lui être donnée par l'autorité compétente<sup>224</sup>.

Cette incertitude est atténuée dans une certaine mesure par la compétence d'interprétation reconnue à la Cour de Justice par l'article 177 CE sur l'ensemble des actes pris par les institutions de la Communauté. Il ne faut pas perdre de vue en effet que la notion de «règles impératives régissant la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat», introduite par les directives pourrait en tant que norme de droit communautaire faire l'objet d'un recours préjudiciel en interprétation. Cette compétence permettrait sans doute d'éviter les dérives et les abus. Il n'est pas certain cependant que la Cour, saisie sur cette base, se hasarderait à proposer une interprétation communautaire autonome du concept. Elle se contentera probablement de renvoyer la question au droit national ou se limitera, dans le meilleur des cas, à indiquer au juge national l'interprétation qui lui paraît conforme au droit communautaire, sans s'immiscer dans la solution de chaque cas d'espèce. Dans cette éventualité, on peut tout au plus espérer qu'elle confirmera l'analyse fonctionnelle des lois de police<sup>225</sup>.

Un acte communautaire de droit dérivé dont l'objet serait de fournir un certain contenu aux règles internationalement impératives en matière d'assurance serait assurément préférable<sup>226</sup>. On pourrait s'inspirer à cet égard de la proposition de directive relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, qui procède à cet exercice en matière de contrat de travail. Celle-ci énumère à l'article 3, les lois réglementant les conditions de travail et d'emploi qui sont applicables au lieu d'exécution du travail indépendamment de la loi régissant le contrat<sup>227</sup>. Il s'agit, en d'autres termes, du

---

224 En ce sens K. LENAERTS, *op. cit.*, note 83, p. 158, n°17; C.J. BERR, «Droit européen des assurances» la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services, *R.T.D.Eur.*, 1988, p.174, n°19; J. BIGOT, *op. cit.*, note 1, p.16; en droit anglais, voy. CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., 1992, p. 499.

225 Sur les principes d'interprétation suivis par la Cour, 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.18 et ss.

226 Voy. A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 1, p. 107. Pour un commentaire des dispositions de cette proposition en droit international privé, voy. E. JAYME et C. KOHLER, *op. cit.*, note 165, pp.32-35.

227 *JOCE*, n°125 du 30 août 1991, p.16; proposition modifiée, *JOCE*, n° C1875 du 9 juillet 1993.

noyau dur des règles internationalement impératives qui doivent nécessairement être observées par le prestataire de services dans l'Etat membre où le travail est exécuté.

Pour l'instant, il subsiste néanmoins un réel danger que le juge saisi en vertu d'un critère différent de celui retenu par les règles de conflit communautaires ne se réfugie systématiquement par réflexe nationaliste ou protectionniste derrière ses propres règles impératives ou d'ordre public au sens du droit interne. Une telle méthode, critiquable en droit international privé, ne le serait pas moins au regard du droit communautaire primaire, puisqu'elle donne à l'autorité judiciaire ou administrative la possibilité de modifier le contenu des contrats d'assurance en fonction des seules exigences de la *lex fori*. Pour peu que cette loi réglemente impérativement le contrat d'assurance, celui-ci pourrait ainsi être remodelé par le juge ou l'autorité de contrôle à l'image de la loi du for (voy. *infra* n° 59 et ss.).

### C. Le domaine spatial des lois de police du for

606. Les articles 1, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1, al. 1 de la directive LPS vie laissent croire que les règles de police du for ont une vocation automatique à s'appliquer. Nous savons qu'il peut ne pas en être ainsi. Les lois de police du for ne sont applicables que si elles veulent s'appliquer à la situation litigieuse, c'est-à-dire si elles englobent la situation dans leur domaine d'application spatial. L'application de la règle de police du for nécessite, en d'autres termes, un lien significatif avec l'ordre juridique du for<sup>28</sup>.

En l'absence de précision expresse, le critère spatial propre à délimiter le domaine d'application de la loi doit se dégager d'une analyse de la teneur et des buts qu'elle poursuit. Nous avons tenté de dégager ces critères dans l'analyse qui précède, mais c'est au juge ou à l'autorité administrative que cette mission incombe en dernier ressort.

A ce stade, on se heurte donc à nouveau aux reproches classiquement adressés à la méthode fonctionnelle, à savoir son imprévisibilité et son manque de certitude préjudiciables à la sécurité juridique. Ces reproches prennent une dimension supplémentaire dans le secteur des contrats réglementés. A cet égard, il est surprenant de constater que dans le même temps où elles offrent aux Etats la possibilité de tenir compte

---

<sup>28</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 103, n° 5; H. COUSY, « Le droit applicable au contrat d'assurance dans le marché unique européen », *Risques*, 8/1991, p. 115; B. SMULDERS et P. GLAZENER, « Harmonization in the field of insurance law through the introduction of community rules of conflict », *Comm. Mark. L.R.*, 1992, p. 84; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis de droit international privé*, 4ème éd., 1993, n° 32.

des dispositions impératives étrangères de la loi de l'Etat membre où le risque est situé, les directives communautaires ne prévoient pas un même critère d'applicabilité pour les lois de police du for (voy. *infra* n°). Influencées par la structure de l'article 17 de la Convention, il semble que les autorités communautaires se soient arrêtées à mi-chemin entre l'application facultative *proprio vigore* des lois de police étrangères et la bilatéralisation des lois de police relatives à l'assurance. Au lieu de franchir ce pas supplémentaire, elles se sont contentées d'emprunter à l'article 17 de la Convention la disposition consacrée aux lois de police du for, disposition sans véritable utilité pratique qui se borne à affirmer, s'il en était besoin, leur primauté sur les lois de police étrangères.

On a écrit que l'article 17, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie ne s'appliquerait qu'en cas de contentieux et que les règles du for n'interviendraient dès lors pas dans l'établissement du contrat<sup>229</sup>. C'est faire peu de cas de la nécessité dans laquelle se trouvent les parties à un contrat réglementé d'anticiper le conflit de lois afin de garantir la sécurité juridique de leurs opérations. C'est faire peu de cas également de l'intervention des autorités de contrôle administratives qui peuvent avoir pour mission de vérifier la conformité du contrat aux dispositions légales qui lui sont applicables<sup>230</sup>. En pratique, face à l'insécurité et à l'incertitude inhérentes à la méthode des lois de police, on conseillera aux parties d'être attentives avant tout aux dispositions internationalement impératives de la loi de l'Etat où le risque (ou l'engagement) est situé, comme y invitent d'ailleurs les articles 17, § 1, al. 1 et 4, § 1, al. 1 des directives LPS non-vie et vie.

#### D. Transposition dans les lois nationales des Etats membres

**607.** L'examen des lois transposant la directive LPS non-vie est assez édifiant. Il révèle clairement les incertitudes qui entourent la définition du concept de loi de police en matière d'assurance ainsi que les dérives auxquelles son application peut donner lieu.

Les législateurs français<sup>231</sup>, portugais<sup>232</sup> et espagnol<sup>233</sup> ont ainsi remplacé les termes utilisés par la directive par le concept de dispositions d'ordre public, inspiré

229 A. GIANNELLA, «La libre prestation de services dans le domaine des assurances», *Rev. Marché Commun*, 1991, p. 25.

230 Voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, note 83, p. 59, n° 8, qui observe qu'aux Etats-Unis, la Constitution fédérale fait échec à l'application des lois de police du for à cause de l'imprévisibilité de l'application de cette loi au moment de la conclusion du contrat et de l'absence de lien significatif entre le contrat et l'Etat du for.

231 Loi n° 99-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen précitée 1ère partie, titre II, note 50, art. 181-3, al. 1. Voy. également pour l'assurance vie, la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, précitée 1ère partie, titre III, note 30, art. 83-2, qui procède de la même façon.

232 Decreto lei n° 352/91 de 20 de setembro, 1991, précité 1ère partie, titre II, note 61, art. 5, § 1 remplacé par le décret-loi n° 02/94 du 20 avril 1994, art. 84, § 1. L'article 84, § 1 énumère une

directement du droit interne. Cette transposition qui conduit à une identification critiquable entre les lois de police et les lois d'ordre public en droit interne est critiquable et a déjà largement été dénoncée (voy. *supra* n°459 et ss. et n°487). Elle se répercute même dans le droit interne.

En France, par exemple, la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques qualifie expressément plusieurs de ses dispositions de «dispositions d'ordre public s'appliquant quelle que soit la loi régissant le contrat»<sup>4</sup>. Cette substitution constitue à notre avis une transposition incorrecte de la directive, d'autant qu'il n'est pas certain que les dispositions en cause répondent aux caractéristiques des lois de police au sens fonctionnel.

La loi belge traduit une tendance similaire tout aussi critiquable<sup>5</sup>. Dans un premier temps, elle reprend fidèlement la formulation utilisée par la directive, mais elle ajoute dans un paragraphe distinct que «Les dispositions impératives du droit belge sont applicables quelle que soit la loi choisie par les parties lorsque le risque est situé en Belgique ou lorsque la Belgique impose l'obligation d'assurance». Si cette disposition répond au souci légitime de subordonner l'application des règles de police à un critère spatial précis, on ne peut manquer d'être étonné de la référence à l'ensemble des dispositions impératives du droit belge, car ces termes englobent au sens du droit interne, non seulement les dispositions d'ordre public, mais aussi les dispositions visant à protéger la partie faible dans la relation contractuelle. L'article de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prévoit en effet explicitement que toutes ses dispositions sont «Impératives», sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même. Une extension aussi démesurée du concept de loi de police revient à introduire un rattachement spécial dérogatoire des règles impératives au sens du droit interne manifestement incompatible avec les règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance<sup>6</sup>.

---

233 série de risques dont la couverture est considérée comme contraire à l'ordre public (international) portugais (responsabilité pénale ou disciplinaire, rapt, transport de stupéfiants, mortalité infantile...).

234 Ley 21/1990 du 19 décembre 1990, para adaptar el Derecho español à la Directiva 88/357/CEE, précitée 1ère partie, titre II, note 51, art.107, §1 remplacé par la ley 30/1995 du 8 novembre également précitée, art.107, §1; l'article108, §1, qui concerne l'assurance vie, se réfère, quant à lui, aux normes impératives.

234 Voy. l'art.10 qui se réfère aux articles1, 4, 7 et 9. Ces articles concernent l'étendue dans le temps des garanties collectives couvrant le risque de décès, d'invalidité, d'incapacité de travail ou de maternité des salariés, les conditions de maintien de la couverture, les conséquences de la résiliation ou de non-renouvellement du contrat, et le caractère indemnitaire des remboursements effectués.

235 Arrêté royal du 22 février 1991, modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, précité 1ère partie, titre II, note 60, art.28 quater, §1 et 2; voy. également pour l'assurance vie l'arrêté royal du 8 janvier 1993, précité 1ère partie, titre II, note 60, art.28 decies §1 et §2 qui se réfère également aux dispositions impératives du droit belge.

236 Dans le même sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.III, 2ème éd., 1993, n°395; S. HANKEY, «Claims Made Policies and Choice of Law in the European Union», *Int. Ins. L.R.*, 1994/7, p. 269.

Des reproches similaires pourraient sans doute être adressés à la *loi italienne* qui prévoit, tant en assurance vie qu'en assurance non-vie, que les parties peuvent convenir de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays, sous réserve des limites découlant de l'application de règles impératives («*norme imperativa*»)<sup>237</sup>.

En revanche, les *législateurs britannique*<sup>238</sup>, *irlandais*<sup>239</sup>, *luxembourgeois*<sup>240</sup>, *néerlandais*<sup>241</sup>, *autrichien*<sup>242</sup> et *danois*<sup>243</sup> se sont mis à l'abri de la critique en reprenant mot pour mot la formulation de la directive ou, pour ce qui concerne les législateurs néerlandais et danois, en procédant à une référence directe au texte communautaire.

La *loi allemande* ne comporte, quant à elle, aucune disposition consacrée aux lois de police<sup>244</sup>. Dans la ligne de l'option prise par son droit national, le législateur allemand n'entendait pas autoriser explicitement l'application des lois de police étrangères. Il s'est donc contenté pour les lois de police du for du renvoi prévu par l'article 14 EGVVG à ses règles générales de droit international privé (art. 27 à 36 EGBG) et, en particulier, à l'article 34 EGBGB qui reprend l'article 1, § 2 de la Convention de Rome.

## § 2. LOIS DE POLICE ETRANGERES

«*Si le droit d'un Etat membre le prévoit, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi de l'Etat membre où le risque est situé (lire l'engagement pour l'assurance vie) ou d'un Etat membre qui impose l'obligation d'assurance, si et dans la mesure où, selon le droit de ces pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.*»  
(directive LPS non-vie, art. 1, § 2, al. 2; directive LPS vie, art. 1, § 2, al. 2)

- 237 *Decreto legislativo 15 gennaio 1992*, n° 49, précité Ière partie, titre II, note 60, art. 17, § 2 remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n° 75, art. 22, § 2. Voy. également pour l'assurance vie, *Decreto legislativo 23 dicembre 1992*, n° 15, précité Ière partie, titre II, note 51, art. 10, § 2 remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n° 174, art. 108, § 2; sur cette question voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, «*Freedom to provide cross-border insurance services*», *Int. Ins. L.R.*, 1994, p. 161.
- 238 *The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990* précité Ière partie, titre II, note 61, Schedule 3A, 3, (2) remplacé par *The Insurance Companies Regulations 1994*, § 3 (2) et § 8.
- 239 *European Communities (Non Life Insurance) (Amendment) Regulations*, 1991, précité Ière partie, titre II, note 61, n° 42, art. 1 (2) (a) remplacé par l'*European Communities Non-Life Insurance Framework Regulations* du 29 novembre 1994, Section 3 (2), litt. 1 et l'*European Communities Life Insurance Framework Regulations* du 29 novembre 1994, Section 2 (2), litt. 1 également précités.
- 240 Loi du 6 décembre 1991 et loi du 8 décembre 1994 sur le secteur des assurances, précitée Ière partie, titre II, note 52, art. 6, § 1 et 51, § 1.
- 241 *Wet van 18 april 1991 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 88/357/EEG*, précitée Ière partie, titre II, note 57, art. 1, en assurance non-vie; loi du 23 décembre 1992 relative aux règles de conflit de lois en assurance vie, art. 1, également précitée.
- 242 *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, précitée Ière partie, titre III, note 33, *VersVG*, 1993, § 2.
- 243 Réglementation n° 60 du 27 juin 1994 relative au choix de la loi de certains contrats d'assurance précitée Ière partie, titre III, note 38.
- 244 *Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag*, précité Ière partie, titre II, note 49 (EGVVG, art. 14).

**608.** Inspirés manifestement de la structure et de la formulation de l'article 17, § 1 de la Convention de Rome, les articles 17, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1, al. 1 de la directive LPS vie, s'en distinguent toutefois sur deux points fondamentaux<sup>245</sup>.

Alors que l'objet de l'article 17, § 1 de la Convention est de permettre l'application *proprio vigore* des lois de police étrangères qui entretiennent un lien étroit avec la situation, les directives n'envisagent, quant à elles, que l'application des lois de police de l'Etat membre où le risque est situé, de l'Etat membre qui impose l'obligation d'assurance ou de l'Etat membre de l'engagement. De plus, alors que l'article 17, § 1 de la Convention de Rome soumet la prise en considération des lois de police étrangères à plusieurs conditions (nature, objet, conséquences) dont l'appréciation dépend du juge du for, ces conditions ne figurent pas dans les directives communautaires.

#### **A. Vers un rattachement spécial des lois de police étrangères**

**609.** Hormis le cas des assurances obligatoires, la technique utilisée par les directives fait songer à un rattachement spécial des lois de police, tantôt à l'Etat membre où le risque est situé (au sens de l'article 17, litt. 1 de la directive LPS non-vie), tantôt à l'Etat membre de l'engagement (au sens de l'article 17, litt. 2 de la directive LPS vie)<sup>246</sup>. Le choix du critère du lieu du risque ou du critère du lieu de l'engagement pour opérer ce rattachement ne surprendra qu'à moitié on sait l'importance qui lui est donnée dans le domaine du contrôle administratif des activités d'assurance. Il suscite néanmoins plusieurs interrogations en droit international privé, propres à remettre en cause l'opportunité de la solution retenue.

#### **1. Ratio legis**

**610.** En prévoyant un rattachement spécial des lois de police étrangères à la loi du lieu du risque ou de l'engagement, il ne fait guère de doute que les autorités communautaires aient entendu avant tout éviter l'insécurité juridique inhérente à la recherche du pays entretenant un « lien étroit » avec la situation et à la mise en œuvre des autres conditions prévues par l'article 17 de la Convention de Rome. L'assurance peut difficilement se satisfaire des incertitudes liées à la mise en œuvre de cette méthode. S'agissant d'un contrat

---

<sup>245</sup> Ces articles ne sont pas modifiés par les troisièmes directives en assurance vie et non-vie.

<sup>246</sup> En ce sens A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 161, p. 179.

réglementé dans la plupart des Etats membres, les parties contractantes, et particulièrement l'assureur, rédacteur des conditions générales, doivent pouvoir prévoir avec suffisamment de certitude la loi où les lois auxquelles elles doivent se conformer. La conformité du contrat avec les lois impératives est en effet soumise non seulement au contrôle des autorités judiciaires, mais aussi à celui des autorités administratives. Le choix d'un critère spatial déterminé facilite à la fois la tâche de ces autorités, qui sont dispensées de recherches laborieuses et incertaines, et celle des parties contractantes.

En outre, le choix du critère du lieu du risque ou du lieu de l'engagement permet aussi de réduire les hypothèses d'intervention d'une loi de police étrangère n'appartenant pas à la *lex contractus*, puisque cette loi sera elle-même, le plus souvent, celle du pays du risque ou de l'engagement<sup>247</sup>. On évite ainsi par la même occasion la difficile question de l'identification des lois de police. Les articles 1, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1, al. 1 de la directive LPS vie n'ont donc d'utilité pratique, que lorsque la loi qui régit le contrat d'assurance n'est pas celle du pays du risque ou de l'engagement.

## 2. *Appréciation critique*

**611.** La division des articles 1, § 1 et 4, § 1 en deux alinéas incline à penser, parallèlement à la structure adoptée par l'article 1 de la Convention de Rome, que le rattachement spécial est uniquement destiné aux lois de police étrangères. Si le motif qui fonde ce rattachement est bien d'accroître la sécurité juridique et la prévisibilité de la loi applicable, on ne voit pas pourquoi les mêmes critères ne déterminent pas l'applicabilité des lois de police du for.

Outre ce manque de cohérence, l'analyse à laquelle nous avons procédé pour tenter d'identifier les lois de police en matière d'assurance démontre le manque de pertinence du rattachement spécial. En effet, le critère du lieu de situation du risque ou de l'engagement, tel qu'il est défini par les directives, ne permet assurément pas de rendre compte de l'applicabilité de toutes les lois de police susceptibles d'affecter le contrat d'assurance<sup>248</sup>. Nous voulons dire par là que le critère du lieu du risque ou du lieu de l'engagement, qui, d'après les articles 1, § 1 et 4, § 1 semble prétendre à l'universalité, ne se dégage pas nécessairement ni dans tous les cas d'une analyse fonctionnelle.

---

<sup>247</sup> M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 29, p. 79; du même auteur « Osservazioni sui profili internazionali privatistici della seconda direttiva comunitaria sull'assicurazione contro i danni », *Riv. dir. int. pri. e pro.*, 1989, p. 84; K. LENAERTS, *op. cit.*, note 3, n° 2.

<sup>248</sup> Pour une critique similaire, voy. M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 82, p. 257, n° 1; A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 4, p. 180.

Ainsi en va-t-il de toute évidence des lois de police périphériques qui ne prennent pas pour objet le contrat d'assurance, mais qui peuvent cependant exercer une influence sur sa validité (lois de police monétaire, lois de police économique interdisant l'exportation de certains biens, lois sur les pratiques du commerce ou sur le respect de la vie privée<sup>249</sup>). La pertinence du rattachement spécial peut aussi être mise en doute pour certaines lois de police affectant directement les relations privées d'assurance. Dans cette hypothèse en effet, la définition spatiale du lieu du risque telle qu'elle se dégage de la teneur et du but de la loi pourrait ne pas correspondre à celle retenue par la directive<sup>250</sup>. Une analyse fonctionnelle des règles organisant le droit propre et direct de la victime sur l'indemnité d'assurance conduit, par exemple, à faire dépendre leur application de la loi du lieu du fait dommageable. Or, l'application de l'article<sup>251</sup>, *litt.*<sup>252</sup> de la directive LPS non-vie, qui définit l'Etat membre où le risque est situé, désignerait le lieu de la résidence habituelle du preneur ou le lieu d'immatriculation du véhicule s'il s'agit d'une assurance relative à un véhicule. En rompant avec l'analyse fonctionnelle des lois de police, les directives donnent ainsi à la définition du lieu du risque une importance excessive démentie par la technique d'application traditionnelle de ces lois.

On observera en outre que le rattachement spécial à l'Etat membre du lieu du risque ne s'étend curieusement pas aux lois d'assurance obligatoire. A leur égard, l'article<sup>253</sup>, §<sup>254</sup>, al.<sup>255</sup> de la directive LPS non-vie se contente d'une affirmation tautologique, puisqu'il permet de donner effet à la loi de l'Etat membre qui impose l'obligation d'assurance, sans définir le critère spatial propre à délimiter le champ d'application de cette loi. Il faut donc en déduire que la directive laisse au législateur national le soin de préciser quelles situations internationales sont soumises à l'obligation d'assurance, au moyen d'une règle directe d'applicabilité. A défaut d'indication expresse, cas le plus fréquent, il appartiendra à l'interprète de déduire le domaine d'application international de la loi d'assurance obligatoire de sa teneur et de ses buts. L'analyse fonctionnelle se trouve ici réhabilitée. Comme on l'a déjà remarqué, le champ d'application des lois imposant une obligation d'assurance est généralement délimité par un critère spatial de nature territoriale. Ce critère dépend de la localisation du fait générateur de l'obligation d'assurance, c'est-à-dire de la mise en risque sur le territoire de l'Etat qui instaure cette obligation (sur les lois d'assurance obligatoire, voy. *infra* n°<sup>256</sup>86 et ss.).

**612.** Afin de contourner le problème lié à l'inadaptation du critère du lieu du risque, on a proposé de limiter le champ d'application des articles<sup>257</sup>, §<sup>258</sup>, al.<sup>259</sup> et 4, §<sup>260</sup>, al.<sup>261</sup>, aux lois

---

<sup>249</sup> En ce sens, voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione, op. cit.*, note 29, p. 82.

de police dont l'objet porte directement sur le contrat d'assurance<sup>250</sup>. La portée du rattachement spécial pourrait ainsi être réduite aux situations dans lesquelles le critère du lieu du risque ou de l'engagement a une pertinence. L'applicabilité des lois de police périphériques dépendrait, quant à elle, de l'article 17, § 1 de la Convention de Rome auquel il serait renvoyé en tant que règle générale de droit international privé, conformément aux articles 17, § 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie. La suggestion est intéressante mais elle risque de ne pas donner satisfaction dans tous les cas. Même pour les lois de police relatives à l'assurance, catégorie qui reste à définir, la pertinence du rattachement spécial peut être mise en doute (voy. *supra* n°).

A la vérité, si l'on fait abstraction des assurances obligatoires, que l'article 17, § 1, al. 1 ne soumet pas au rattachement spécial, et des principes fondamentaux du droit du contrat d'assurance dont le respect peut être garanti par le mécanisme de l'ordre public international (intérêt d'assurance, principe indemnitaire, interdiction de la couverture de la faute intentionnelle<sup>251</sup>), il n'y a guère que les règles qui sanctionnent un défaut d'agrément, celles qui sont relatives aux risques considérés comme immoraux ou illicites et celles qui procèdent de la volonté de collectiviser certains risques, qui pourraient se satisfaire du critère du lieu du risque ou du lieu de l'engagement, tels que définis par les directives communautaires.

Cette conclusion, qui fait peser un sérieux doute sur la pertinence et l'utilité pratique du rattachement spécial, ne doit ni choquer ni surprendre. La lecture des actes du Conseil de la Communauté européenne révèle en effet que les négociateurs n'ont pas voulu s'aventurer à définir le concept de loi de police dans le secteur de l'assurance. Leur intention était avant tout de garantir l'application de la loi du pays du risque au cas où le contrat serait régi par une autre loi.

En réalité, la perte de signification du rattachement spécial prévu par l'article 17, § 1 ou 4, § 1 des directives est directement liée à la conception restrictive des lois de police que nous avons défendue et qui conduit à refuser cette qualification à l'ensemble des règles impératives au sens du droit interne visant à préserver l'équilibre de la relation contractuelle, ainsi qu'à toute loi dont l'objectif de protection est déjà pris en compte par la règle de conflit (voy. *supra* n° 60 et s., n° 69 et ss.).

**613.** Pour ce qui concerne les lois de police au sens strict, l'inadéquation des critères du lieu du risque et du lieu de l'engagement pourrait être surmontée de la façon suivante.

---

<sup>250</sup> M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 82, p. 57, n° 1.

Dans un premier temps, on écarterait du champ d'application de l'article 1, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie et de l'article 4, § 1, al. 1 de la directive LPS vie les lois de police que nous avons qualifiées de « périphériques ». Leur applicabilité en tant que lois de police étrangères pourrait ainsi dépendre de l'article 1 de la Convention de Rome. Quant aux lois de police étrangères prenant pour objet la relation d'assurance, comme le critère du lieu du risque ou du lieu de l'engagement peut difficilement être méconnu, l'on pourrait soutenir que les articles 4, § 1, al. 1 et 7, § 1, al. 1 des directives LPS vie et non-vie ne posent que des *présomptions* de volonté d'application, présomptions qui devraient céder s'il ressort des critères explicitement ou implicitement définis par ces lois que celles-ci ne veulent pas s'appliquer à la situation internationale.

## B. Un rattachement spécial facultatif

614. Les articles 1, § 1, al. 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1, al. 1 de la directive LPS vie prévoient qu'il peut être donné effet aux lois de police étrangères de l'Etat où le risque (ou l'engagement) est situé *si le droit d'un Etat membre le prévoit*. Une option est donc ouverte aux Etats membres sur ce point pour que ces dispositions s'appliquent, il faut que l'Etat du for (Etat du juge saisi ou de l'autorité administrative appelée à effectuer un contrôle matériel) ait admis pareille prise en considération d'une loi de police étrangère<sup>251</sup>. Cette option fait manifestement écho à la faculté de réserve prévue par l'article 22 de la Convention de Rome autorisant les Etats contractants à ne pas appliquer l'article 1, § 1<sup>252</sup>, dont l'Allemagne, l'Irlande, le Luxembourg et le Royaume-Uni ont fait usage.

Déjà dans le contexte de la Convention de Rome, on peut être surpris de cette faculté de réserve alors même que la contribution des juridictions au succès des politiques économiques et sociales des autres Etats membres favorise l'intégration européenne en ce domaine<sup>253</sup>. De plus, le manque d'uniformité dans l'application de l'article 1, § 1 risque d'encourager le *forum shopping* et d'entraîner des réactions négatives de la part des Etats qui n'ont pas émis de réserve à l'égard des lois adoptées par des Etats qui l'ont utilisée. Enfin, la réserve est d'autant plus vaine que la plupart des Etats connaissent actuellement

---

251 M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 82, p. 257, n° 1; M. FRIGESSI DI RATTALMA, « Osservazioni », *op. cit.*, note 247, p. 385; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 18.

252 En ce sens, P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 324, n° 6; B. VON HOFFMANN, « Assessment of EEC Convention from a german point of view », *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam/New-York/Oxford, North Holland, 1982, p. 30.

253 A.V.M. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rec. des Cours*, 1992 I (vol. 332), pp. 340 et 371.

des techniques permettant de donner effet à des lois de police étrangères<sup>254</sup>. Nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises la technique de la prise en considération (voy. *supra* n° 1.). Il serait donc irréaliste de penser qu'une réserve permettrait d'éviter les problèmes.

On peut s'étonner que le législateur communautaire ait cru bon de répéter cette même réserve dans le cadre des règles de conflit relatives au contrat d'assurance. Les articles correspondants des directives s'appuient en effet sur un rattachement spécial qui n'a pas grand chose de commun avec la technique d'application *proprio vigore* utilisée par l'article 17 de la Convention de Rome. L'application des lois de police étrangères étant souvent présentée comme un instrument de collaboration entre les politiques poursuivies par les Etats, il y avait là une occasion réelle d'en imposer l'application sous réserve de leur compatibilité avec le Traité, ceci d'autant plus que le critère du lieu du risque et du lieu de l'engagement permettent de cantonner les lois à prendre en considération aux lois de police des Etats membres<sup>255</sup>. En ce qui concerne les assurances obligatoires, il convient de remarquer en outre que l'ouverture d'une option se concilie difficilement avec l'article 18, § 1 de la directive LPS non-vie qui consacre l'efficacité des lois étrangères imposant une obligation d'assurance sans donner aucun choix aux Etats membres<sup>256</sup>.

L'option introduit donc une faille dans l'harmonisation du droit international privé des Etats membres<sup>257</sup>. Cette observation doit cependant être nuancée dès lors que le concept de règles internationalement impératives ne fait, lui-même, l'objet d'aucune harmonisation. En outre, l'exercice de l'option dans un sens négatif ne suffit certainement pas à écarter l'éventualité d'une application des lois de police étrangères, que ce soit par le biais de l'article 17 de la Convention de Rome ou par une autre technique<sup>258</sup>. D'un point de vue pragmatique, étant donné l'incapacité du rattachement spécial à rendre compte de l'applicabilité de l'ensemble des lois de police susceptibles d'affecter le contrat d'assurance, un choix négatif permettrait même de maintenir une certaine orthodoxie dans l'application des lois de police.

---

254 En droit international privé anglais, voy. CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., London, Butterworths, 1992, pp. 518-519. Selon ces auteurs, l'illicéité découlant de la violation d'une loi de police étrangère peut être appréhendée, dans le contexte de la Convention de Rome, sous l'angle de l'article 18 (cause illicite) ou 10, § 1 (modalité d'exécution).

255 En ce sens M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 29, p. 80.

256 En ce sens M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 82, p. 257, n° 1.

257 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. 1.

258 Voy. pour l'Allemagne, V. HAHN, *op. cit.*, note 1, p. 118 et ss. qui envisage soit l'application des règles de police appartenant à la *lex causae* (*Schuldstatustheorie*), soit le rattachement spécial des règles de police à la loi présentant un lien étroit avec la situation (*Sonderanknuepfung*) ou la prise en considération. L'auteur marque une préférence pour la théorie du rattachement spécial.

**615.** L'examen des lois de transposition montre que l'option apparemment ouverte par les mots «le droit d'un Etat membre le prévoit» n'a pas été perçue de la même façon par tous les Etats membres. Si certains d'entre eux l'ont bien comprise comme un choix sur lequel il fallait prendre parti dans la loi nationale, d'autres l'ont comprise, à tort selon nous, comme une simple référence aux règles générales de droit international privé concernant l'applicabilité des lois de police étrangères en matière contractuelle. C'est pourquoi, l'exercice de l'option ne reflète pas de façon parfaitement cohérente l'usage qui a été fait par certains Etats membres de la faculté de réserve prévue par l'article 22 de la Convention de Rome (Allemagne, Irlande, Luxembourg, Royaume-Uni).

Dans la logique de la réserve formulée à propos de l'application des lois de police étrangères, la loi britannique se contente de réserver l'application des règles britanniques qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat<sup>259</sup> En assurance non-vie, *La loi irlandaise* se contente, quant à elle, de reproduire l'article 4, al. 1 *in extenso* avec l'option, si bien que c'est vraisemblablement par rapport aux règles générales de droit international privé irlandaises qu'il faudra résoudre la même question<sup>260</sup>. En assurance vie, en revanche, la loi réserve seulement l'application des lois de police irlandaises, lorsque l'engagement est situé en Irlande, sans faire allusion à l'applicabilité des lois de police étrangères<sup>261</sup>. *La loi allemande* ne contient aucune disposition relative aux lois de police. Il y a donc lieu de faire usage du renvoi aux règles générales de droit international privé prévu par l'article 4 EGVVG<sup>262</sup>. *La loi italienne*, qui ne comporte aucune référence aux règles impératives du pays du risque ou de l'engagement, paraît laisser l'applicabilité des lois de police étrangères aux dispositions de la Convention de Rome<sup>263</sup>. En renvoyant purement et simplement aux règles de conflit de lois des directives, sans autre précision, la loi danoise se prête à une interprétation similaire<sup>264</sup>. *Les lois espagnole*<sup>265</sup> et *portugaise*<sup>266</sup> et *autrichienne*<sup>267</sup> sont, elles aussi,

259 *Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990* complétée en 1993, précitée, 1ère partie, titre III, note 60, *Schedule 3A*, § 2 pour l'assurance non-vie, § 3 pour l'assurance vie.

260 *European Communities (Non Life Insurance) (Amendment) Regulations 1991*, précité 1ère partie, titre II, note 61, n° 42, art. 1 (2) (b). *European Communities Non-Life Insurance Framework Regulations* du 29 novembre 1994, précitée 1ère partie, titre III, note 60, Section 3 (2), *litt. 7*.

261 *European Communities Life Insurance Framework Regulations* du 29 novembre 1994, précitée 1ère partie, titre III, note 60, Section 2 (2), *litt. 7*.

262 *Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag (EGVVG)*, précité 1ère partie, titre II, note 49. Il faut rappeler que l'Allemagne a fait usage de la faculté de réserve à l'article 4, § 1, de la Convention de Rome. Le renvoi ne concerne donc que les lois de police du for seules visées par l'art. 4 EGBGB. Voy. à ce sujet J. BASEDOW et W. DRASCH, «Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht», *N.J.W.*, 1991, p. 89; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 90.

263 *Decreto legislativo*, 15 gennaio 1992, n° 29, précité 1ère partie, titre II, note 61, art. 7, § 1; voy. pour l'assurance vie *Decreto legislativo 23 dicembre 1992*, précité 1ère partie, titre II, note 51, n° 15, art. 6, § 1; remplacés respectivement par les décrets législatifs du 17 mars 1995, n° 174 et 175, art. 8, § 1, pour l'assurance vie et 122, § 1 pour l'assurance vie, précités 1ère partie, titre III, note 60.

264 Réglementation n° 60 du 27 juin 1994 relative au choix de la loi de certains contrats d'assurance.

265 *Ley 21/1990* du 19 décembre 1990, para adapter el Derecho español à la Directiva 88/357/CEE, précitée 1ère partie, titre II, note 61; remplacée par la *Ley 30/1995* du 8 novembre 1995, de *Ordenacion y supervision de los seguros privados*.

silencieuses sur l'application des règles internationalement impératives d'une loi étrangère. Elles se contentent de réserver l'application impérative des lois de police nationales lorsque le risque ou l'engagement est situé en Espagne, au Portugal ou en Autriche. La loi portugaise semble même assimiler les règles internationalement impératives aux principes fondamentaux de l'ordre public international portugais. Seules *les lois belge*<sup>268</sup>, *française*<sup>269</sup>, *luxembourgeoise* (en dépit de la réserve à l'article 1, § 2 de la Convention de Rome)<sup>270</sup> et *néerlandaise*<sup>271</sup> se prononcent clairement sur l'option dans le sens de l'application des dispositions impératives de l'Etat membre où le risque est situé ou de l'Etat membre qui impose une obligation d'assurance.

Peu de législateurs se sont donc en définitive montrés sensibles à l'idée originale, mais selon nous inopportune, d'un rattachement spécial des lois de police étrangères relatives au contrat d'assurance.

### C. Mise en œuvre du rattachement spécial

**616.** *Conditions d'application.* L'expression « et dans la mesure où, selon le droit de ces pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat », reprise de la Convention de Rome, indique que la qualification de loi internationalement impérative ainsi que ses effets sur le contrat dépendent exclusivement de la loi étrangère<sup>272</sup>. Bien que la question soit discutée, il doit en être de même à notre avis du domaine d'application spatial de la règle<sup>273</sup>. Cette observation conforte l'idée qui a été

266 *Decreto lei* n° 352/91 de 20 de setembro, précité Ière partie, titre II, note 60; remplacé par le *decreto-lei* n° 02/94 du 20 avril 1994, art. 84, § 1.

267 *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum (VersVG)*, précitée, 1ère partie, titre III, note 33.

268 Arrêté royal du 22 février 1991, modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance, précité Ière partie, titre II, note 60, art. 28 quater, § 1, al. 1. Voy. pour l'assurance vie, Arrêté royal du 8 janvier 1993, précité Ière partie, titre II, note 60, art. 28 décies, § 1.

269 Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, précitée Ière partie, titre II, note 50, art. 181-3, al. 1. Voy. pour l'assurance vie, loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, précitée Ière partie, titre II, note 50, art. 83-2, al. 1.

270 Loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, précitée Ière partie, titre II, note 52, art. 6, § 1, modifiée par la loi du 8 décembre 1994, art. 6, § 1, al. 1 pour l'assurance non-vie, art. 1, § 1 pour l'assurance vie.

271 *Wet van 18 april 1991 tot uitvoering van enkele conflictenrechtelijke bepalingen van de richtlijn 88/357/EEG*, précitée Ière partie, titre II, note 57, art. 3, 2°, b; loi du 23 décembre 1992 relative aux règles de conflit de lois en assurance vie, art. 3, b.

272 En ce sens P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 21, n° 3; N. WATTE, « Le nouveau droit international privé des contrats », la loi du 14 juillet 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 21, n° 10; J. FOYER, « L'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.D.I. (Clunet)*, 1991, p. 30, n° 1; H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *R.T.D.Eur.*, 1981, p. 62, n° 3; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 26; R. PRIoux, « L'incidence des lois de police », *op. cit.*, note 19, p. 142.

273 *Contra* F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles... », *op. cit.*, note 127, p. 98, n° 42. L'auteur estime que la seule question relevant incontestablement de la loi étrangère est l'affirmation du caractère impératif des dispositions qui y sont contenues.

émise ci-dessus selon laquelle les critères du lieu du risque et du lieu de l'engagement retenus par les règles communautaires n'établiraient en fait que des présomptions de volonté d'application susceptibles d'être écartées si la loi de police refuse de s'appliquer en l'espèce.

Les articles 1, § 1, al. 1 et 4, § 1, al. 1 des directives LPS non-vie et vie se distinguent en revanche nettement de l'article 1, § 1 de la Convention de Rome par la suppression des conditions d'application des lois de police étrangères relatives à la nature et à l'objet de ces lois<sup>274</sup>, ainsi qu'aux conséquences de leur application ou de leur non-application<sup>275</sup>. On a peine à croire qu'il s'agit là d'une inadvertance et que ces conditions pourraient librement être réintroduites par le juge du for<sup>276</sup>. Il semble au contraire que les autorités communautaires aient entendu écarter l'arbitraire du juge inhérent à l'appréciation des conditions précitées, dans la matière de l'assurance. Ces conditions n'auraient d'ailleurs guère de sens dans les directives parce que les lois de police visées par l'art. 1, § 1 ne peuvent être que celles d'un Etat membre et qu'elles se rapportent de surcroît à un secteur déterminé dont elles cherchent à favoriser l'intégration économique. Dans cette optique, on se gardera d'interpréter le terme « peut » comme une simple faculté laissée au juge, et on le comprendra plutôt comme une simple éventualité d'application<sup>277</sup>.

---

274 Ce critère autorise le juge à vérifier si la nature et l'objet de la loi appelle bien objectivement son application à la situation contractuelle considérée. Il permet au juge de constater si un lien suffisant existe entre la situation et l'Etat concerné et de porter une appréciation sur la légitimité de la politique économique ou sociale poursuivie par la loi de police étrangère et sur le caractère nécessaire de son application. Dans cette appréciation, il paraît difficile de faire abstraction des liens politiques et économiques entretenus par l'Etat du for avec l'Etat dont la législation est en cause (voy. A. BUCHER, *op. cit.*, note 100, pp. 88-104).

Le contrôle global qui est ainsi effectué par le juge présente des similitudes certaines avec celui qui découle de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public au sens du droit international privé. Appliqué aux lois de police étrangères, il paraît cependant à la fois plus large et plus souple dans son objet et ses modalités. En effet, l'analyse porte sur le contenu de la loi et non sur les effets qu'elle entend produire. De plus, elle n'implique pas une contradiction manifeste avec les conceptions fondamentales du for; elle peut même entraîner l'éviction d'une loi dont le contenu serait identique à celle du for mais qui, en l'espèce, contrarierait les intérêts économiques nationaux de celui-ci.

275 La portée de cette exigence est beaucoup plus difficile à cerner. S'appuyant sur le rapport explicatif, certains estiment qu'elle vise à donner au juge un large pouvoir d'appréciation dans le cas où des règles impératives contradictoires de deux pays différents se veulent simultanément applicables à la même situation, et où un choix doit être nécessairement fait entre l'une et l'autre. Ce conflit positif suppose que l'on soit en présence de plusieurs lois de police issues d'ordres juridiques différents, englobant chacune la situation dans leur domaine d'application et entraînant des effets incompatibles (voy. C. FERRY, *op. cit.*, note 30, p. 84, n° 69).

Quelques auteurs déduisent de l'allusion aux conséquences de l'application de la loi de police étrangère une possibilité pour le juge de tenir compte de l'attente légitime des parties. Sur cette base, le juge pourrait écarter une loi de police étrangère dont l'intervention ne pouvait pas être prévue par les parties (R. PRIoux, « Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux », *R.D.C.B.*, 1988, p. 251, n° 7; du même auteur, « L'incidence des lois de police », *op. cit.*, note 19, p. 45; E. BALATE et J. NORMAND, « Relations transfrontalières et consommation quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s) », *Cah. Dr. Eur.*, 1990, pp. 15-316; C. FERRY, *op. cit.*, note 130, p. 89, n° 74.

276 Voy. pourtant M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 29, p. 81.

277 En ce sens, C. FERRY, *op. cit.*, note 130, p. 91, n° 75; P. MAYER, « Les lois de polices étrangères », *op. cit.*, note 156, p. 27, n° 4.

**617.** *Application distributive.* Lorsque le contrat d'assurance non-vie couvre deux ou plusieurs risques situés au sens de l'article 1, *litt. a*, dans différents Etats membres (art. 1, § 1, *litt. a*), l'article 1, § 1, al. 1 de la directive impose l'application distributive des lois de police des pays concernés en fonction de la localisation de chacun des risques<sup>278</sup>. Ceci signifie en pratique que le contrat couvrant plusieurs risques est réputé satisfaire aux exigences imposées par les lois de police de chaque pays où un risque est situé, quelle que soit la loi applicable au contrat<sup>279</sup>.

Comme cette disposition autorise un dépeçage du contrat pour tenir compte des exigences impératives de chaque Etat, on comprend la nécessité d'interpréter restrictivement le concept de loi de police<sup>280</sup>. Pour qu'une véritable police d'assurance unique puisse être conclue à l'échelon européen, il importe en effet que la partie du contrat souscrite en différence de conditions, c'est-à-dire celle qui contient les dispositions impératives des lois locales, soit marginale par rapport aux conditions communes gouvernant l'ensemble du contrat. Un tel but ne pourrait être atteint si le contrat couvrant plusieurs risques disséminés dans la Communauté devait satisfaire à l'ensemble des dispositions impératives de droit interne de chaque pays où l'un de ces risques est situé. Dans cette hypothèse, la seule solution serait de conclure autant de contrats qu'il y a de risques situés au sens de l'article 1, *litt. a*, sur le territoire de différents Etats membres de la Communauté européenne et l'idée d'une police européenne serait un leurre.

### § 3. LOIS DE POLICE COMPRISES DANS LA *LEX CONTRACTUS*

**618.** Pas plus que l'article 1 de la Convention de Rome, les articles 1, § 1 de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie n'envisagent l'applicabilité des lois de police comme éléments de l'ordre juridique appelé à régir le contrat<sup>281</sup>. Cette lacune se comprend dans les directives en raison du rattachement spécial des lois de police étrangères. La question retrouve néanmoins de l'intérêt dans les pays qui n'ont pas opté pour ce rattachement spécial conformément à l'option laissée par les directives.

---

<sup>278</sup> Cette disposition ne trouve pas de correspondant dans la directive LPS vie où l'on ne conçoit pas qu'un contrat puisse couvrir plusieurs engagements localisés dans des Etats membres différents au sens de l'article 1, *litt. a*. En revanche, elle s'applique de la même façon lorsque le contrat d'assurance fournit la couverture dans plusieurs Etats membres dont l'un au moins impose une obligation de souscrire une assurance (directive LPS non-vie, art. 1, § 1, *litt. a*).

<sup>279</sup> J. BIGOT, «La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen», *J.C.P.*, 1990, I, Doct., 3437.

<sup>280</sup> Voy. A.K. SCHNYDER, *op. cit.*, note 4, p. 84.

<sup>281</sup> A.V.M. STRUYCKEN, *op. cit.*, note 174, p. 370, qui parle à cet égard d'une "lacune béante".

Comme la règle de conflit est censée désigner, dans son ensemble, l'ordre juridique compétent pour régir la situation contractuelle, il faut alors tenir compte d'une application possible des lois de police faisant partie de cet ordre juridique, qui prétendraient s'emparer, en tout ou en partie, de la relation contractuelle.

Le régime d'application des lois de police comprises dans la *lex contractus* suscite deux interrogations importantes sur le plan de la théorie générale du droit international privé. La règle de conflit appliquée par le juge du for désigne en principe l'ordre juridique auquel il convient d'emprunter les règles de droit pertinentes. Quelle est la portée de cette désignation au regard des lois de police ? Celles-ci sont-elles indifféremment désignées par la règle de conflit ? Si c'est le cas, le juge du for peut-il appliquer aveuglément ces lois de police sans se soucier de leur volonté d'application à l'espèce ou doit-il au contraire tenir compte du champ d'application que ces lois de police s'assignent à elles-mêmes ?

**619.** *Portée de la désignation.* Vu l'interpénétration croissante du droit public et du droit privé ainsi que l'extrême diversité des techniques législatives ayant une incidence directe ou indirecte sur le contrat, on enseigne généralement que la règle de conflit de lois opère une désignation globale de l'ordre juridique compétent, y compris de ses lois de police au sens où nous les avons définies<sup>282</sup>. Il suffit pour que celles-ci soient désignées, qu'elles exercent une influence, fût-ce incidente, sur la relation contractuelle, même si cela n'est pas leur objet essentiel.

A vrai dire, cette solution n'entraîne guère de conséquences sur un plan pratique, si on admet que l'application de la loi de police faisant partie de la *lex contractus* ne dépend pas uniquement de la désignation opérée par la règle de conflit de lois, mais aussi du domaine d'application spatial que la loi de police s'assigne à elle-même. En plus de la concrétisation du facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois dans un ordre juridique déterminé, l'applicabilité de la loi de police suppose aussi la vérification du critère spatial propre à cette loi. C'est pourquoi on peut estimer avec le professeur Gothot que « la règle de conflit de lois ne désigne pas les lois de police avec la même autorité et la même impérativité qu'elle met à désigner les lois étrangères de pur droit privé, parce que celles-ci sont les seules à faire partie de la communauté de droit sur laquelle la règle de conflit a été construite<sup>283</sup>. Les lois de police faisant partie de la *lex contractus* ne seront donc applicables que dans le respect du domaine temporel, matériel ou spatial qu'elles

---

282 En ce sens, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, note 156, p. 330, n° 39; A. TOUBIANA, *op. cit.*, note 29, p. 76, n° 7.

283 P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *op. cit.*, note 200, p. 30.

s'assignent. Ainsi une loi de police faisant partie de la loi contractuelle ne pourrait être appliquée à des risques qui, par leur nature, leur importance ou leur situation, ne sont pas inclus dans le champ d'application de la loi (voy. *supra* n°126 et ss.).

**620.** Plusieurs auteurs ont subordonné cette solution au caractère réellement autolimité de la règle, c'est-à-dire sa volonté de ne pas s'appliquer en dehors du domaine qu'elle s'est défini. Selon eux, les lois protectrices du consommateur, par exemple, ne seraient pas autolimitées, car elles ne se refuseraient pas à accorder une protection plus importante à la partie qui mérite cette protection<sup>284</sup>. Elles ne pourraient en effet vouloir s'appliquer si une autre loi également compétente (loi de la résidence habituelle du consommateur) accorde une meilleure protection à la personne qu'elles entendent protéger. L'on en arrive ainsi à une application alternative des deux lois en présence. Cette interprétation du critère spatial ne nous paraît pas totalement convaincante, car en favorisant l'application de la loi la plus protectrice, elle méconnaît gravement l'équilibre des intérêts respectifs des parties que la norme a cherché à établir<sup>285</sup>. Outre l'insécurité et les difficultés d'application de cette technique, il n'est pas certain qu'elle corresponde à la volonté du législateur, tout au moins, lorsque cette volonté n'est pas clairement exprimée, comme c'est le cas dans l'article 1 de la Convention de Rome<sup>286</sup>. Le même raisonnement peut être tenu à propos des lois visant la protection des tiers victimes. Sauf intervention légale en sens contraire, qui s'inspirerait d'une technique de rattachement alternatif, le caractère autolimité de ces lois fait obstacle à

284 P. MAYER, «Les lois de police étrangères», *op. cit.*, note 156, p.141, n°10; C. FERRY, *op. cit.*, note130, p. 299, n°88.

285 Comp. P. MAYER, *Traité*, 4ème éd., 1991, n°39, qui écrit à propos du principe de préférence de Cavers «Toute règle de droit privé tend à réaliser un équilibre entre les multiples intérêts qui s'affrontent dans les relations entre individus. Que cet équilibre puisse être situé en un point différent par les divers législateurs est le signe qu'aucune solution n'est évidente. dès lors il paraît un peu grossier d'affirmer que la balance qui penche le plus dans un certain sens est nécessairement la plus juste».

286 A notre avis, la loi de protection du consommateur peut au contraire être tenue pour autolimitée lorsqu'elle exclut son application dans l'hypothèse où sa désignation résulterait uniquement du choix des parties, en dehors de tout lien objectif avec l'ordre juridique considéré. La loi anglaise sur les clauses abusives (*Unfair Contract Terms Act 1977*) procède de cette façon son application est exclue lorsque la loi anglaise n'est la *lex contractus* qu'à la suite du choix des parties. La S.17 (1) dispose que «Where the proper law of a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties..., section 1 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper law» (pour un commentaire, voy. SEALY, *Camb. L.J.*, 1978, p.15 et s.; F.A. MANN, «Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws», *I.C.L.Q.*, 1978, 661). Cette autolimitation «à l'anglaise» procède toutefois d'un objectif différent de celui généralement poursuivi par les lois de police. Au lieu d'élargir le domaine d'application de la règle dans un souci de protection de la partie faible, elle contribue au contraire à en réduire l'impact dans le double but d'éviter de placer les exportateurs du Royaume-Uni dans une situation concurrentielle désavantageuse et d'écartier l'effet dissuasif que pourrait avoir l'application de la loi sur les clauses abusives dans le domaine du commerce international en cas de choix du droit anglais. Sous cet angle, on pourrait hésiter à lui conférer la qualité de loi de police. A.C. IMHOFF-SCHEIER (*op. cit.*, note 105, p.147) voit à juste titre dans cette autolimitation une atteinte au principe d'égalité de traitement des situations juridiques à rattachement homogène ou hétérogène, contraire au principe de proportionnalité. L'autolimitation considérée n'atteint d'ailleurs pas son but car elle favorise les commerçants étrangers au détriment des consommateurs britanniques sans pour autant favoriser les commerçants anglais qui concluent des contrats avec des consommateurs domiciliés à l'étranger. Dans ce dernier cas en effet, la loi ne s'appliquera pas à défaut pour le consommateur d'avoir sa résidence en Angleterre.

l'extension de leur champ d'application par le biais d'une application systématique de la loi la plus favorable (*better law approach*).

La plupart des lois de police que nous avons identifiées ne peuvent pas non plus être appliquées au-delà du domaine d'application spatial qu'elles s'assignent, par la simple médiation de la règle de conflit. Ainsi en va-t-il par exemple des règles qui imposent la couverture de risques déterminés et qui fixent impérativement l'étendue des garanties, car elles répondent à des caractéristiques propres aux risques situés sur le territoire de l'Etat qui les a édictées.

On ne comprendrait pas non plus que la règle de conflit applicable au contrat d'assurance puisse déclarer applicable une réglementation de contrôle ou une législation imposant une obligation d'assurance en dehors de son domaine d'application spatial. Les lois d'assurance obligatoire sont, elles aussi, nécessairement autolimitées.

## CHAPITRE II.

### LE CONTRAT INTERNATIONAL D'ASSURANCE

#### FACE A L'ORDRE PUBLIC

#### AU SENS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

**621.** Ni l'article 4 de la directive LPS non-vie, ni l'article 4 de la directive LPS vie ne font allusion à l'ordre public international au sens du droit international privé. Ce silence des directives n'équivaut pas à une exclusion tacite. Il ne fait aucun doute que le mécanisme de l'exception d'ordre public peut trouver application en matière d'assurance au titre des règles générales de droit international privé de chaque Etat membre auxquelles renvoient d'ailleurs l'article 4, § 3 de la directive LPS non-vie et l'article 4, § 3 de la directive LPS vie<sup>287</sup><sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> Voy. M. FALLON, «The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance» Special Problems, in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, pp. 27-128; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 30.

<sup>288</sup> En dehors du domaine des règles consacrées au droit international privé, l'article 4, § 3 de la directive LPS vie, aujourd'hui abrogé, comportait une référence curieuse à l'ordre public. Selon cette disposition, les Etats membres ne pouvaient empêcher le preneur de souscrire un engagement autorisé par la

Le véritable problème en matière d'ordre public se situe, comme on peut s'en douter, dans l'identification des cas où l'exception pourrait légitimement être soulevée en vue d'évincer la loi étrangère.

Le caractère fonctionnel du concept rend cette recherche particulièrement délicate. On ne s'étonnera donc pas que la doctrine qui s'est attardée à cette question éprouve le même embarras à délimiter le concept d'ordre public international en assurance qu'à définir le contour des lois de police. La jurisprudence des Etats membres n'offre, elle-même, guère d'exemple d'éviction d'une loi étrangère sur le fondement de l'ordre public international en matière d'assurance. On en est donc réduit aux conjectures.

Limité à sa fonction négative, l'ordre public international devrait uniquement permettre l'éviction d'une règle étrangère dont l'application heurterait gravement les conceptions morales, sociales, économiques ou politiques du for. En assurance, un juge ou une autorité administrative chargée du contrôle matériel pourrait y avoir recours soit pour écarter l'application d'une règle étrangère qui méconnaîtrait un des principes fondamentaux du droit du contrat d'assurance (section□), soit, dans une conception un peu plus extensive, pour défendre une politique législative importante du for qui serait méconnue ou ignorée par la loi étrangère (section□).

## **SECTION 1. LE RESPECT DES PRINCIPES QUI FONDENT LE DROIT DU CONTRAT D'ASSURANCE DANS L'ORDRE JURIDIQUE DU FOR**

**622.** Nous avons déjà rencontré la plupart des principes fondamentaux du droit du contrat d'assurance lors de l'examen des lois de police (voy. *supra* n°□87 et ss.). Il nous paraissait alors que le respect de ces principes pouvait être assuré de la façon la plus adéquate au moyen de l'exception d'ordre public, tout en observant que celle-ci aurait peu souvent l'occasion d'intervenir dans l'espace communautaire, puisque les principes

---

réglementation de l'Etat membre de l'établissement, sauf s'il était contraire aux dispositions d'ordre public de l'Etat membre de la prestation. Certaines déclarations des représentants de la Commission selon lesquelles cet article aurait «une connotation éthique propre à l'assurance vie et viserait, par exemple, l'assurance en cas de décès sur la tête d'un enfant, la couverture du suicide au début du contrat□.□, laissaient penser que l'article□4, §□ s'inspirait de la notion d'ordre public au sens du droit international privé et permettait d'invalider un contrat proposé en libre prestation de services couvrant un risque considéré comme illicite ou immoral par l'Etat du for (G. LEVIE et M. DE FRUTOS GOMEZ, «Les dernières évolutions en matière de droit européen des assurances□, *R.G.A.R.*, 1991, n°□1815). En réalité, l'ordre public au sens de l'article□4, §□, ne relève pas du droit international privé, mais du droit communautaire. On a entendu par là concrétiser l'idée que dans le cas de la LPS passive, le preneur puisse véritablement souscrire à l'étranger un contrat qui n'est pas autorisé dans son propre pays. A ce titre, la notion d'ordre public visée à l'article□4, §□ préfigurait celle d'intérêt général introduite par les directives de la troisième génération.

fondamentaux du droit de l'assurance sont communs à tous les Etats membres. Il convient de confirmer et de préciser ce point de vue en reprenant brièvement chacun de ces principes.

## § 1. LE PRINCIPE INDEMNITAIRE

**623.** L'éviction de la loi étrangère s'imposerait sans doute au nom du principe indemnitaire si celle-ci admettait ou permettait contrairement à la loi du for, que l'assurance puisse constituer une source de profit pour l'assuré<sup>289</sup>. Posée en des termes aussi nets, l'hypothèse est toutefois peu vraisemblable, en tout cas dans les relations entre Etats membres, car le principe indemnitaire y est reconnu et consacré de façon unanime.

En revanche, il ne pourrait être question de soulever l'exception d'ordre public si la loi étrangère, tout en consacrant le principe indemnitaire, assurait son respect par des modalités différentes de celles de la loi du for. Ainsi, il ne fait aucun doute que les règles du for concernant la répartition de l'indemnité entre les différents assureurs en cas de cumul d'assurance où celles qui concernent les sanctions civiles en cas de surassurance de bonne foi ne sont pas d'ordre public international<sup>290</sup>. La loi contractuelle reprend son empire dès lors qu'elle garantit à suffisance la correspondance entre l'indemnité et le préjudice réellement subi sans créer une incitation aux sinistres volontaires.

La tentation de recourir à l'ordre public international pour évincer la loi étrangère sera sans doute plus grande lorsque la règle étrangère admet des exceptions au principe indemnitaire que la loi du for ne connaît pas (assurance du profit espéré, assurance en valeur à neuf, en valeur agréée, assurance des dommages et intérêts punitifs, etc.)<sup>291</sup>. Ces exceptions sont toutefois accompagnées, le plus souvent, de conditions légales et de modalités propres à écarter le danger des sinistres volontaires, de sorte que l'intervention de l'ordre public international ne se justifierait que si le for devait estimer que ces conditions et modalités sont insuffisantes<sup>292</sup>.

Des divergences peuvent également apparaître dans la définition des assurances soumises au principe indemnitaire<sup>293</sup>. Un juge pourrait songer à recourir à l'exception

---

289 En ce sens en droit allemand à propos de l'article 35 VVG, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 208 à 210.

290 *Contra* en droit allemand à propos des articles 11 III et 59 III VVG, P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 210-211, mais sur la base d'une transposition immédiate de l'ordre public en droit interne.

291 Sur la question

292 Comp. K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 169, n° 75 et 176.

293 En Belgique, par exemple, la loi du 25 juin 1992 confère, de manière impérative, un caractère forfaitaire aux assurances sur la vie (art. 97). En revanche, elle laisse le soin aux parties de déterminer le caractère forfaitaire ou indemnitaire des autres contrats d'assurance de personnes (art. 36). En France, par contre, l'article 9 de la loi du 31 décembre 1989 (*loi Evin*) renforçant les garanties offertes aux personnes

d'ordre public pour écarter le caractère forfaitaire d'une assurance, si celle-ci est tenue pour une assurance indemnitaire par la *lex fori*. On notera cependant que les hésitations à ce sujet concernent surtout les assurances de personnes, domaine où les sinistres volontaires sont moins à redouter. Il n'est donc nullement certain que la règle étrangère qui retiendrait une solution différente de celle de la *lex fori* puisse être considérée comme heurtant manifestement les conceptions morales, économiques ou sociales fondamentales du for. *supra*, n°92).

## § 2. L'INTERDICTION DE LA COUVERTURE DE LA FAUTE INTENTIONNELLE

**624.** L'exclusion de la faute intentionnelle de l'assuré de la couverture d'assurance est un principe fondamental partagé par tous les Etats membres. Elle participe à la fois du souci de lutter contre les sinistres volontaires et de préoccupations morales aisément compréhensibles. A ce titre, elle relève de l'ordre public au sens du droit interne (voy. *supra* n°93).

Bien qu'il s'agisse d'un cas d'école, une loi étrangère qui autoriserait, en principe, la couverture de la faute intentionnelle pourrait être écartée par le juge du for au nom de l'ordre public international. Plus vraisemblables et d'une appréciation plus délicate sont les dérogations au principe qui seraient consacrées par la loi étrangère et non par la loi du for.

Certaines lois admettent en effet la couverture de la faute intentionnelle des préposés de l'assuré ou de celle du mineur. Si la loi du for ne connaît pas de telles exceptions, le recours à l'ordre public international pourrait être envisagé par le juge du for. Il est peu probable cependant que les conceptions morales ou sociales fondamentales du for puissent se prétendre heurtées par des exceptions aussi limitées.

Quant à la couverture de la faute grave de l'assuré, un examen de droit comparé des lois sur le contrat d'assurance des douze Etats membres démontre que celle-ci est soit admise soit exclue par la loi mais dans ce dernier cas, sauf convention contraire. L'interdiction de la couverture de la faute grave ne relève donc pas ou plus de l'ordre public au sens du droit interne. Dans ces conditions, la loi étrangère qui admettrait la couverture de la faute grave, selon des modalités différentes de la loi du for, pourrait difficilement être tenue pour contraire à l'ordre public international.

## § 3. L'EXIGENCE D'UN INTERET D'ASSURANCE

---

assurées contre certains risques consacre le caractère indemnitaire de l'assurance de remboursement des frais médicaux.

**625.** L'intérêt d'assurance permet de distinguer le contrat d'assurance d'un simple jeu ou d'un pari. Inspirée également du souci d'éviter les sinistres volontaires ou le *votum mortis*, l'exigence d'un intérêt d'assurance trouve des expressions variées dans la loi des Etats membres. Elle est tantôt formulée comme condition essentielle de validité du contrat d'assurance en général, tantôt se traduit dans des règles particulières propres à telle ou telle assurance<sup>294</sup>. Sous réserve des cas où elles visent à protéger une partie non contractante (la tête assurée en assurance vie par exemple), ces règles dépendent à notre avis de la *lex contractus* (voy. *supra* n°<sup>295</sup>). L'exception d'ordre public n'aurait matière à être soulevée en ce domaine que si cette loi autorisait la conclusion de contrats d'assurance dans lesquels le preneur n'aurait aucun intérêt à ce que le risque ne se réalise pas. Dans une telle hypothèse, le juge du for n'aurait d'autre choix que de refuser toute efficacité à ce contrat à condition toutefois que la situation visée présente un rattachement suffisant avec la *lex fori*.

#### § 4. LES COUVERTURES D'ASSURANCE HEURTANT L'ORDRE PUBLIC OU LES BONNES MŒURS

**626.** Lorsque l'illicéité d'une couverture d'assurance ne résulte pas d'une norme positive particulière mais d'une conception générale de l'ordre public ou des bonnes mœurs, le recours à l'exception de l'ordre public au sens du droit international privé pourrait permettre au juge ou à l'autorité administrative de refuser toute efficacité à un contrat d'assurance considéré comme valide par la loi contractuelle, mais qui heurterait d'après l'opinion de ce juge ou de cette autorité, les conceptions fondamentales du for.

On a déjà cité le cas des assurances couvrant le retrait du permis de conduire (voy. *supra* n°<sup>296</sup>). On peut y ajouter d'autres types d'assurances qui seraient légalement commercialisées dans un Etat mais dont la licéité pourrait être mise en doute par d'autres Etats membres, comme les assurances rançon ou les assurances de la mortalité infantile<sup>297</sup>. L'éviction de la loi étrangère normalement compétente suppose qu'il existe un lien suffisamment étroit unissant la situation litigieuse à l'Etat dans lequel l'exception d'ordre public est mise en oeuvre (voy. *supra* n°<sup>274</sup>). Ce sera le cas sans doute si le risque est localisé dans cet Etat ou si le preneur y a sa résidence habituelle.

---

<sup>294</sup> Voy. l'art.<sup>259</sup> II et 179 III de la loi allemande sur le contrat d'assurance (VVG). Ces règles sont considérées comme étant d'ordre public en droit interne. P. PRAVE, «Das Versicherungsrecht und der Schutz des Allgemeininteresses im Zeichen der europäischen Einigung», *VersW.*, 1992, p.<sup>22</sup>; V. HAHN, *op. cit.*, note 3, pp.<sup>10-111</sup>, qui considère les règles qui imposent le consentement de la tête assurée comme des règles de police dont l'application dépendrait de la résidence habituelle du tiers sur le territoire allemand.

L'intervention de l'ordre public international ne se justifie cependant que si la loi du for n'est pas la loi contractuelle, auquel cas la notion de cause ou d'objet illicite suffirait à annuler le contrat (voy. *supra* n°□notamment dans le cas de la violation d'une loi de police étrangère. Elle devient également inutile si l'ordre juridique du for comprend une règle de police englobant la situation contractuelle dans son champ d'application qui interdirait expressément ce genre de couvertures.

On rappellera en outre que l'exception d'ordre public ne peut être soulevée avec quelques chances de succès que si le juge du for constate l'existence d'une contradiction manifeste avec les principes fondamentaux du for, contradiction qui doit être dûment motivée.

Un recours abusif à l'ordre public international pourrait d'ailleurs, dans ces hypothèses particulières, se prêter à un contrôle du droit communautaire, dans la mesure où il empêcherait la commercialisation dans un Etat membre de contrats d'assurance légalement distribués dans un autre Etat membre. La justification tirée de l'ordre public international devrait alors être passée au crible du contrôle de la légitimité des entraves à la liberté d'établissement ou à la liberté de prestation de services (voy. *infra* n°□73).

## SECTION 2. LA DEFENSE D'UNE POLITIQUE LEGISLATIVE FONDAMENTALE DU FOR

**545.** En l'absence de rattachement à caractère substantiel protecteur de la partie faible, l'exception d'ordre public a pu être utilisée dans certains Etats membres comme un moyen de défense d'une politique législative jugée essentielle par la *lex fori*. Cette tendance particulièrement significative en Allemagne s'est appuyée, dans ce pays, sur l'article□30 ancien de l'EGBGB qui prévoyait l'éviction de la loi étrangère non seulement pour contrariété aux bonnes mœurs, mais aussi pour contravention au but poursuivi par une loi allemande□5.

Ainsi, on peut noter dans la jurisprudence allemande plusieurs décisions écartant l'application d'une loi contractuelle étrangère parce que celle-ci refusait toute protection à

---

<sup>295</sup> Voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 14, pp. 208-209. La réserve de l'ordre public est actuellement énoncée par l'article□ EGBGB, qui reproduit l'article□6 de la Convention de Rome.

l'emprunteur à tempérament ou n'accordait pas au débiteur de transactions boursières une protection semblable à celle garantie par les articles 762 et 764 du BGB<sup>296</sup>. De même, la loi contractuelle étrangère a parfois été écartée au motif qu'elle n'offrait aucun droit de résiliation à l'acheteur après la conclusion d'un contrat de vente conclu à domicile<sup>297</sup>.

Cette jurisprudence appelle certaines réserves. On est pas très loin en effet d'une transposition immédiate des exigences de l'ordre public interne, caractéristique des lois de police. Ceci démontre à nouveau à quel point le glissement entre la fonction négative et la fonction positive de l'ordre public peut s'opérer facilement<sup>298</sup>. A vrai dire, au regard de la jurisprudence évoquée, l'intervention de l'ordre public a souvent marqué le premier pas vers un rattachement spécial de la règle impérative concernée ou vers un rattachement bilatéral à finalité protectrice<sup>299</sup>. En outre, il n'est pas certain que l'exception d'ordre public trouve ici une application légitime, car sa mise en œuvre suppose qu'un jugement de valeur soit porté globalement sur la loi étrangère et sur les fins qu'elle poursuit. Enfin, l'intervention de l'ordre public international suppose que la loi étrangère heurte un principe de justice fondamentale de la société allemande, ce qui peut être mis en doute dans les hypothèses visées, sauf à considérer qu'un tel principe peut se traduire dans les relations contractuelles privées par une exigence de protection de la partie faible.

**546.** Nul doute cependant que certains juges puissent être tentés de recourir à l'exception d'ordre public en matière d'assurance, s'ils constatent que la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'offre pas à l'assuré ou au tiers victime, un degré de protection similaire à celui garanti par la *lex fori*. De telles hypothèses ne sont pas à exclure en matière d'assurance même dans les relations entre Etats membres car en dépit de l'existence d'une communauté d'intérêts économiques, des divergences profondes subsistent encore entre les droits nationaux sur le plan de la protection accordée à l'assuré ou aux tiers. C'est cette fracture fondamentale dans les politiques législatives que certains juges pourraient songer à condamner par le biais du mécanisme de l'exception d'ordre public. On peut toutefois se demander si un tel recours conserve sa légitimité en présence de règles de conflit à finalité protectrice qui visent précisément à éviter que le preneur ou l'assuré soit surpris par un droit qui ne lui est pas familier ou qui ne présenterait aucun lien objectif avec la situation. Il est vrai que les règles de conflit communautaires ne prohibent

---

296 Sur ce point, la jurisprudence allemande évolua par la suite vers un rattachement spécial des articles 762 et 764 BGB. Voy. W.H. ROTH, *ibid.*

297 Voy. W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, note 14, pp. 13-214 et les réf. citées; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 32 et 133, et les réf. citées.

298 Voy. B. AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit", *Rec. des Cours*, 1984 III (vol. 86), p. 351.

299 A.C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université, 1981, p. 152.

pas catégoriquement le choix de la loi applicable, mais là où elles l'autorisent c'est précisément parce que le législateur a estimé qu'une protection n'était pas indispensable. Dans cette mesure, on peut se demander s'il est encore cohérent de réintroduire par le mécanisme de l'ordre public international des exigences matérielles déjà prises en compte par la règle de conflit.

Il n'est pas certain cependant qu'une autorité judiciaire préoccupée avant tout de la justice du cas particulier accepte de se plier à un tel raisonnement. L'éventualité du recours à l'ordre public international pour assurer la défense d'une politique de protection contractuelle peut être illustrée dans le domaine de l'assurance par deux exemples, l'un issu de la protection des tiers victimes (1), l'autre de la protection de l'assuré (2).

## § 1. LA PROTECTION DE LA VICTIME DANS LES ASSURANCES DE LA RESPONSABILITE

**547.** Comme on le verra, tous les Etats membres ne reconnaissent pas un droit propre et direct à la victime contre l'assureur dans les mêmes hypothèses ni dans les mêmes proportions (voy. *infra* n° 548).

A une époque où l'admissibilité de l'action directe était peu répandue, plusieurs plaideurs ont prétendu que la loi étrangère qui ne reconnaissait pas un droit propre et direct au tiers victime d'un accident de la circulation devait être écartée comme contraire à l'ordre public international. La plupart du temps, cette argumentation fut rejetée au motif que l'action directe ne pouvait être placée au rang des principes fondamentaux d'ordre moral, économique ou social du for<sup>300</sup>. On ne peut que souscrire à une telle analyse. Les règles du for relatives à l'action directe poursuivent indiscutablement un but de protection des tiers, mais l'absence de règles comparables dans la loi étrangère n'a pas pour effet de priver le tiers lésé de tout moyen d'obtenir réparation des dommages subis par la faute de l'assuré. L'action sera dirigée contre le responsable quitte à celui-ci à se faire garantir *a posteriori* par son assureur.

En assurance automobile, l'intervention de l'ordre public international est du reste appelé à se raréfier car la troisième directive de coordination en assurance automobile prévoit en son article 17, une règle de droit international privé qui semble garantir à la victime l'application de la loi qui lui est la plus favorable<sup>301</sup> (voy. *infra* n° 549 et ss.).

<sup>300</sup> En jurisprudence belge, voy. Bruxelles, 15 mai 1964, *Pas.*, 1965, II, 153; *R.G.A.R.*, 1966, n° 670; Comm. Bruxelles, 12 avril 1966, *J.C.B.*, 1066, p. 53; Liège, 26 janvier 1967, *J.T.*, 1967, p. 39, obs. J.-L. FAGNART; Bruxelles, 13 janvier 1971, *Pas.*, 1971, II, 103.

<sup>301</sup> Troisième directive du Conseil du 14 mai 1990 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, *JOCE*, n° 29 du 19 mai 1990, p. 33.

## § 2. LES WARRANTIES DU DROIT ANGLAIS

**548.** Le terme *warranty* désigne en droit anglais des assurances une condition matérielle de la garantie à respecter par l'assuré tout au long de l'exécution du contrat et dont le non-respect, même non fautif, aussi insignifiant soit-il quant à son incidence sur le risque couvert ou le sinistre, entraîne de plein droit la perte de la garantie à partir du moment où la condition a été méconnue ou violée (*breach of warranty*)<sup>302</sup>. La charge de la preuve de la rupture appartient cependant à l'assureur<sup>303</sup>. La loi sur les assurances maritimes de 1906 définit la *warranty* comme une clause «*By which the assured undertakes that some particular thing shall or shall not be done, or that some condition shall be fulfilled, or whereby he affirms or negatives the existence of a particular state of facts*».

La clause de *warranty* doit être distinguée de la clause d'exclusion de risque. Dans ce dernier cas, l'assuré n'est pas couvert tant que les faits ne coïncident pas avec ce qui figure au contrat, mais la garantie renaît lorsque la situation redevient conforme aux conditions de la police. Dans le cas d'une *warranty* par contre, le défaut de conformité annule la police et la garantie ne reprend pas son cours même si les circonstances redeviennent ultérieurement conformes aux termes du contrat<sup>304</sup>.

<sup>302</sup> Selon les termes de *Lord Goff* dans un arrêt rendu en 1991 par la *House of Lords*, «*The warranty is a condition precedent, the word "condition" being used in its classical sense in English Law, under which the coming into existence of (for example) an obligation, or the duty or further duty to perform an obligation, is dependent upon the fulfillment of the specified condition*». *Lord Goff* décrit ensuite les conséquences d'une rupture de *warranty* «*The insurer is discharged from liability as from the date of the breach of warranty, for the simple reason that fulfilment of the warranty is a condition precedent to the liability or the further liability of the insurer. This moreover reflects the fact that the rationale of warranties in insurance law is that the insurer only accepts the risk provided that the warranty is fulfilled*».

*House of Lords* [1991] 2.W.L.R., 1279, at 1295; le problème qui était soumis à la Cour était de savoir à partir de quel moment la couverture d'assurance avait cessé dès le moment de la violation de la condition, ou au moment où le club assureur avait déclaré mettre fin à la couverture. Le problème était certes clairement tranché par la section 33 (3) du *Marine Insurance Act* selon lequel, «*The insurer is discharged from liability as from the date of the breach of warranty but without prejudice to any liability incurred by him before the date*», mais la question était de savoir si cette règle pouvait être étendue à d'autres branches d'assurance. Pour un commentaire voy. M. CLARKE, «*The Nature of the Warranty in Contracts of Insurance*», *Camb.L.J.*, 1991, p. 393.

<sup>303</sup> Voy. P.M. NORTH, «*Quelques aspects de la déclaration du risque et ses conséquences en droit comparé. La "warranty" et "obligation" vus dans une optique anglaise*», in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 310; P. CATALA, «*La déclaration du risque en droit français et anglais*», *R.G.A.T.*, 1967, pp. 145-163; R. MERKIN, «*Insurance Contract Law in England*», in *Insurance Contract Law*, M. FONTAINE (Ed.), vol. 1, A.I.D.A., 1990, pp. 89-90; M. CLARKE, «*The Nature of the Warranty in Contracts of Insurance*», *Camb.L.J.*, 1991, p. 394; R. MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance*, Sixth Edition, London, Sweet & Maxwell, 1990, p. 15 et ss., spéc. n° 07 et ss.; S. TESTER, *op. cit.*, note 59, pp. 344-348. La *warranty* en assurance se distingue de la *warranty* au sens du droit commun des contrats en ce que la rupture de *warranty* en droit commun se résout en dommages et intérêts, mais ne libère pas le bénéficiaire, que ce soit automatiquement ou sur demande de sa part. Elle se distingue de la *condition* au sens général en ce que, dans ce dernier cas, sa méconnaissance donne lieu à des dommages et intérêts et à la libération du bénéficiaire, mais que cette libération intervient uniquement sur demande de la partie qui n'est pas en défaut.

<sup>304</sup> P. CATALA, *op. cit.*, note 303, p. 158, n° 7; M. CLARKE, *op. cit.*, note 302, p. 393.

**549.** Le régime juridique des *warranties* est typique du fossé qui sépare encore la *common law* du droit continental en matière d'assurance. Ce régime peut paraître extrêmement rigoureux pour un juge continental, particulièrement si sa propre loi subordonne systématiquement la déchéance de la couverture à une faute commise par l'assuré ou à l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et le sinistre. Confronté à l'application pure et simple de la loi anglaise (*lex contractus*) qui libère l'assureur de ses engagements dès le moment de la rupture, indépendamment de l'influence de la condition sur le risque, de toute négligence de l'assuré et de tout lien causal entre la rupture et le sinistre, le juge du for pourrait être tenté d'utiliser l'exception d'ordre public comme un ultime recours afin d'évincer les conséquences inévitables de la loi anglaise, conséquences qui seraient tenues en l'espèce pour contraires à un principe général de justice contractuelle qui serait la base de la loi du for.

Dans le prolongement de l'article 30 EGBGB qui, dans sa formulation ancienne, autorisait le recours à l'ordre public pour défendre une politique législative du for, la doctrine allemande paraît disposée à s'engager dans cette voie. Plusieurs auteurs ont en effet soutenu qu'une loi étrangère qui laisserait un plus grand espace à l'autonomie des parties que la loi allemande, tout en accordant une protection moindre à l'assuré, pourrait se trouver en contradiction avec les principes fondamentaux du droit allemand<sup>305</sup>. Participerait ainsi de l'ordre public international en matière d'assurance, le principe suivant lequel l'assuré ne peut jamais être déchu de la couverture d'assurance ni privé d'un droit sans qu'une faute puisse être rapportée à sa charge (voy. art. 6 III, 16 III, 17 III, 25 III et 62 III VVG), ainsi que les principes qui subordonnent la perte du droit à indemnité à l'existence d'une faute en lien causal avec le sinistre et qui lient le droit de résiliation de l'assureur à la violation d'une obligation contractuelle (art. 6 III et IV, 21, 25 III, 62 VVG). Tous ces principes exprimeraient aussi les tendances fondamentales du droit allemand en la matière et justifieraient l'intervention de l'exception d'ordre public si la loi contractuelle ne les rencontre pas<sup>306</sup>.

Un arrêt de la *Bundesgerichtshof* a par exemple écarté l'application d'une clause contractuelle d'une police d'assurance maritime autorisant la libération de l'assureur en cas de fausse déclaration non imputable à une négligence de l'assuré<sup>307</sup>. Cette libération de

<sup>305</sup> W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, note 14, pp. 111-212; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 37 et ss.

<sup>306</sup> Voy. V. HAHN, *ibid.*; *Contra*, F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 4, p. 2; P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 4, pp. 94 et ss., qui tiennent ces règles pour des lois de police. En s'appuyant sur l'opinion de SCHURIG, V. HAHN estime, à juste titre selon nous, que les règles de conflit communautaires prennent suffisamment en compte les intérêts du preneur, et qu'il n'est donc pas besoin de recourir à la méthode des lois de police.

<sup>307</sup> BGHZ 77, 88, 93 et le commentaire de V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 138.

l'assureur a été considérée comme contraire à une politique de protection de l'assuré qui forme le cœur de la loi allemande sur le contrat d'assurance.

L'utilisation de l'ordre public international pour écarter l'application de clauses jugées inéquitables a généralement été entérinée par la doctrine allemande pourvu que la question ne relève pas simplement du degré de protection accordé par les deux lois en présence, mais de l'existence même de cette protection. L'exception d'ordre public supposait aussi un certain rattachement de la situation avec l'ordre public du for. S'agissant de protection individuelle, il semblait logique et cohérent de subordonner son intervention à la localisation de la résidence habituelle du preneur sur le territoire du for<sup>308</sup>. Cette doctrine reconnaissait néanmoins les insuffisances de la méthode de l'ordre public pour garantir une protection efficace au preneur<sup>309</sup>.

**550.** Il est difficile de se prononcer sur une jurisprudence, au demeurant assez rare, inspirée avant tout par la justice du cas particulier. Nous avons déjà émis quelques doutes sur la légitimité du recours à l'ordre public international pour garantir la défense d'une politique législative du for. Au plan théorique, comme le reconnaissent plusieurs auteurs, il n'est nullement certain que les règles protectrices d'une des parties contractantes réputée plus faible que l'autre touchent véritablement à des intérêts fondamentaux de l'Etat<sup>310</sup>. Faire jouer l'exception d'ordre public en ce domaine reviendra toujours, en définitive, à opposer le caractère impératif de la réglementation du for contre le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté des conventions plus largement reconnu par la loi étrangère.

Plus fondamentalement, il importe de replacer ce débat dans le cadre de l'évolution du droit international privé. Justifié à titre d'expédient lorsque l'ordre public international était le seul moyen d'éviter les conséquences choquantes de la règle de conflit, le recours à ce mécanisme perd sa légitimité au regard des techniques nouvelles qui intègrent des préoccupations de droit matériel dans la formulation de la règle de conflit. Si la règle du conflit du for poursuit un but de protection de la partie faible, le juge devrait être plus réticent à en écarter les conséquences par le moyen de l'ordre public, même si sa mise en œuvre n'aboutit pas au résultat escompté.

Ainsi, aux termes des règles de conflit communautaires relatives à l'assurance, la loi anglaise ne devrait normalement s'appliquer dans les domaines où une protection est jugée nécessaire que si le risque et/ou la résidence habituelle du preneur sont localisés en

<sup>308</sup> En ce sens V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 137 et 139.

<sup>309</sup> W.H. ROTH, *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, note 14, pp. 111-212; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, pp. 139 à 142. Dans le même sens, F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984 V (vol. 188), p. 358; A.C. IMHOFF-SCHEIER, *op. cit.*, note 73, p. 149.

<sup>310</sup> K.H. BASEDOW, *op. cit.*, note 7, p. 64, n° 70; V. HAHN, *op. cit.*, note 4, p. 139; F. POCAR, *ibid.*

Angleterre. Si le rattachement à la loi anglaise résulte uniquement du choix des parties contractantes, on peut considérer que ce choix n'a été ouvert que parce que la protection du preneur a été jugée moins nécessaire dans les circonstances de la cause.

La présence d'une règle de conflit à caractère substantiel ne suffit évidemment pas à exclure l'intervention de l'ordre public, mais si cette règle est bien construite, il paraît logique et cohérent d'en respecter les conséquences, sans tenter de réintroduire par le moyen de l'ordre public international une exigence de protection que la règle de conflit en question n'a pas cru utile de satisfaire.

**551.** En outre, il ne faut pas perdre de vue que les *warranties* du droit anglais restent passibles d'un contrôle au titre des clauses abusives. Ce contrôle est d'ailleurs appelé à se généraliser dans la Communauté et spécialement au Royaume-Uni, depuis l'adoption de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (voy. *infra* n°□). Au regard du droit international privé, la question consiste alors à déterminer le domaine spatial de la loi réglementant les clauses abusives afin de définir à quelles conditions elle pourrait s'appliquer à un contrat régi par le droit anglais.

Ecartant la qualification de loi de police, nous avons soutenu que l'application des réglementations relatives à la protection du consommateur ne devait en principe dépendre que de la règle de conflit à caractère substantiel. Dans le cas présent, il s'agirait par hypothèse la loi anglaise. Or, le droit anglais ne contient, pour l'instant, dans l'attente de la transposition de la directive sur les clauses abusives, aucune disposition légale obligatoire instituant un contrôle des clauses abusives dans le domaine des contrats d'assurance. La matière est réglée par deux codes de bonne conduite préparés par l'Association professionnelle des assureurs britanniques (ABI)□ le «*Statement of General Insurance Practice*»□<sup>1</sup> et le «*Statement of Long Term Insurance Practice*»□<sup>2</sup>. Ces accords interprofessionnels qui sont appliqués par 90% du marché, n'ont pas force obligatoire. Ils contiennent néanmoins quelques dispositions destinées à accroître la protection du preneur et des assurés notamment face aux *warranties* et aux sanctions qui en découlent□<sup>3</sup> (sur l'applicabilité de ces *statements* dans les contrats internationaux voy. *infra* n°□.).

---

311 *Statement of General Insurance Practice* (reprinted January 1992).

312 *Statement of Long-Term Insurance Practice* (reprinted August 1992).

313 Sur ces *statements* voy. A. GEDDES, «*The Implementation of the Unfair Contract Terms Directive and its Effect on the UK Insurance Industry*», *Int. Ins. L.R.*, 1993, p. 421; *L'Association of British Insurers* a revu les deux *Statements* pour les adapter aux exigences de la directive sur les clauses abusives. A propos de l'influence de ces *statements* sur le régime des *warranties*, voy. R. MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance, op. cit.*, note□1, p. 129; S. TESTER, «*The use and limitations of warranties in insurance contracts under english law*», *Int. Ins. L.R.*, 1994, p.□48.

### CONCLUSION DU TITRE III

627. L'examen des règles qui maintiennent leur impérativité dans les relations internationales a démontré l'importance d'une interprétation stricte et uniforme du concept de loi de police dans le secteur des assurances. Une telle interprétation se justifie en règle générale car ces lois perturbent considérablement et souvent inutilement le règlement du conflit de lois. L'analyse fonctionnelle, telle que nous l'avons proposée, permet de restreindre à de justes proportions leur effet dérogatoire par rapport à la règle de rattachement, surtout lorsque celle-ci prend un caractère substantiel.

Il ne faut pas se cacher que la sécurité juridique des opérations d'assurance reste malgré tout gravement menacée par l'imprécision du concept de lois de police et par les aléas de sa mise en œuvre. Les Etats et leurs organes sont en effet largement maîtres de l'extension qu'ils entendent leur donner, comme de la définition de leur domaine d'application. La Cour de Justice ne manquera sans doute pas de veiller à une interprétation raisonnable et uniforme de ces lois dont la teneur et le but justifient une dérogation à la règle de rattachement. Il paraît douteux cependant que les interventions de la Cour suffisent à endiguer tous les débordements et à contrôler tous les abus.

C'est pourquoi, il faut se demander s'il ne serait pas préférable que les Etats membres s'entendent dès à présent sur une énumération non limitative des lois qui justifient leur application dans le pays du risque indépendamment de la loi régissant le contrat. L'expérience a déjà été tentée dans le domaine des contrats de travail internationaux à la suite de l'arrêt *Rush Portuguesa*. Faudra-t-il attendre un arrêt analogue dans le secteur des assurances pour que les Etats membres acceptent de préciser un tant soi peu les catégories de règles qui méritent d'être appliquées même aux activités exercées à titre temporaire sur le territoire où se situe le risque? Cette harmonisation est, à notre avis, une condition *sine qua non* du bon déroulement des opérations d'assurance dans un marché intérieur sans frontières.

**628.** Conscient des incertitudes inhérentes à la mise en œuvre des lois de police, le législateur communautaire a fait un premier pas dans le sens de la prévisibilité, en prévoyant un rattachement spécial des lois de police au pays de localisation du risque ou de l'engagement. L'intention est louable mais elle pèche malheureusement par manque de rigueur et par manque de cohérence. Elle ne tient en effet nullement compte du fait que la règle de conflit poursuit elle-même un but de protection du preneur et que ceci réduit d'autant le domaine des lois de police en assurance. En outre, il est illusoire de prétendre délimiter l'ensemble des lois de police susceptibles d'affecter le contrat d'assurance par un seul critère spatial. Ce contrat peut être soumis à l'influence de nombreuses lois de police périphériques dont l'application ne dépend nullement du lieu du risque. Même dans le secteur de l'assurance, le lieu du risque tel qu'il est défini par les directives ne se dégage pas toujours d'une analyse fonctionnelle. En cas de discordance, la seule solution paraît être de tenir le rattachement spécial comme une simple présomption de volonté d'application.

L'approche des directives manque de cohérence en ce qu'elles semblent limiter la portée du rattachement spécial aux lois de police étrangères. En ce qui concerne les lois de police du for, elles se bornent à affirmer, comme la Convention de Rome, la primauté de ces lois sur toute autre désignée par la règle de conflit ou applicable *proprio vigore*. En dépit des critiques que nous avons formulées, on peut se demander pourquoi le critère du lieu du risque jugé pertinent pour opérer le rattachement des lois de police étrangères ne l'a pas été pour opérer le rattachement des lois de police du for dont la nature n'est pourtant pas différente. Or ce sont bien les lois de police du for qui menacent le plus gravement le règlement ordonné des conflits de lois et le bon déroulement des opérations internationales d'assurance.

L'examen des lois de transposition laissent déjà transparaître certaines velléités protectionnistes. Plusieurs Etats ont en effet cédé à la tentation regrettable d'une projection pure et simple des concepts issus du droit interne dans le droit international privé. Cette méthode largement condamnée par la doctrine pourrait être également incompatible avec le droit communautaire. En mettant les entreprises d'assurance prestataires de services dans l'obligation de se conformer aux règles impératives ou d'ordre public du pays d'activités sans se préoccuper du rattachement du contrat, elle pourrait comporter une entrave certaine à l'exercice de la liberté de prestation de services et peut-être même de la liberté d'établissement. Ces divergences d'interprétation font renaître le risque de *forum shopping*, ce qui ne fait que souligner la nécessité d'une approche communautaire dont la Cour de Justice pourrait se faire l'initiatrice, mais qui devrait sans doute être prolongée par une initiative législative communautaire.

**629.** Contrairement aux lois de police, l'ordre public international ne fait l'objet d'aucune attention particulière dans les directives. Ceci s'explique par le rôle relativement marginal de ce mécanisme dans le domaine des contrats. En tant que recours ultime en vue d'évincer la loi étrangère, l'exception d'ordre public n'est toutefois pas, non plus, à l'abri des abus ou de certains excès, spécialement lorsqu'il s'agit de contrats réglementés. Dans le secteur des contrats d'assurance en particulier, le juge du for pourrait l'utiliser afin de sanctionner une divergence fondamentale dans les politiques législatives suivies et les techniques de protection utilisées par les Etats membres. Son intervention devrait néanmoins rester exceptionnelle dans la mesure où la règle de conflit tient compte du besoin de protection de la partie faible et rend peu probable les effets de surprise que peut réserver l'application d'une loi inconnue.