

TITRE IV

LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT D'ASSURANCE

163. L'examen de la loi applicable au contrat d'assurance sera centré sur les règles de conflit de lois contenues dans les directives LPS vie et non-vie dites «de la deuxième génération», très légèrement modifiées par celles «de la troisième génération». On sait cependant que ces dispositions ne régissent pas l'ensemble des situations internationales susceptibles de naître dans le domaine de l'assurance. Elles ne concernent que les contrats couvrant des risques situés sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen. Les contrats couvrant des risques situés en dehors de ce territoire relèvent de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Sans être absentes de notre analyse, les règles de la Convention de Rome ne seront pas examinées ici de façon systématique.

164. La lecture des articles 7, §1 de la directive LPS non-vie du 22 juin 1988¹ et 4, §1 de la directive LPS vie du 8 novembre 1990² indique clairement que le législateur communautaire a eu recours, pour résoudre les problèmes de droit international privé liés à l'internationalisation du contrat d'assurance, à la technique classique des règles de rattachement bilatérales ou règles de conflit de lois.

Les règles communautaires présentent d'emblée une structure originale par rapport à la structure dualiste classique – loi applicable en cas de choix ou à défaut de choix³ généralement retenue en matière de contrats internationaux. Le principe de l'autonomie des volontés qui, selon la conception la plus largement répandue à l'heure actuelle, permet aux parties à un contrat international de choisir la loi qui sera applicable au contrat en le soumettant ainsi à un ordre juridique donné, n'y est en effet retenu qu'au titre d'une dérogation à une règle de conflit première, qu'on pourrait qualifier pour cette raison «d'impérative»³. Dans la directive LPS non-vie, cette règle première fait appel à une coïncidence de deux facteurs de rattachement territoriaux définis objectivement (le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur), chacun devant se concrétiser dans un Etat membre (art. 7, §1, *litt. a*, 1^{ère} phrase). Dans la directive LPS vie elle s'appuie en

¹ Précitée, titre I, note 126.

² Précitée, titre I, note 141.

³ Y. LOUSSOUARN, «Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988», *R.G.A.T.*, 1989, p.302.

revanche sur un seul facteur de rattachement territorial (le lieu de l'engagement) qui doit se concrétiser également dans un Etat membre (art. 4, §1, 1^{ère} phrase).

Le principe de l'autonomie des volontés n'apparaît qu'au second rang, et dans des proportions variables quant à l'étendue du choix offert aux parties. Les concessions qui sont faites à ce principe sont de trois ordres. Un choix est tout d'abord ouvert dans des hypothèses déterminées marquées par une dispersion de certains facteurs de rattachement (directive LPS non-vie, art.1, §1, *litt.1*, *c* et *e*; directive LPS vie, art.1, §1). Encore ce choix est-il limité entre deux ou plusieurs lois entretenant un lien objectif avec la situation. Ce choix limité peut ensuite être élargi, au terme d'une technique originale, si et dans la mesure où un choix plus large est autorisé par une règle de droit international privé de l'Etat dont la loi est rendue applicable par la règle de conflit primaire (directive LPS non-vie art.1, §1, *litt.1*, 2^{ème} phrase, et *litt.1*, directive LPS vie art.1, §1, 2^{ème} phrase). Une liberté complète de choix, au sens où on l'entend généralement en droit international privé n'est accordée, à titre exceptionnel, que pour les contrats couvrant certains risques limitativement définis (directive LPS non-vie, art.1, §1, *litt.1* modifié par l'article17 de la troisième directive en assurance non-vie). Une telle liberté ne trouve aucune place dans les règles de conflit propres à l'assurance vie.

On constate par conséquent que le système de droit international privé inséré dans les directives communautaires ne fonctionne que sous la forme de concessions ponctuelles accordées dans des cas particuliers et selon des proportions variables, au principe de l'autonomie des volontés. Il n'est consacré au sens plein, c'est-à-dire au sens que lui attribue l'article3 de la Convention de Rome, que pour certains contrats, les contrats d'assurance transport auxquels sont venus s'adjoindre, depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive, tous les contrats couvrant des grands risques au sens de l'article1, *litt.1*, de la directive LPS non-vie.

Classiquement, la consécration du principe du libre choix de la loi applicable appelle une règle de rattachement subsidiaire applicable lorsque les parties n'ont pas exprimé de choix. La règle de conflit impérative constituant une référence obligée dans les situations qu'elle vise, la règle de rattachement subsidiaire ne peut jouer qu'un rôle complémentaire à un troisième niveau, lorsqu'un choix était ouvert aux parties mais qu'elles n'en ont pas fait usage. Un tel rattachement subsidiaire est prévu par la directive LPS non-vie (art.1, §1, *litt.1*). Il n'apparaît pas dans la directive LPS vie où le rattachement impératif semble englober l'hypothèse même du rattachement subsidiaire. Celui-ci serait donc applicable même dans les cas où les parties ne se sont pas prévalu du choix qui leur était laissé.

Cette structure originale commande de conduire l'examen des règles de conflit communautaires relatives au contrat d'assurance selon une distinction tripartite¹ faisant abstraction pour l'instant des lois de police, qui seront examinées dans la seconde partie, on analysera successivement le rattachement impératif (chapitre^{II}), le rattachement en cas de choix (chapitre^{III}) et le rattachement à défaut de choix (chapitre^{III}).

CHAPITRE I.

L'EXCLUSION DU CHOIX : LE RATTACHEMENT IMPERATIF

165. Tant en assurance non-vie (section^I) qu'en assurance vie (section^{II}), le centre du système de droit international privé prévu par les directives LPS non-vie et vie est constitué par une règle de conflit qui déroge, dans les hypothèses qu'elle détermine, au principe de l'autonomie des volontés.

SECTION 1. LE RATTACHEMENT IMPERATIF EN ASSURANCE NON-VIE

«Lorsque le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale sur le territoire de l'Etat membre où le risque est situé, la loi applicable au contrat d'assurance est celle de cet Etat membre»²

(directive LPS non-vie, art.¹, §¹, litt.^a, 1ère phrase)

§ 1. PRINCIPE ET JUSTIFICATION DU RATTACHEMENT IMPERATIF

166. *Un rattachement impératif.* Lorsque les facteurs de rattachement du lieu du risque et de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur se concrétisent dans un même Etat membre – il ne peut s'agir que d'un Etat membre en raison de la délimitation du domaine spatial des règles de conflit communautaires (voy. *supra* n°¹⁴ et ss.)³ la loi applicable au contrat d'assurance ne peut être que celle de cet Etat. Sous réserve des dérogations autorisant un choix limité, complet ou élargi, toute clause contractuelle dérogeant à ce rattachement sera donc réputée non écrite. Cette caractéristique

est bien rendue par les termes «Nonobstant toute clause contraire»⁴ ou «Ici applicable à l'exclusion de toute autre»⁵ utilisés par certaines lois transposant la directive. Puisqu'elle écarte toute possibilité de choix de la loi applicable, cette règle de rattachement a bien un caractère impératif⁶. De même que la règle impérative de droit interne déroge au principe de l'autonomie des volontés autorisant les parties à aménager leurs relations au mieux de leurs intérêts, la règle de conflit de lois impérative déroge au principe de l'autonomie des volontés en droit international privé permettant aux parties de choisir la loi qui régira leur contrat.

167. En prolongeant le rapprochement entre le droit interne et le droit international privé, on pourrait légitimement se demander si les parties, comme elles en ont généralement la possibilité en droit interne, ne devraient pas pareillement avoir la possibilité de déroger de commun accord à la règle de conflit impérative en la remplaçant par une autre, éventuellement plus protectrice pour le preneur⁷.

Vu la nouveauté du rattachement impératif en droit international privé, la question ne semble pas avoir été soulevée jusqu'à présent en doctrine. A notre avis, cette faculté de dérogation ne saurait être admise car elle repose sur une assimilation fallacieuse entre l'autonomie des volontés en droit interne et l'autonomie des volontés en droit international privé. Elle entraînerait incidemment un retour aux errements d'une conception purement subjectiviste de l'autonomie des parties en droit international privé. Or, la doctrine moderne reconnaît à l'heure actuelle que le choix de la loi applicable par les parties revient à placer le contrat dans l'orbite d'un ordre juridique déterminé dont il tire sa force obligatoire, et non à incorporer cette loi au contrat. Permettre aux parties de remplacer une règle de conflit protectrice écartant le principe de l'autonomie des volontés par une autre répondant mieux au but de protection reviendrait à nier l'autorité de la loi.

⁴ Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, art. 25, § 1 précitée, titre II, note 32; Arrêté royal belge du 22 février 1991 précité, titre II, note 30, art. 181er.

⁵ Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989 précitée, titre II, note 30, art. 181-1, 1°.

⁶ Voy. en ce sens, M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988», *R.G.A.T.*, p. 251, n° 4, qui parle de désignation de plein droit; Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 298 et 302; J. BASEDOW et W. DRASCH, «Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht», *N.J.W.*, 1991, p. 290; V. HAHN, «Die 'europäischen' Kollisionsnormen für Versicherungsverträge», *VfW Karlsruhe*, 1992, pp. 28-29; C.G.J. MORSE, «Party autonomy in International Insurance Contract Law», in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 39; H.J.G. VAN HUIZEN, «Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijk recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverrichting», *Verz. Arch.*, 1989, p. 166; 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. 281. L'avant-projet du Comité Européen des Assurances présenté à la Commission en 1967 allait déjà dans ce sens. Voy. A. BESSON, «Loi applicable aux contrats d'assurance dans le cadre de la liberté de prestation de services», *R.G.A.T.*, 1967, pp. 240-241.

168. *Un rattachement à caractère substantiel.* Le rapprochement entre la règle impérative du droit interne et la règle impérative du droit international privé fait songer inmanquablement à une politique de protection poursuivie par le législateur. Nous avons vu que le choix du critère du lieu du risque, apparemment étranger à une telle politique, y était au contraire étroitement lié, par le biais de l'influence persistante du droit administratif sur le droit international privé (voy. *supra*). A cet égard, on ne peut manquer d'observer que l'hypothèse visée par l'article 17, § 1, *litt. a*, correspond exactement à celle qui fit l'objet de l'examen de la Cour de Justice dans l'arrêt allemand du 4 décembre 1986, à laquelle celle-ci a d'ailleurs expressément limité la portée de sa décision⁷. Cette coïncidence troublante permet d'établir avec une certaine vraisemblance que le législateur communautaire a conçu les règles de conflit de lois dans le prolongement des arrêts de la Cour de Justice. D'après la Cour en effet, l'application de la loi du pays du risque, c'est-à-dire du pays d'activités, se justifie lorsqu'elle est indispensable pour garantir un but de protection du preneur ou de l'assuré. Par ailleurs, le critère de la résidence habituelle du preneur sur lequel s'appuie également la règle de conflit impérative est traditionnellement retenu en droit international privé pour exprimer un objectif de protection⁸.

169. La technique utilisée pour satisfaire un tel objectif peut, il est vrai, surprendre. On aurait pu s'attendre en effet à un rattachement alternatif inspiré de celui prévu par l'article 17 de la Convention de Rome, qui admet le choix de la loi applicable dans le domaine des contrats de consommation, pour autant que ce choix n'ait pas pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Au lieu de cela, l'article 17, § 1, *litt. a*, procède à un rattachement rigide, écartant toute possibilité de choix, tout au moins, pour la mise en œuvre de la règle de conflit primaire. Cette exclusion du principe d'autonomie, bien que préconisée par une certaine doctrine en matière d'assurance⁹, reste peu fréquente dans le secteur des contrats internationaux, y compris dans les contrats de consommation.

⁷ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ RFA*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755, attendu n° 3, dans lequel on peut lire : « L'examen suivant ne concerne donc que les assurances contre les risques se situant dans l'Etat membre du preneur d'assurance ».

⁸ W.H. ROTH, *Internationale Versicherungsvertragsrecht*, JCB Mohr/Tübingen, 1985, pp. 738-739; F. REICHERT-FACILIDES, « Zur Kodifikation des deutschen internationalen Versicherungsvertragsrecht », *IPRax*, 1990, p. 11; S. IMBUSCH, « Das IPR der Versicherungsverträge über innerhalb der EG belegene Risiken », *VersR.*, 1993, p. 1062.

⁹ En Italie, les exigences de protection ont été considérées comme tellement pressantes en assurance, qu'elles ont mené une partie de la doctrine à proposer l'exclusion pure et simple du choix de la loi applicable. Voy. R. MONACO, « L'efficacia della lege nelle spazio », Torino, 1964, p. 348, cité par L. FORLATI-PICCHIO, « La legge applicabile ai contratti di assicurazione e diritto comunitario », *Dir. comm. e scam. int.*, 1983, pp. 48 et 52; du même auteur, « La legge applicabile ai contratti di assicurazione », in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, A cura di Tullio Treves, Padova, Cedam, 1983, pp. 54 et 160. Voy. également l'évolution des conceptions du professeur LANDO, « Contracts », in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Chap. 24), Mohr/Tübingen, 1976, p. 44, n° 70 et ss.; « Party-autonomy in the EEC Convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations », in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 99.

L'utilisation de cette technique originale ne permet pas pour autant de nier le caractère protecteur du rattachement prévu par l'article 5, § 1, *litt. a*. En effet, la définition résiduaire du lieu du risque comme étant celui où se situe la résidence habituelle ou l'établissement du preneur favorise manifestement la coïncidence dont dépend l'application de cette loi et opère ainsi un effet très restrictif sur les possibilités de choix de la loi applicable (voy. *infra* n° 108).

Si la technique de la coïncidence des facteurs de rattachement en vue de satisfaire un but de protection ne correspond pas aux techniques traditionnelles du droit international privé, elle aboutit néanmoins à préserver dans la grande majorité des cas l'environnement juridique du preneur, en lui garantissant l'application de la loi qui lui est la plus familière. En outre, le caractère impératif et rigide de ce rattachement permet d'accroître la sécurité juridique essentielle pour les contrats d'assurance en tant que contrats aléatoires et réglementés. En raison du caractère largement impératif de la réglementation, les parties contractantes et les autorités administratives doivent connaître dès sa conclusion, la loi qui sera applicable au contrat d'assurance. La prévisibilité de la loi applicable serait gravement mise en danger si le contenu et la portée de la garantie accordée à l'assuré pouvaient être remises en cause au gré d'un rattachement alternatif à la loi la plus protectrice comme celui prévu par l'article 5 de la Convention de Rome. Il faut reconnaître cependant que la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions garanties par l'article 5, § 1, *litt. a*, sont largement hypothéquées par la finale de l'article qui permet aux parties de bénéficier d'un choix plus large de la loi applicable, si et dans la mesure où le droit de l'Etat désigné par la règle de conflit le permet (voy. *infra* n° 86 et ss.)¹⁰.

170. L'objectif de protection qui sous-tend l'article 5, § 1, *litt. a*, conduit à considérer avec scepticisme l'opinion selon laquelle cet article ferait application de la théorie du groupement des points de contact¹¹. Le contexte particulier des règles de conflit communautaires rend vaine toute explication fondée sur les doctrines traditionnelles du droit international privé. On peut d'ailleurs douter qu'un rattachement aussi rigide basé sur la coïncidence de deux facteurs de rattachement corresponde toujours au centre de gravité du contrat ou à la *proper law of the contract*¹².

De même, la rigidité du rattachement prévu par l'article 5, § 1, *litt. a*, interdit d'y voir une disposition qui ferait double emploi avec le rattachement à défaut de choix prévu

¹⁰ Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 298.

¹¹ Voy. Y. LOUSSOUARN, *ibid.*

¹² Voy. J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 791.

par l'article 17, § 1, *litt. a*. Aux termes de cette disposition, le rattachement du contrat d'assurance à la loi du lieu où le risque est situé n'opère en effet que comme une présomption simple susceptible d'être renversée si le contrat entretient des liens plus étroits avec la loi d'un autre pays.

§ 2. MISE EN ŒUVRE DU RATTACHEMENT IMPERATIF

171. *La coïncidence des facteurs de rattachement.* Lorsque le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale sur le territoire de l'Etat membre où le risque est situé, l'article 17, § 1, *litt. a*, 1^{ère} phrase, impose en principe l'application de la loi de cet Etat.

La définition donnée par l'article 17, *litt. a*, de la directive LPS non-vie indique que cette coïncidence se vérifiera dans la plupart des cas. La loi de l'Etat où se situe la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur s'appliquera en effet lorsque cet Etat est aussi

- celui où se trouvent les biens, pour les assurances relatives à des immeubles;
- celui de l'immatriculation du véhicule, pour les assurances relatives à des véhicules de toute nature;
- celui où le contrat a été souscrit, pour les assurances relatives à des risques encourus au cours d'un voyage ou de vacances, à condition que sa durée soit inférieure à quatre mois;
- celui où se situe la résidence habituelle du preneur ou l'établissement de la personne morale auquel le contrat se rapporte, pour tous les autres types d'assurance.

Les définitions permettant de concrétiser le lieu du risque ont déjà été analysés en détail, il est inutile d'y revenir (voy. *supra*, n° 70 et ss.). On se contentera de constater que la convergence sur laquelle repose l'article 17, § 1, *litt. a* est incontestablement favorisée par la définition du lieu où est censé se localiser le risque, ce qui contribue à élargir son champ d'application et donc aussi le domaine de la protection.

La formulation retenue à l'article 17, *litt. a*, 4^{ème} phrase, pour définir le lieu du risque diffère cependant sur un point de celle prévue par l'article 17, § 1, *litt. a* : alors que le

¹³ Voy. pourtant M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 6, p. 51, n° 9.

¹⁴ Il l'était d'autant plus que, dans un premier temps, cette règle de conflit était applicable même aux entreprises industrielles et commerciales considérées pourtant comme des grands risques aux termes de l'article 17, *litt. a*, sous ii (assurances crédit caution) et iii (assurances souscrites par des entreprises satisfaisant à deux des trois seuils chiffrés). Depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive non-vie, l'ensemble des grands risques visés par l'article 5, *litt. d* peuvent bénéficier du libre choix de la loi applicable.

premier localise le risque dans l'Etat membre où est situé *l'établissement de la personne morale* auquel le contrat se rapporte, le second se réfère à l'Etat membre dans lequel le preneur a son *administration centrale*. Cela signifie que si le preneur d'assurance est une personne morale, un défaut de coïncidence entre les deux critères n'est pas à exclure si l'établissement de la personne morale auquel le contrat se rapporte ne se situe pas dans le même pays que celui de l'administration centrale du preneur d'assurance. Une telle situation, envisageable dans les cas d'assurance prise par une société pour le compte d'une de ses filiales, agences ou succursales, relèverait non plus de l'article 1, § 1, *litt. a*, mais de l'article 1, § 1, *litt. b* (voy. *infra* n° 34 et ss.). La même distorsion ne peut en revanche apparaître lorsque le preneur est une personne physique, car dans ce cas les deux critères prévus par le *litt. a* se concrétisent au lieu de sa résidence habituelle. On peut donc affirmer que dans la majorité des contrats internationaux couvrant des risques de particuliers, la loi applicable sera celle de l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle¹⁵.

172. *L'administration centrale du preneur.* La notion d'administration centrale de la personne morale n'a pas encore été examinée. Elle est sans doute reprise de l'article 18 du Traité CEE, dont l'objet est de déterminer à quelles conditions les sociétés sont assimilées aux personnes physiques ressortissant des Etats membres en ce qui concerne l'exercice du droit d'établissement.

Dans ce contexte, la notion d'administration centrale est entendue comme le siège réel de la société¹⁶. Notion davantage économique que juridique, l'administration centrale correspond au centre des décisions et au centre de gravité économique de l'entreprise¹⁷. Dans l'acception courante, elle se réfère d'ailleurs à l'entité qui, dans l'unité formée par l'entreprise, exerce la fonction de direction et de contrôle (*Head office* en anglais, *Hauptverwaltung* en allemand). Comme l'observe l'avocat général, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Daily Mail*¹⁸, elle doit être appréciée en fait, en fonction d'un faisceau d'indices, parmi lesquels figurent le lieu de réunion du conseil d'administration et celui, habituellement identique, où s'arrête la politique générale de la société. Mais, dans certaines hypothèses, ces facteurs peuvent n'être ni exclusifs ni même décisifs. On pourrait ainsi

¹⁵ En ce sens, M. FALLON, « La loi applicable... », *op. cit.*, note 6, p. 51, n° 9; J. RIPOLL, « Les conflits de lois en matière de droit des assurances », *Trav. Com. fr. DIP*, 1989-1990, Ed. CNRS, 1991, p. 79; R.G.A.T., 1992, p. 89; J. BIGOT, « La loi n° 99-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen », *J.C.P.*, 1990, I, Doct., 3437, n° 17; J.L. DE BOISSIEU, « La directive libre prestation de services dommages », *Ass. Fr.*, 1988, p. 499.

¹⁶ CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. 31/87, *Rec.*, 1988, p. 483.

¹⁷ Voy. J. RENAULD, *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 31 et 244; U. EVERLING, *The right of establishment in the Common Market*, Commerce Clearing House, 1964, p. 5; J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE, *Droit européen des affaires*, P.U.F., Thémis, 1984, p. 34.

¹⁸ Précité, note 16.

avoir à prendre en compte le domicile des principaux dirigeants, le lieu de réunion des assemblées générales, ainsi que le lieu de tenue des documents administratifs et comptables, de déroulement principal des activités financières et notamment bancaires.

Certaines lois de transposition ont toutefois substitué à la notion d'administration centrale utilisée par la directive, celle de «siège de direction» ou de «siège social»¹⁹. De telles initiatives sans doute inspirées par un souci de rapporter les concepts de rattachement aux catégories du droit interne rompt cependant l'uniformité des concepts utilisés par la directive en la soumettant à des interprétations divergentes selon le for saisi et en méconnaissant par la même occasion l'autonomie des concepts issus du droit communautaire.

173. *Conflit mobile.* Ni l'article 4 de la directive LPS non-vie, ni les lois de transposition – hormis la loi allemande²⁰ ne précisent à quel moment la coïncidence entre la loi de l'Etat où se situe le risque et celle où se situe la résidence habituelle du preneur doit être vérifiée. Nous reviendrons à plusieurs reprises sur la question du conflit mobile. Le principe de la concrétisation du facteur de rattachement au moment de la conclusion du contrat pourrait se dégager par analogie, de l'article 4, § 2 de la Convention de Rome. Il n'est pas certain cependant que cette solution puisse s'autoriser du renvoi aux règles générales du droit international privé prévu par l'article 4, § 3 de la directive LPS non-vie (voy. *supra* n° 47 et ss.), car la question du conflit mobile relève davantage d'une interprétation du critère de rattachement que d'une véritable lacune dans la réglementation communautaire. En tout état de cause, si l'on ne pouvait s'accorder sur cette référence, la même solution pourrait sans doute se déduire des principes généraux régissant le conflit mobile dans chaque Etat membre²¹.

174. La solution prévue par la Convention de Rome est en effet conforme aux principes généraux du droit international privé²² en vue de protéger la confiance des parties surtout dans le cas des contrats de durée, la doctrine se prononce en général en faveur de la continuité et de l'immutabilité de la loi applicable²³. L'immutabilité de la loi contractuelle

¹⁹ Loi française n° 9-1014 du 31 décembre 1989 précitée, titre II, note 30, art. L181-1 «siège de direction», 1°. Loi espagnole, n° 1/1995 du 8 novembre 1995 précitée, titre II, note 31, art. 107, § 1, litt. a, «domicilio social o sede de gestion administrativa y direccion de los negocios».

²⁰ EGVVG, art. 8, précité note .

²¹ Une question similaire peut se poser en droit administratif lorsque le déplacement du preneur entraîne une modification du mode d'exercice des activités de l'entreprise d'assurance. La question est se pose est alors de savoir si l'entreprise d'assurance en question doit respecter la procédure de notification prévue pour l'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services. Bien que la question n'ait pas été définitivement résolue à ce jour, il nous semble que la réponse devrait être positive.

²² Comme la fixation dans le temps du facteur de rattachement est un élément essentiel de la règle de conflit, il paraît plus logique de le déterminer, dans le silence du législateur, par interprétation de la règle de

en cas de changement d'un critère objectif de rattachement était d'ailleurs préconisée par le Comité Européen des Assurances (C.E.A.) dans son avant-projet présenté en janvier 1967 à la Commission européenne²³. Elle est confirmée par la loi allemande (EGVVG, art.²⁴).

Elle s'impose avec plus d'autorité encore dans le domaine des contrats d'assurance. Ceux-ci étant avant tout des contrats destinés à garantir la sécurité de l'assuré confronté à des événements aléatoires, il convient d'éviter que la loi régissant le contrat puisse être modifiée à la faveur d'un changement du critère objectif de rattachement. Vu le caractère très réglementé du contrat d'assurance, un tel changement de loi applicable pourrait modifier fondamentalement le contenu du contrat, car certaines clauses conformes à la loi initiale pourraient s'avérer contraires aux règles impératives de la loi subséquente. Tout ceci fait qu'un changement de loi applicable méconnaîtrait totalement les attentes des parties et mettrait gravement en danger leur sécurité²⁵. Il faut donc estimer que la coïncidence des deux critères de rattachement prévus par l'article²⁶, §²⁷, *litt.*²⁸ doit être vérifiée au moment de la conclusion du contrat.

En pratique, il y a lieu d'observer que le changement par hypothèse concomitant de localisation du risque et de la résidence habituelle du preneur entraînera fréquemment la modification d'un élément essentiel du contrat d'assurance, et donc la négociation d'un nouveau contrat ou la rédaction d'un avenant au contrat initial, dont le rattachement dépendra de la nouvelle configuration spatiale des facteurs de rattachement. Entre-temps, les obligations des parties restent régies par la loi initiale.

175. La caractéristique principale de l'article²⁹, §³⁰, *litt.*³¹ étant de déroger au principe de l'autonomie des volontés lorsqu'il existe une coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de la résidence habituelle du preneur, une dispersion ultérieure de ces deux facteurs de rattachement, liée par exemple à un changement de résidence ou à un changement d'immatriculation, pourrait faire naître un choix qui n'était pas ouvert au moment de la conclusion du contrat. Les parties pourraient-elles *a posteriori* s'en prévaloir³² Cette

conflit en cause et non par transposition des solutions du droit transitoire interne. Voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t.³³, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n°³⁴20; P. MAYER, *Traité de droit international privé*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, n°³⁵250 à 254. Selon P. MAYER, en matière contractuelle, la volonté des parties s'apprécie nécessairement au moment où elle s'exprime.

²³ Voy. A. BESSON, *op. cit.*, note³⁶, pp.³⁷237-238.

²⁴ En ce sens, U. HUBNER, «³⁸Zum Stand des Rechtsvereinheitlichung im internationalen Versicherungsvertragsrecht³⁹», in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Herausgegeben von C. von Bar, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1991, p.⁴⁰25; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note⁴¹, p. 6; V. HAHN, *op. cit.*, note⁴², p. 143; K. LENAERTS, «⁴³La loi applicable et la libre prestation des services en matière d'assurance vie⁴⁴», *Ann. Dr. Lv.*, 1990, p. 153, n°⁴⁵1; S. IMBUSCH, *op. cit.*, note⁴⁶, p.⁴⁷1062.

question, qui relève des modalités du choix de la loi applicable sera examinée plus loin (voy. *infra* n°102).

§ 3. TRANSPOSITION DANS LES ETATS MEMBRES

176. *Les transpositions substituant une autre technique de protection au rattachement impératif.* La plupart des Etats membres ont repris dans leur législation nationale l'hypothèse visée par l'article1, §1, *litt.1*, fondée sur la coïncidence entre le lieu où le risque est situé et le lieu où le preneur a sa résidence habituelle ou son établissement. Toutefois, certains d'entre eux, peu convaincus ou désorientés par la technique originale du rattachement impératif, ont préféré revenir lors de la transposition, à une structure dualiste classique (loi applicable à la suite d'un choix et loi applicable à défaut de choix), mais en substituant à la technique de protection utilisée par les directives une technique différente inspirée du rattachement alternatif prévu par l'article1 de la Convention de Rome pour les contrats de consommation. Cet emprunt permet de consacrer d'entrée de jeu la liberté de choix du droit applicable pour tous les contrats, tout en réservant l'application des dispositions protectrices de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur.

S'écartant largement de l'hypothèse visée par l'article1, §1, *litt.1* la loi italienne ne retient, dans un premier temps, que le critère de la localisation du risque sur le territoire italien. Elle prévoit ensuite que les parties peuvent convenir du choix d'une autre loi si elles le souhaitent, sous réserve toutefois des dispositions impératives de la loi italienne175.

Selon une formulation mieux maîtrisée, la loi autrichienne consacre, elle aussi de façon très large le principe du libre choix de la loi applicable lorsque le risque et la résidence habituelle du preneur se localisent dans un même Etat membre, en dérogeant ainsi au rattachement impératif prévu par la directive. Ensuite, en vertu d'une disposition spécifique relative à la protection du preneur d'assurance, elle prévoit concurremment que si le contrat est conclu à la suite d'un démarchage de l'assureur ou d'un intermédiaire habilité à agir en son nom dans l'Etat de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur d'assurance, le choix de la loi applicable ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives de cet Etat, visant à la protection du preneur

²⁵ Décret législatif du 15 janvier 1992 précité titre II, note 61, art.17, §1, et 27, §1, modifiés par le décret législatif n°175 du 17 mars 1995, art.122, §1, §2 et §3. Il n'est pas impossible que le législateur italien ait été influencé par l'opinion de M. FRIGESSI DI RATTALMA, qui voit, à tort selon nous, dans la possibilité d'élargissement du choix ouverte par la directive, une autorisation de déroger à la règle de conflit primaire dans un sens plus libéral (voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, Cedam, 1990, spéc. pp.130 et 167 à 171; pour une critique de cette thèse, voy. *infra*, n°169). La liberté prise par le législateur avec le texte de la directive se comprendrait dès lors comme une référence implicite à l'article15 du titre introductif du Code civil italien, qui laisse toute latitude aux parties contractantes en ce qui concerne le choix de la loi applicable.

d'assurance. La technique et la formule utilisées font inmanquablement songer à l'article 17 de la Convention de Rome²⁶.

La loi finlandaise s'inspire d'une méthode similaire, si ce n'est qu'elle intègre le rattachement impératif, dans le cadre du rattachement subsidiaire opérant à défaut de choix des parties. Selon le § 10 en effet, *lorsque les parties n'ont pas convenu de la loi applicable au contrat*, la loi applicable au contrat est celle de l'Etat où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale, si le risque est également situé sur le territoire de cet Etat. Le § 12, spécialement consacré à la protection des consommateurs, réserve toutefois l'application des dispositions protectrices du droit finlandais, lorsque le preneur d'assurance est un consommateur qui a sa résidence habituelle en Finlande et que le contrat a été conclu à la suite d'un démarchage commercial de l'assureur ou de son représentant en Finlande²⁷.

Même si elles présentent l'avantage de proposer des solutions plus harmonieuses par rapport à la Convention de Rome, il n'est pas certain que ces transpositions soient compatibles avec la directive. En ce qui concerne le rattachement impératif, celui-ci paraît en effet imposer des obligations précises aux Etats membres. Leur compatibilité ne pourrait être affirmée que si la possibilité d'élargissement du choix laissé aux Etats membres par l'article 4, § 1, *litt. a in fine* pouvait se comprendre comme une faculté générale de dérogation au rattachement impératif. Ceci paraît cependant peu vraisemblable, car, dans ces conditions, l'article en question serait dépourvu de toute portée contraignante (sur la question de l'élargissement du choix, voy. *infra* n° 67 et ss.).

L'examen des législations de transposition révèle une autre surprise. Alors que l'article 4, § 1, *litt. a* pose très clairement une règle de conflit de lois bilatérale désignant la loi applicable quel que soit le lieu où se concrétisent les facteurs de rattachement, plusieurs Etats membres (France²⁸, Espagne²⁹, Luxembourg³⁰ et Portugal³¹) ont transposé cette disposition selon une technique unilatérale, c'est-à-dire en visant uniquement l'hypothèse où le risque et la résidence habituelle du preneur se localisent sur le territoire du for, sans

26 *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, précitée note 3, § 1 (1) et (2); § 1 (1). La disposition protectrice n'est pas applicable lorsque le preneur d'assurance est une entreprise et que le contrat porte sur les grands risques visés par l'annexe B de la loi (§ 1 (2)).

27 Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, précitée note 4.

28 Voy. par exemple la loi française n° 99-1014 du 31 décembre 1989, art. L181-1 (1°) précitée, titre II, note 50 « Lorsque le risque est situé au sens de l'article L351-3 sur le territoire de la République française et que le souscripteur y a sa résidence principale ou son siège de direction, la loi applicable est la loi française à l'exclusion de toute autre ». On retrouve une formulation similaire inspirée d'une technique unilatéraliste dans les autres Etats cités.

29 Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, art. 107, § 1, précitée, titre II, note 51.

30 Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, précitée, titre II, note 52, art. 5, § 1.

31 Décret-loi portugais 352/91, art. 1, § 1 devenu depuis le décret-loi n° 102/94, l'article 180, § 1, tous deux précités, titre II, note 60.

prévoir aucune solution dans l'hypothèse inverse où les deux facteurs sont situés dans un autre Etat membre.

177. La législation belge mérite une attention particulière sous cet angle. Dans un premier temps, le législateur, suivant en cela l'exemple des législateurs français et espagnol, avait choisi de transposer l'article 4, § 1, *litt. a* de façon unilatérale (arrêté royal du 22 février 1991, art. 6 insérant un article 8ter, § 1 dans la législation de contrôle).

Se rendant compte des lacunes qu'une telle transposition ne manquerait pas de créer en droit privé lorsque les facteurs du risque et de la résidence sont localisés à l'étranger, le législateur a maladroitement tenté de les combler en ajoutant, par le biais de l'article 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1993, un deuxième paragraphe à l'article 8ter qui prévoit que le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé lorsqu'il est relatif à des risques situés dans un Etat membre des Communautés européennes autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable.

La modification apportée ne remplit malheureusement pas l'objectif de bilatéralisation poursuivi et embrouille plus qu'elle ne clarifie, puisqu'elle ne prend plus pour base la coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur, pourtant explicitement prévue par l'article 4, § 1, *litt. a*. En outre, par les termes « Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable », l'article 8ter, § 1 laisse croire *a contrario* qu'un choix serait ouvert aux parties dans l'hypothèse d'une coïncidence vérifiée à l'étranger, ce qui, sous réserve d'un élargissement du choix par l'Etat désigné, est formellement contredit par la directive. Enfin, en visant l'hypothèse d'une absence de choix, l'article 8ter, § 1 contredit la solution prévue dans ce cas particulier par l'article 8ter, § 2 (rattachement à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits). L'incompatibilité de l'article 8ter, § 1 avec la directive est donc manifeste.

Le législateur belge paraît ainsi avoir mal compris la portée de la règle impérative dont le propre est d'écarter tout autre choix de la loi applicable. Il aurait été infiniment mieux inspiré en reprenant purement et simplement cette règle comme elle était formulée dans l'article 4, § 1, *litt. a*, de façon bilatérale.

178. *Transposition unilatérale et unilatéralisme.* Le règlement du conflit de lois par référence à la localisation du risque sur le territoire du for a heurté à juste titre certains commentateurs, qui y ont vu une concession à la théorie unilatéraliste restée jusqu'à

présent minoritaire en droit international privé³². Selon la doctrine unilatéraliste, chaque législateur national doit se borner à déterminer le domaine spatial de ses propres règles de droit matériel sans chercher à définir celui des règles étrangères, la volonté d'application ainsi exprimée devant être respectée dans tous les ordres juridiques où la question de l'applicabilité de la loi est posée. Le règlement du conflit de lois est dès lors uniquement conçu sous la forme d'une délimitation dans l'espace des diverses normes matérielles appartenant à l'ordre juridique national, sans qu'aucune attention doive être accordée à la compétence de la loi étrangère dont l'applicabilité ne peut dépendre que du législateur étranger. Ces normes étrangères peuvent être accueillies dans l'ordre juridique national, mais affectées des limites spatiales qui les assortissent dès l'origine. Le principe fondamental du système est donc que le domaine d'application dans l'espace de toute règle de droit est déterminé par l'ordre juridique auquel la règle appartient³³.

179. Même si certaines législations ont transposé les règles de conflit de transposition de façon unilatérale, il est douteux que l'on puisse y voir l'expression d'une adhésion même implicite à la doctrine unilatéraliste du droit international privé. Cet unilatéralisme doctrinal est d'ailleurs resté largement théorique à défaut de pouvoir trouver appui dans la pratique législative ou conventionnelle³⁴. Il serait curieux qu'il resurgisse ici alors même que les règles communautaires dont sont issues les règles nationales sont formulées de façon bilatérale. Il est vrai qu'il ne pouvait en être autrement, à défaut pour le législateur communautaire de pouvoir se référer à un ordre juridique national déterminé.

Loin de manifester une adhésion plus ou moins consciente aux thèses unilatéralistes, la méthode de transposition adoptée s'explique par une influence malencontreuse des techniques unilatérales propres au droit administratif, favorisée d'ailleurs, dans certains pays, par l'insertion des règles de conflit dans la réglementation de contrôle. On sait que la méthode unilatérale est traditionnelle en droit administratif, car en ce domaine, il s'agit toujours et exclusivement pour le législateur de délimiter la compétence de ses propres autorités nationales, sans s'occuper de celle des autorités étrangères. Vu l'intervention marquée de la puissance publique dans la relation d'assurance,

³² B. AUDIT, «Implementation of the Second Directive on Choice of Law Issues» The French Statute of December 31, 1989, in *International Insurance Contract Law in the EC*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p.14; P. LAGARDE, Présentation de la directive du 22 juin 1988 relativement à la loi applicable au contrat d'assurance, *R.C.D.I.P.*, 1989, pp.147-149.

³³ Sur cette doctrine, voy. P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *R.C.D.I.P.*, 1971, pp.1-36, 209-243, 415-450; du même auteur, «La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1979, pp.1-22; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.II, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n°153; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, n°116 à 119; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis de droit international privé*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1993, n°108.

³⁴ Voy. notamment F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t.II, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 179, n°169.

il n'est pas étonnant qu'on retrouve certaines traces de cet unilatéralisme administratif dans le règlement des conflits de lois. Certains législateurs nationaux ont été victimes d'un amalgame engendré par le règlement concomitant des conflits d'autorités et des conflits de lois sur la base d'un critère territorial identique – celui du lieu du risque.

Le fait que la transposition unilatérale de la règle de conflit prévue par l'article 1, § 1, *litt.* 1, résulte plus d'une erreur d'appréciation que d'un parti pris en faveur de la doctrine unilatéraliste est corroboré par l'impossibilité qu'il y a à recourir à cette méthode pour transposer les autres règles de conflit communautaires fondées non plus sur une coïncidence, mais sur une dispersion des facteurs de rattachement dans plusieurs Etats (voy. *infra* n° 338, 251 et 257).

180. *Correction de la transposition unilatérale par la théorie de l'effet direct ou de l'effet utile des directives.* Si le mode de transposition adopté par certaines législateurs nationaux ne fournit aucun soutien à la doctrine unilatéraliste, il n'empêche que la règle de conflit nationale formulée de façon unilatérale n'échappe pas à certaines lacunes caractéristiques de cette technique. Ainsi, elle ne donne aucune solution au juge du for si le risque et la résidence habituelle du preneur (ou son administration centrale) sont localisés dans un Etat membre différent de celui du for.

On a proposé dans ce cas, soit de bilatéraliser la disposition de façon à la rendre applicable également lorsque les deux facteurs de rattachement se concrétisent à l'étranger, soit de recourir aux règles générales de droit international privé, comme prévu par l'article 1, § 3 de la directive LPS non-vie en l'absence de solution expresse, ce qui rendrait applicables les dispositions de la Convention de Rome (sur cette référence voy. *supra*) 35.

La seconde solution doit être rejetée car elle constitue un détournement manifeste de la directive. Le renvoi aux règles générales de droit international privé n'est en effet prévu dans ce contexte qu'en l'absence de solutions spécifiques. Or, la règle de conflit communautaire formulée de façon bilatérale donne une solution à la question de la loi applicable lorsque le risque et la résidence habituelle du preneur se situent à l'étranger. La seule solution acceptable consiste par conséquent dans la bilatéralisation de la règle de conflit unilatérale sur le fondement de l'effet direct de la directive 36.

35 B. AUDIT, *op. cit.*, note 32, p. 35.

36 La notion d'effet direct ou d'invocabilité directe évoque les conditions dans lesquelles une personne juridique – physique ou morale, privée ou publique – peut, dans le cadre du système juridique national, se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée ou transposée tardivement ou incorrectement en droit national, dans ses rapports juridiques avec une autre personne. Cette « invocabilité substitutionnelle » conduit le juge, sous certaines conditions, à substituer la directive à la norme interne comme base légale du litige. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, cette « invocabilité » peut être considérée comme

181. L'absence d'effet direct des directives dans les relations entre particuliers rend toutefois peu probable que la règle de conflit de lois prévue par l'article 1, §1, *litt. a*, puisse être rendue applicable au titre de «l'invocabilité de substitution». Elle ne pourrait l'être que si le litige oppose un particulier à l'Etat ou à l'un de ses démembrements, ce qui n'est pas fréquent dans les relations contractuelles de droit privé. A titre subsidiaire, la bilatéralisation recherchée pourrait donc se fonder plus efficacement sur la théorie de l'effet utile des directives.

En effet si la directive n'a pas d'effet direct dans les relations entre particuliers, elle conserve un effet utile en ce sens que son invocabilité ne disparaît pas lorsque des mesures d'application ont été prises par le législateur national. Les règles communautaires peuvent être utilisées pour donner aux règles de droit interne dont elles sont la source, une

restreinte. Elle suppose tout d'abord à l'évidence, que le délai de transposition soit écoulé (on vise par là le délai dans lequel les Etats sont tenus d'appliquer les dispositions contenues dans la directive) voy. *CJCE*, 3 mars 1994, *Vaneetveld c/ Le Foyer*, aff. C-316/93, *J.T.D. Eur.*, 1994, ...). En outre, la directive n'est invocable directement par les particuliers qu'à l'encontre de tout Etat destinataire ayant méconnu les objectifs précis et inconditionnels qu'elle a fixés (effet direct vertical) (*CJCE*, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41/74, *Rec.*, 1974, p. 347; *CJCE*, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 48/78, *Rec.*, 1979, p. 629. Il s'ensuit que la directive ne peut être invoquée ni à l'encontre des particuliers par l'Etat ni entre particuliers (effet direct horizontal) (*CJCE*, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and south West Hampshire Area Health Authority*, aff. 152/84, *Rec.*, 1986, p. 23; *CJCE*, 8 octobre 1987, *Procédure pénale c/ Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. 80/86, *Rec.*, 1987, p. 3969; *CJCE*, 14 juillet 1994, *Faccini Dori c/ Recreb srl*, aff. C-91/92, *Rec.*, 1994, p. 3325).

En compensation de l'absence d'effet direct horizontal, la Cour a développé une acception particulièrement extensive de la notion d'«Etat destinataire». Outre l'arrêt *Kolpinghuis* précité, voy. *CJCE*, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/ Commune de Milan*, aff. 103/88, *Rec.*, 1989, p. 839 (autorités décentralisées de l'Etat); *CJCE*, 17 octobre 1989, *Commune de Carpanetto*, aff. jointes 231/87 et 129/88, *Rec.*, 1989, p. 3233 (collectivité territoriale) et *CJCE*, 12 juillet 1990, *Forster et autres c/ British Glaspec*, aff. C-88/89, *Rec.*, 1990, p. 313 (entreprises publiques de fourniture d'énergie). Cette jurisprudence a été critiquée car elle introduit une discrimination injustifiable entre les salariés selon qu'ils sont employés par le secteur privé ou public. Voy. récemment en doctrine P. MANIN, «l'invocabilité des directives, quelques interrogations», *R.T.D. Eur.*, 1990, pp. 69-693; T. DAL FARRA, «l'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité», *R.T.D. Eur.*, 1992, pp. 31-667; F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, «l'effet horizontal des directives; la jurisprudence de la C.J.C.E. et un bateau ivre», *R.T.D. Eur.*, 1993, pp. 303 à 524; F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, «Les jeux sont faits rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE», *R.T.D. Eur.*, 1995, pp. 1-21; F. SCHOCKWEILER, «Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux», *Rev. Marché Unique*, 1995/2, pp. 9-25. L'exclusion de l'effet direct des directives dans les relations entre particuliers est de plus en plus critiquée, car elle conduit la Cour à admettre qu'une incompatibilité du droit national avec le droit communautaire peut être laissée sans sanction. Une brèche serait ainsi créée dans le principe de primauté du droit communautaire. Voy. P. MANIN, *loc. cit.*, p. 89; N. REICH, «Competition between legal orders a new paradigm of EC Law», *Comm. Mark. L.R.*, 1992, p. 81; F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, *loc. cit.*, p. 24 (premier article) et 18 (second article); ces auteurs se prononcent en faveur d'une généralisation de l'effet direct horizontal, qui permettrait de donner une pleine efficacité à l'harmonisation du droit communautaire. Dans l'arrêt *Faccini Dori* précité, la Cour a néanmoins confirmé sa jurisprudence à propos de la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux en dépit des conclusions contraires de l'avocat général Lenz. Elle rappelle à cet égard qu'accepter d'étendre l'effet direct dans les rapports entre particuliers conduirait à reconnaître à la communauté le pouvoir d'édicter, avec effet immédiat, des obligations à la charge des particuliers, alors qu'elle n'a cette compétence que là où il lui est attribué le pouvoir de procéder par règlements.

interprétation cohérente avec le contenu et le but des règles communautaires («l'invocabilité d'interprétation»).³⁷

La formulation unilatérale de la règle de conflit devant être considérée comme incorrecte, la bilatéralisation de cette règle pourrait, sans doute, être obtenue sur le fondement de cette théorie. Confronté à une situation dans laquelle le risque et la résidence habituelle (ou l'administration centrale) du preneur se situent dans un autre Etat membre, le juge est tenu d'interpréter sa règle de conflit de façon multilatérale, à la lumière du texte de la directive, de manière à rendre applicable la loi de cet autre Etat membre, conformément à l'article 17, § 1, *litt. a*. La lacune de la réglementation nationale inexistante dans le contexte de la directive serait ainsi comblée dans un sens conforme au droit communautaire.

SECTION 2. LE RATTACHEMENT IMPERATIF EN ASSURANCE VIE

«La loi applicable aux contrats relatifs aux activités visées par la première directive est la loi de l'Etat membre de l'engagement»

(article 14, § 1, 1^{ère} phrase)

§ 1. PRINCIPE ET JUSTIFICATION DU RATTACHEMENT IMPERATIF

182. *Un rattachement impératif.* L'article 17, § 1 de la directive LPS vie soumet indistinctement les contrats relatifs à une activité visée par la première directive établissement, à la loi de l'Etat membre de l'engagement, c'est-à-dire selon les termes de l'article 17, *litt. a*, à la loi de l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle ou, si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette

³⁷ Sur l'effet utile des directives et l'invocabilité d'interprétation, voy. en jurisprudence CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein Westfalen*, aff. 14/83, *Rec.*, 1984, p. 891; CJCE, 10 avril 1984, *Harz c/ Deutsche Tradex*, aff. 79/83, *Rec.*, 1984, p. 921; CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore*, aff. 67/74, *Rec.*, 1975, p. 97; CJCE, 10 février 1982, *Transporoute c/ Ministère des travaux publics*, aff. 76/81, *Rec.*, 1982, p. 17; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentacion*, aff. C-106/89, *Rec.*, 1990, p. 135. En doctrine P. MANIN, *op. cit.*, note 36, pp. 674-675; T. DAL FARRA, *op. cit.*, note 36, pp. 48 à 650; F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, note 36, p. 3; K. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, «Les jeux sont faits», *op. cit.*, note 36, p. 6. Pour ce qui concerne l'effet utile, il importe peu que les dispositions invoquées ne soient ni précises ni inconditionnelles; il suffit qu'elles soient de nature à exprimer une intention suffisamment certaine en faveur d'un but déterminé. La directive est invocable aux fins d'interprétation dans tous les litiges y compris ceux qui n'opposent que des particuliers. L'invocation des directives entre particuliers au titre de l'effet utile suppose toutefois que le droit national soit conciliable avec la directive, c'est-à-dire qu'il n'y soit pas clairement et manifestement contraire. A défaut, l'obligation d'interprétation conforme disparaîtrait (Voy. en ce sens F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, *op. cit.*, note 36, p. 14; F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, note 36, p. 6). Même si la théorie de l'effet utile ne recouvre théoriquement pas celle de l'effet direct, il faut reconnaître qu'elle constitue un moyen commode pour contourner l'exclusion de l'effet direct horizontal. La frontière entre les deux est en effet perméable l'extension qui pourrait être donnée à la première rendrait la seconde inutile. La multiplication des directives qui concernent les relations entre particuliers favorise cette évolution. Sur le plan de la technique législative, leur application peut d'ailleurs être garantie par une simple référence à la norme communautaire afin d'interpréter le droit national.

personne morale auquel le contrat se rapporte (sur les concepts de résidence et d'établissement, voy. *supra* n°97).

La règle de rattachement prévue par l'article 4, §1, 1^{ère} phrase, se révèle d'un maniement assez simple. Tout comme en assurance non-vie, elle peut être qualifiée d'impérative, puisque sauf dérogations limitativement définies, elle ne tolère aucun choix des parties. On notera d'ailleurs que les concessions faites au principe d'autonomie des volontés sont beaucoup moins nombreuses en assurance vie. Sauf la possibilité d'élargissement du choix qui serait accordée au second degré, un choix limité n'est ouvert que lorsque le preneur, personne physique, n'a pas la nationalité du pays où se situe sa résidence habituelle (directive LPS vie, art. 4, §1). De plus, la directive LPS vie ne prévoit aucune hypothèse dans laquelle les parties bénéficieraient d'une liberté de choix complète, au titre d'une règle de conflit primaire.

183. *Un rattachement à caractère substantiel.* A en croire la Commission européenne, le rattachement du contrat d'assurance vie à la loi du lieu de résidence habituelle du preneur se justifierait par le fait que l'assurance vie concernerait toujours directement ou indirectement une personne physique (le bénéficiaire) et que le droit de la famille y occuperait une place prépondérante³⁸. Cette explication ne nous a pas paru convaincante (voy. *supra* n°). On peut difficilement expliquer un rattachement du contrat à la loi du lieu de la résidence habituelle du *preneur* par une volonté de protection des *bénéficiaires*, sauf à présumer que ces personnes auront la plupart du temps leur résidence habituelle dans le même pays. Le bénéficiaire ayant la qualité de tiers, la pertinence de cette référence pour opérer le rattachement du contrat d'assurance vie paraît d'ailleurs douteuse.

§ 2. DOMAINE D'APPLICATION DU RATTACHEMENT IMPERATIF

184. *LPS active et LPS passive.* Le domaine du rattachement impératif en assurance vie est très largement défini. La règle de conflit prévue par l'article 4, §1, 1^{ère} phrase, s'écarte curieusement de la logique qui a servi de base à la directive LPS vie pour la répartition des compétences administratives. Ainsi, la liberté de choix de la loi applicable au contrat n'est même pas ouverte dans les cas où le besoin de protection jugé moins important pour le preneur justifiait l'application de la réglementation de contrôle du pays d'établissement (voy. *supra* n°). Sous l'angle des conflits de lois, l'application de la loi du lieu où l'engagement est situé s'impose même lorsque le preneur a, lui-même, pris

³⁸ Exposé des motifs, *doc. COM. (88), 729 final-SYN 177*, p.10; voy. également, G. LEVIE, «La proposition de deuxième directive 'assurance vie'», *Ann. Dr. Lv.*, 1990, p.22.

l'initiative de souscrire le contrat d'assurance auprès d'une entreprise communautaire établie à l'étranger (LPS passive). La troisième directive en assurance vie, qui enlève pourtant toute pertinence à la distinction entre LPS active et passive sur le plan du droit administratif, maintient cette solution extrêmement rigide et incohérente, qui aboutit à étendre le domaine de la protection à des situations dans lesquelles elle ne serait pas considérée comme justifiée dans le cadre de la Convention de Rome (voy. l'article 3, § 2).

C'est probablement l'idée déjà critiquée selon laquelle la personne qui mérite protection est en définitive le bénéficiaire appelé à recueillir les prestations assurées à l'échéance, qui semble avoir orienté une solution aussi peu nuancée, dont la compatibilité avec le Traité est discutable (voy. *infra* n° 1839). Ce même argument avait été avancé pour justifier le rejet d'une distinction quantitative inspirée de celle établie en assurance non-vie entre grands risques et risques de masse, qui aurait inévitablement abouti à prévoir un régime de contrôle différent pour les assurances vie individuelles et les assurances de groupe. On lui a finalement préféré une distinction fondée sur les modalités de souscription du contrat qui permet ainsi de justifier la soumission des assurances de groupe au même régime que les assurances vie individuelles.

185. *Assurance vie individuelle et assurance de groupe.* Lorsque le preneur est une personne physique, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle (il s'agit nécessairement d'un Etat membre sans quoi on sortirait du domaine d'application spatial des règles de conflit communautaires). Le lieu de la résidence habituelle de la tête assurée ou du bénéficiaire n'ont, quant à eux, aucune pertinence.

Lorsque le preneur est une personne morale, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où se situe l'établissement auquel le contrat se rapporte. La précision est importante car elle implique que le contrat d'assurance de groupe souscrit par la maison mère pour le compte d'une ou plusieurs de ses succursales sera soumis à la loi du lieu où chacune de ces succursales est établie. La règle de rattachement impérative empêche par conséquent ou rend très difficile la conclusion d'une police unique couvrant tout ou partie du personnel employé par ces établissements situés dans différents Etats membres.

186. Même si les justifications avancées ne sont pas toujours convaincantes, on ne peut que constater l'importance déterminante donnée à la règle de conflit impérative et le rôle extrêmement restreint laissé au principe de l'autonomie des volontés. L'exclusion du principe de l'autonomie des volontés en faveur du rattachement à la résidence principale du

preneur dans le domaine de l'assurance vie individuelle peut certes trouver appui dans la doctrine³⁹ et dans certaines codifications⁴⁰, mais rarement dans des proportions aussi étendues que celles consacrées par la directive.

La même exclusion a plus rarement encore été préconisée pour les assurances de groupe, où certains auteurs étaient même en faveur d'une autonomie illimitée des parties⁴¹. Comme cette forme d'assurance réunit une multitude de contrats individuels, le libre choix de la loi applicable permettait de soumettre l'ensemble des contrats individuels ainsi que le règlement global de l'assurance de groupe à une loi unique⁴².

Cette opinion a toutefois été contestée au motif que la nature particulière des assurances de groupe n'écartait pas tout besoin de protection dans le chef des assurés et des bénéficiaires. On a fait remarquer que le droit interne excluait rarement les assurances de groupe du domaine d'application des règles impératives⁴³ et qu'au contraire, des dispositions protectrices spécifiques étaient parfois prévues en vue de garantir la transparence des relations contractuelles et des contributions financières, ainsi qu'une information correcte et complète des affiliés ou adhérents au plan de retraite⁴⁴.

Cette analyse justifiait l'exclusion du libre choix en faveur d'un rattachement objectif à la loi du lieu de l'environnement du groupe assuré, et non à la loi du lieu où se situe le siège du chef du groupe, celui-ci n'occupant pas une place centrale au plan des intérêts à protéger⁴⁵. Un tel rattachement permettait à la fois de préserver la complémentarité existant fréquemment entre le système de sécurité sociale et le régime privé des retraites complémentaires, et de maintenir dans un premier temps la cohésion entre l'exercice du contrôle des conditions d'assurance et la loi applicable.

39 Voy. O. LANDO, «Contracts», *op. cit.*, note 9, n°270 et ss.; «Party autonomy in the EEC Convention...», *op. cit.*, note 9, p.299; celui-ci préconisait dans ses derniers travaux le rattachement de l'assurance vie au domicile de l'assuré, à l'exclusion du principe de l'autonomie des volontés.

40 La section92 du *Restatement Second, comment e*, précise par exemple que la clause de choix ne peut avoir aucun effet si la loi choisie accorde à l'assuré une protection moindre que celle octroyée par la loi objectivement applicable, motif pris de ce que le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion. L'éviction de cette loi n'est cependant pas applicable lorsque l'assuré a exercé un choix libre pour lequel il a marqué son accord.

41 Voy. les références citées par W.H. ROTH, *op. cit.*, note 8, p.24.

42 L'unicité de la loi applicable justifie selon le *Restatement Second*, le choix de la loi du lieu d'établissement de l'assureur. Voy. la section92, *comment h*, «Rights against the insurer are usually governed by the law which governs the master policy. This is so because it is desirable that each individual insured should enjoy the same privileges and protection. In addition and in contrast to individual insurance policies, the insured under a group insurance contract may not need the same protection against adhesion contracts, given the employers bargaining power».

43 W.H. ROTH, *op. cit.*, note 8, p. 524.

44 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, n°2.

45 W.H. ROTH, *op. cit.*, note 8, pp. 524 et 748.

46 Voy. pour une application en ce sens, l'article2497 du Code civil du Québec qui soumet le contrat d'assurance au droit québécois lorsque le preneur a, au moment de son adhésion, sa résidence au Québec. Toute clause contraire est frappée de nullité. Voy. à cet égard J. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, p.236.

187. La solution retenue par l'article 4, § 1 de la directive LPS vie n'est finalement pas très éloignée de cette doctrine. Elle s'en inspire à deux égards. Tout d'abord, en étendant aux assurances de groupe le rattachement à la loi du lieu de l'engagement, la règle de conflit communautaire écarte toute possibilité de choix de la loi applicable au titre de la règle de conflit primaire. Même le choix limité prévu par l'article 4, § 2 sera rarement ouvert en la matière car, comme nous le verrons, cet article n'est applicable que si le preneur est une personne physique, ce qui ne sera pas souvent le cas du souscripteur d'une assurance de groupe.

Dans le prolongement de la doctrine préconisant un rattachement à l'environnement du groupe assuré, la définition du lieu de l'engagement, comme étant celui du lieu d'établissement de la personne morale *auquel le contrat se rapporte*, oblige ensuite à considérer séparément le rattachement de l'assurance de groupe en fonction de chaque établissement de la société (agence, succursale, filiale, société mère). Un tel dépeçage favorise la complémentarité des régimes publics et privés de sécurité sociale.

Dans le cadre de la directive LPS vie, le rattachement objectif et rigide prévu par l'article 4, § 1, permettait aussi de maintenir une certaine coïncidence entre la répartition des pouvoirs de contrôle et la loi applicable au contrat. Cette coïncidence a toutefois disparu depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive vie, qui attribue l'essentiel des pouvoirs de contrôle aux autorités du *pays du siège social*.

§ 3. MISE EN ŒUVRE DU RATTACHEMENT IMPERATIF

188. *Concrétisation du critère du lieu de l'engagement – Rappel.* La plupart des questions posées par la concrétisation du critère du lieu de l'engagement ont été examinées lors de l'examen de la définition prévue par l'article 4, *litt. a* de la directive LPS vie. Comme la loi applicable aux contrats d'assurance vie dépend de la concrétisation de ce seul facteur de rattachement, les propos que nous avons tenus à ce sujet permettent de guider directement la solution du conflit de lois (voy. *supra* n° 97).

Comme l'engagement doit nécessairement être localisé sur le territoire d'un Etat membre pour que les règles de conflit communautaires soient applicables (voy. *supra*, n° 97) le rattachement impératif ne peut jamais aboutir qu'à la désignation de la loi d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace Economique Européen. On assiste

ainsi à un phénomène de régionalisation du droit international privé, bien peu compatible avec la conception universaliste de la règle de conflit (voy. *infra* n°388 et ss.).

189. *Conflit mobile.* Lorsque le preneur est une personne physique, le rattachement du contrat d'assurance vie à loi de l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle peut donner lieu à un conflit mobile en cas de changement de résidence après la conclusion du contrat. La mobilité professionnelle des personnes physiques, d'ailleurs encouragée et garantie par le Traité de Rome, accroît le risque de tels conflits. En l'absence de dispositions spécifiques dans la directive ou dans la législation de transposition, les solutions proposées ci-dessus pour les assurances non-vie sont transposables en assurance vie par le biais du renvoi aux règles générales de droit international privé (directive LPS vie, art.4, §3) (voy. *supra*, n°10). Tant les principes généraux du droit international privé que les caractéristiques propres des contrats d'assurance imposent l'application de la loi du pays où le preneur avait sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat. La sécurité juridique alliée à la durée des contrats d'assurance vie requiert qu'au moment de la conclusion du contrat, la loi applicable puisse être déterminée sans risque de modification ultérieure⁴⁷ /⁴⁸.

L'on ne pourrait soutenir à notre avis que les aspects de droit des personnes et de la famille, très présents dans le domaine de l'assurance vie, militent plutôt en faveur de la loi du pays où se situe la nouvelle résidence du preneur⁴⁹. Nous avons démontré en effet que le rattachement à la loi du lieu de l'engagement ne s'inspirait nullement de considérations propres au droit de la famille (voy. *supra* n°93 et ss.).

§4. TRANSPOSITION DANS LES ETATS MEMBRES

190. La transposition de la directive LPS vie dans les Etats membres confirme les tendances déjà observées en assurance non-vie⁵⁰.

⁴⁷ En ce sens, K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p. 153, n°1; voy. également le compte rendu des débats, *Ann. Dr. Lv.*, 1990, p.22, et la loi de transposition allemande, précitée note49, qui confirme explicitement cette solution (EGVVG, art.8).

⁴⁸ Voy. à cet égard N. WATTE, «Le nouveau droit international privé des contrats» la loi du 14 juillet 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p.302, n°4. La section 192, *comment d*, du *Restatement Second* recommande également de déterminer la loi applicable «At the time the policy "was applied for"». Plus pragmatique, le *Restatement* admet néanmoins l'application de la loi du nouveau domicile pour autant que le changement de loi applicable n'affecte pas substantiellement les obligations de la compagnie d'assurance et qu'il ne trompe pas les attentes légitimes des parties.

⁴⁹ K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p.157, n°6.

⁵⁰ La brièveté du délai séparant l'entrée en vigueur de la deuxième directive de l'entrée en vigueur de la troisième directive (le 1er juillet 1994) a incité certains Etats (Portugal, Allemagne...) à reporter, contre l'avis de la Commission européenne, la transposition de la directive LPS vie. L'Irlande était, quant à elle, confrontée à un problème de constitutionnalité lié aux modalités de transposition.

Si les lois anglaise⁵¹, irlandaise⁵², danoise⁵³ et néerlandaise⁵⁴ restent fidèles au libellé de la directive, on retrouve dans les lois française⁵⁵, portugaise⁵⁶, luxembourgeoise⁵⁷ et espagnole⁵⁸, la formulation teintée d'unilatéralisme déjà rencontrée en assurance non-vie. Selon l'article⁵⁹ 183-1 du Code français des assurances, par exemple, «Lorsque l'engagement est pris, au sens de l'article⁶⁰ 353-3, sur le territoire de la République française, la loi applicable au contrat est la loi française, à l'exclusion de toute autre⁶¹. L'application de cette règle par un juge français pose inévitablement le problème de la lacune, typique de la méthode utilisée, lorsque l'engagement est situé sur le territoire d'un autre Etat membre. Nous avons proposé de combler cette lacune par un recours à la théorie de l'effet utile des directives qui permet de retourner à la règle de conflit telle que formulée initialement par l'article⁶² 4, §1, aux fins d'interprétation, et ainsi de bilatéraliser la disposition du for (sur cette théorie, voy. *supra* n°⁶³ 19).

Le *législateur belge* persiste, lui aussi, dans une formulation unilatérale de la règle de conflit communautaire, tout en corrigeant la lacune qu'elle crée inévitablement par l'ajout d'un second paragraphe visant spécialement le cas où le risque est situé dans un autre Etat membre de la Communauté européenne⁶⁴. Dans ce cas, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé. Cette méthode, manifestement influencée par l'unilatéralisme des lois administratives, pose moins de problèmes qu'en assurance non-vie, car le rattachement impératif du contrat d'assurance vie ne repose que sur un seul critère territorial. De plus, ce rattachement impératif est formulé de façon si générale qu'il paraît absorber l'hypothèse même du rattachement à défaut de choix. On évite ainsi les contradictions observées en assurance non-vie (voy. *supra* n°⁶⁵ 14). Comme l'article⁶⁶ 4 de la directive LPS vie ne contient aucun rattachement subsidiaire dans l'hypothèse d'une absence de choix de la loi applicable, c'est donc la règle de rattachement impérative qu'il conviendra de consulter dans ce cas.

-
- 51 Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, précitées note⁶⁷ 30, Partie⁶⁸ III, Schedule 3A, §⁶⁹ 1.
- 52 European Communities (Life Insurance) Framework Regulations 1994, précitées titre II, note⁷⁰ 30, art.⁷¹ 2 (1) (a).
- 53 Réglementation n°⁷² 60 du 27 juin 1994, précitée titre⁷³ III, note⁷⁴ 38, §⁷⁵ 1 qui opère par référence directe aux règles de conflit de lois prévues par la directive LPS vie.
- 54 Loi du 23 décembre 1992 précitée note⁷⁶ 37, art.⁷⁷ 1.
- 55 Loi n°⁷⁸ 42-665 du 16 juillet 1992, portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit (*J.O.*, 17 juillet 1992), précitée titre II, note⁷⁹ 30, art.⁸⁰ 183-1.
- 56 Décret-loi n°⁸¹ 02/94 du 20 avril 1994, précité note⁸² 30, art. 180, §⁸³ 1.
- 57 Loi du 18 décembre 1993, précitée note⁸⁴ 32, art. 50, §⁸⁵ 1er.
- 58 Loi n°⁸⁶ 30/1995 du 8 novembre 1995 précitée note⁸⁷ 31, art. 108, §⁸⁸ 1er.
- 59 Arrêté royal du 8 janvier 1993 modifiant la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, précité titre II, note⁸⁹ 60. L'article⁹⁰ 3 insère un article⁹¹ 28 nonies dans la loi de contrôle du 9 juillet 1975.

Même si la formulation de la loi belge est peu synthétique, elle paraît *a priori* conforme à la directive. Le passage de la loi du lieu de l'engagement à la loi du lieu du risque est sans conséquence dès lors que la définition du lieu de l'engagement donnée par l'article 17, litt. a, de la directive LPS vie correspond à la définition résiduaire du lieu du risque selon l'article 17, litt. b, 4ème tiret, de la directive LPS non-vie. Une réserve doit être émise cependant : en se référant à l'absence de choix, la loi belge laisse croire qu'un choix serait possible lorsque le risque se situe dans un autre Etat membre que la Belgique, ce qui est formellement contredit par la directive, sauf en cas d'élargissement du choix par la loi de cet Etat.

La *loi italienne* a également adopté une formulation unilatérale : elle se réfère exclusivement aux engagements localisés sur le territoire de la République italienne⁶⁰. En permettant ensuite aux parties de convenir d'une autre loi sous réserve des limites résultant de l'application des règles impératives, la loi italienne prévoit cependant une dérogation au rattachement impératif que l'article 17, § 1, n'autorise pas. Un reproche identique peut être adressé à la *loi portugaise* qui, en son article 108, § 2 autorise aussi les parties à déroger au rattachement impératif. Ces erreurs de transposition doivent être attribuées selon nous à une mauvaise compréhension du mécanisme de l'élargissement du choix (voy. *infra* n°).

La *loi allemande* présente la particularité d'intégrer en un seul corps de règles bilatérales, les règles des directives LPS vie et non-vie (EGVVG, art. 8). Cet amalgame est rendu possible par le fait que la définition du lieu de l'engagement correspond à la définition résiduaire du lieu du risque en assurance non-vie. Ce faisant, le législateur a apparemment perdu de vue que la définition résiduaire du lieu du risque par référence à l'établissement de la personne morale auquel le contrat se rapporte pouvait ne pas correspondre à la notion d'administration centrale du preneur d'assurance personne morale, de sorte que la faculté de choix ouverte dans cette hypothèse en assurance non-vie (voy. *supra*, n° 208) pourrait l'être également en assurance vie, en contrariété avec la règle de conflit impérative prévue par la directive LPS vie.

De la même façon qu'en assurance non-vie, la *loi autrichienne*, en contradiction apparente avec la directive, soumet le contrat d'assurance à la loi choisie par les parties lorsque l'engagement est situé en Autriche ou dans un autre Etat membre qui permet ce choix. Cette solution très libérale est cependant corrigée par une règle de rattachement à caractère substantiel visant à protéger le preneur d'assurance. Selon une technique inspirée

⁶⁰ Decreto Legislativo 23 dicembre 1992, n 515, Attuazione della direttiva 90/619/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, précité titre II, note 60, art. 16, § 1 et § 2; remplacé par l'art. 108 § 1 et § 2 depuis l'adoption du décret législatif n° 174 du 17 mars 1995 également précité. Voy. à ce sujet M. FRIGESSI DI RATTALMA, «Freedom to provide cross-border insurance services», *Int. Ins. L.R.*, 1994, p. 61.

de l'article 5 de la Convention de Rome, ce choix ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives de l'Etat de résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur, lorsque le contrat est conclu à la suite d'un démarchage de l'assureur ou de son représentant⁶¹.

La *loi finlandaise* cumule en revanche curieusement le rattachement impératif avec un rattachement spécifique visant la protection des consommateurs. L'application des dispositions impératives de la loi finlandaise est en tout état de cause réservée lorsque le preneur d'assurance est un consommateur qui a sa résidence habituelle en Finlande et que le contrat a été conclu à la suite d'un démarchage commercial de l'assureur ou de son représentant⁶².

La compatibilité des transpositions italienne, autrichienne et finlandaise avec la directive ne peut être appréciée que moyennant l'interprétation de la possibilité d'élargissement du choix laissée par la directive elle-même (voy. à cet égard *infra* 1.1.2.).

La *loi espagnole* mérite enfin une attention particulière parce qu'elle contient une règle de conflit spécifique pour les assurances de groupe, non prévue par la directive LPS vie (art. 108, § 1er, *litt. a*). Cette règle, également formulée de façon unilatérale, prévoit que lorsque l'assurance de groupe est souscrite en complément d'un contrat de travail soumis à la loi espagnole, cette assurance sera également régie par la loi espagnole. L'attraction exercée par la loi applicable au contrat de travail constitue probablement une manifestation surprenante de la théorie des groupes de contrats en droit international privé. Outre qu'elle s'écarte quelque peu de la règle prévue par la directive, son opportunité peut être mise en doute dès lors que le contrat d'assurance et le contrat de travail ne sont pas à ce point dépendants l'un de l'autre pour justifier qu'ils soient soumis en toute hypothèse à la même loi. Elle aboutit en réalité à soumettre le contrat d'assurance à une autre règle de conflit que celle prévue par la directive – celle qui se déduit de l'article 6 de la Convention de Rome.

CHAPITRE II.

LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT :

L'AUTONOMIE DES VOLONTES

⁶¹ Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, n° 9/1993 précitée titre III, note 39, § 1 et § 2 (1).

⁶² Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, précitée titre III, note 34, § 1 et § 2.

191. La possibilité accordée aux parties de choisir la loi qui régira leur contrat d'assurance n'apparaît dans les directives communautaires, que comme une dérogation à une règle de conflit impérative imposant un rattachement de plein droit.

Les concessions faites au principe de l'autonomie des volontés en droit international privé se justifient soit parce que les facteurs de rattachement considérés comme pertinents sont dispersés dans plusieurs Etats, soit parce que les motifs de protection qui justifient la règle impérative ne se rencontrent pas dans certains types d'assurances, soit parce que l'ordre juridique désigné par la règle de conflit autorise un choix plus large que celui accordé par la règle primaire.

La dispersion des facteurs de rattachement autorise un *choix limité* entre les lois des Etats dans lesquels ces facteurs se concrétisent (section□). Le caractère inapproprié de la règle de conflit impérative peut autoriser un *choix complet* entre les lois de différents Etats (section□). Le désaccord de l'Etat dont la loi est déclarée intéressée autorise quant à lui un *choix élargi* (section□).

SECTION 1. CHOIX LIMITE DE LA LOI APPLICABLE

192. Alors que l'article□ de la directive LPS non-vie prévoit trois hypothèses dans lesquelles les parties au contrat peuvent bénéficier d'un choix limité entre plusieurs lois entretenant un lien objectif avec la situation (art.□, §□, *litt.□, c et d*), l'article□ de la directive LPS vie n'en prévoit qu'une seule (art.□, §□).

§ 1. LE CHOIX LIMITE EN ASSURANCE NON-VIE

A. Défaut de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur

«□orsque le preneur d'assurance n'a pas sa résidence habituelle ou son administration centrale dans l'Etat membre où le risque est situé, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir d'appliquer soit la loi de l'Etat membre où le risque est situé, soit la loi du pays où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale.□

(directive LPS non-vie, art.□, §□, *litt.□*)

1. Conditions d'application : la dispersion des facteurs de rattachement

193. L'article 1, § 1, litt. a fait directement écho à l'article 1, § 1, litt. a. L'hypothèse visée repose en effet sur la dispersion dans des Etats différents, des deux facteurs de rattachement dont la coïncidence dans un seul Etat entraîne l'application de plein droit de la loi de cet Etat. En cas de dispersion, les parties ont en principe le choix entre la loi de l'Etat où le risque est situé et la loi du lieu de résidence habituelle ou d'administration centrale du preneur (sur la définition des critères de rattachement, voy. *supra* n° 208 et 209).

194. On a déjà dit que la définition légale du lieu du risque contribuait à favoriser la coïncidence visée par le *littera a* et opérait par conséquent un effet restrictif sur le choix ouvert par le *littera b*. Les cas où les parties pourront se prévaloir d'un tel choix peuvent être rangés en quatre catégories typiques.

- Les biens ne se trouvent pas dans le même Etat que celui où se situe la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur, pour les assurances relatives soit à des immeubles, soit à des immeubles et à leur contenu. On songe, par exemple, à l'assurance des résidences secondaires ou des maisons de vacances localisées dans un autre Etat que celui de la résidence habituelle du preneur. Même si on a pu critiquer la pertinence de la *lex rei sitae* pour régir les droits et obligations nés du contrat d'assurance (voy. *supra* n° 72 et ss.), cette anomalie peut s'expliquer par une concession faite au principe de souveraineté. En tout état de cause, l'art. 1, § 1, litt. a n'ouvre aux parties qu'une option dont elles sont libres de ne pas se prévaloir.

- Le lieu où le véhicule est immatriculé ne correspond pas à celui où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale, pour les assurances relatives à des véhicules de toute nature. Il faut reconnaître que, posées en ces termes, les hypothèses de dispersion risquent d'être marginales, tout au moins, dans le secteur des risques de masse ; il ne sera guère fréquent qu'un véhicule soit immatriculé dans un Etat membre différent de celui de la résidence habituelle du preneur. Pour les assurances des véhicules maritimes ou aériens soumis à l'immatriculation, ce choix ne présente guère d'intérêt puisque les parties bénéficient du libre choix complet de la loi applicable (directive LPS non-vie, art. 1, § 1, litt. a modifié par l'art. 27 de la troisième directive non-vie). On peut donc affirmer que l'option laissée aux parties en ce qui concerne les véhicules est largement théorique.

- La souscription du contrat n'a pas eu lieu dans le même Etat que celui où se situe la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur, pour les contrats d'une

⁶³ En ce sens, J. RIPOLL, « Les conflits de lois... », *op. cit.*, note 15, p. 80 ; B. SMULDERS et P. GLAZENER, *op. cit.*, note 6, p. 781 ; M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 6, p. 51, n° 24.

⁶⁴ En ce sens, J. RIPOLL, *op. cit.*, note 15, p. 180 ; B. SMULDERS et P. GLAZENER, *op. cit.*, note 6, p. 81.

durée égale ou inférieure à quatre mois relatifs à des risques encourus au cours d'un voyage ou de vacances. Cette situation peut se présenter lorsque le preneur souscrit un contrat d'assurance voyage ou vacances dans un pays de transit ou dans le pays où il passe ses vacances. L'option qui est ouverte aux parties, moins théorique que la précédente encore que relativement marginale, permet à l'assureur de proposer un contrat soumis aux conditions de la loi du lieu de conclusion sans être contraint de l'adapter à la loi de résidence habituelle du preneur. Le preneur en tire aussi avantage puisqu'il évite ainsi d'être confronté à un refus de couverture.

- L'Etat où se situe l'administration centrale de la personne morale qui a souscrit le contrat n'est pas celui où se situe l'établissement auquel le contrat se rapporte (filiale, succursale, agence, siège d'exploitation...), pour tous les autres types d'assurances. L'ouverture d'une option dans une telle hypothèse ressort moins clairement des textes, mais elle résulte du rapprochement des définitions respectives des deux critères de rattachement, l'un se référant à l'objet du contrat d'assurance, l'autre au preneur. Dans ce cas, l'article 17, § 1, *litt. b* ouvre un choix entre la loi du pays où le preneur a son administration centrale et celle du pays de l'établissement concerné par le contrat⁶⁵. On peut croire cependant que de tels contrats pourront en général bénéficier du régime de libre choix complet maintenant étendu à l'ensemble des grands risques (troisième directive non-vie, art. 17). L'article 17, § 1, *litt. b* ne présente finalement d'intérêt que pour les risques industriels et commerciaux qui ne pourraient pas bénéficier du choix complet ouvert par l'art. 17, § 1, *litt. b* ni du choix limité prévu par l'article 17, § 1, *litt. a*.

En cas d'application du *littera a*, il est probable que si l'assureur couvrant le risque est établi dans un pays où se concrétise l'un des facteurs de rattachement, celui-ci proposera de soumettre le contrat à la loi en vigueur dans l'Etat où il est établi⁶⁶. Dans l'ensemble, il est donc permis de conclure que l'option ouverte par l'article 17, § 1, *litt. b*, a un intérêt pratique assez limité.

2. *Mise en œuvre du rattachement*

195. Loi d'un Etat membre. L'article 17, § 1, *litt. b* accorde aux parties le choix entre la loi de l'Etat où le risque est situé et celle de l'Etat où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale. Dans la logique de la définition du domaine spatial des règles de conflit communautaires, l'article 17, § 1, *litt. b* précise que la première ne peut être que celle d'un Etat membre. La même précision ne figure pas expressément à propos de la

⁶⁵ En ce sens B. SMULDERS et P. GLAZNER, *op. cit.*, note 6, p. 81; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 2; H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 6, p. 61, n° 4.

⁶⁶ Voy. J. BIGOT, *op. cit.*, note 15, n° 8.

seconde, de sorte qu'on peut se demander si cet article autorise le choix de la loi d'un Etat tiers au cas où la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur se localiserait dans cet Etat⁶⁷. Comme les règles de conflit sont insérées dans le titre consacré au droit d'établissement, il ne semble pas que ces critères territoriaux participent à la définition du domaine spatial des règles de conflit (sur le domaine spatial des règles de conflit, voy. *supra* n°194 et ss.). L'article⁶⁸, §⁶⁹, *litt.*⁷⁰ permettrait donc, dans ce cas, le choix de la loi d'un Etat tiers, non-membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen⁷¹.

196. *Conflit mobile.* En vertu des principes généraux évoqués ci-dessus (voy. *supra* n°), la loi choisie par les parties dans le contrat ne subira pas de modification ultérieure à l'occasion d'un changement de localisation du critère de rattachement. Un tel changement ne pourrait pas, par exemple, affecter l'admissibilité d'un choix effectué licitement lors de la conclusion, s'il avait pour effet de supprimer la dispersion des facteurs de rattachement. En revanche, la technique particulière utilisée par le législateur communautaire pourrait donner lieu à un conflit mobile d'un type particulier. On peut se demander en effet si une dispersion ultérieure des deux facteurs de rattachement (changement de résidence habituelle ou de localisation du risque au sens de l'article⁷², *litt.*⁷³, de la directive LPS non-vie) pourrait donner *a posteriori* aux parties contractantes une possibilité de choix inexistante au moment de la conclusion du contrat (sur l'admissibilité d'un choix postérieur, voy. *infra* n°202 et ss.).

3. *Transposition dans les Etats membres*

197. L'analyse des législations nationales transposant la directive LPS non-vie réserve peu de surprises. La *loi italienne* fait exception, puisqu'on n'y trouve aucune trace de l'hypothèse de dispersion des facteurs de rattachement sur laquelle est fondée l'article⁷⁴, §⁷⁵, *litt.*⁷⁶. Il est vrai que l'on n'y retrouve pas non plus la situation visée par l'article⁷⁷, §⁷⁸, *litt.*⁷⁹ (voy. nos observations *supra* n°113). Il semble que le législateur ait interprété fort largement la liberté d'action que lui laissait la directive, à un point tel que la loi italienne paraît incompatible avec celle-ci dans la plupart de ses éléments. La *loi autrichienne*, faisant usage de la possibilité d'élargissement du choix, ouvre d'entrée de jeu le libre choix complet de la loi applicable dans l'hypothèse visée par l'article⁸⁰, §⁸¹, *litt.*⁸² tant lorsque le risque est situé en Autriche ou dans un Etat membre qui permet le libre choix, que lorsque le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale en Autriche ou dans un Etat membre qui permet le libre choix. Lorsque l'Etat membre en question ne permet pas le libre choix complet, les parties ont à tout le moins le choix entre les deux lois

⁶⁷ En ce sens, J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p.193; F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis de droit international privé*, t.1, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 1993, n°332.

visées par l'article 1, § 1, *litt. a*. En dépit du libre choix, la loi autrichienne réserve en tout état de cause l'application des dispositions impératives de l'Etat de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur dans les cas où une protection du preneur d'assurance se justifie⁶⁸

On retrouve par ailleurs dans la transposition de l'article 1, § 1, *litt. a* l'influence de la technique unilatéraliste déjà rencontrée dans certaines législations nationales à propos de l'article 1, § 1, *litt. a*. Cette technique était toutefois plus difficilement utilisable dans ce contexte dès lors que la règle de conflit à transposer ne prenait plus pour base la coïncidence de deux critères territoriaux dans *un seul Etat membre*, mais la dispersion de ces deux critères dans des Etats différents. Dans un tel cas, la technique unilatéraliste est nécessairement défailante, car il n'est plus possible de limiter la solution du conflit de lois au moyen d'une référence exclusive à l'Etat du for.

L'examen des législations nationales teintées d'unilatéralisme le démontre aisément. Pour transposer l'article 1, § 1, *litt. a*, ces législations continuent à prendre pour hypothèse de la règle de conflit la localisation du risque sur le territoire du for, mais le critère de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur peut quant à lui se concrétiser dans un pays étranger⁶⁹. Confrontée à une situation de dispersion de deux facteurs de rattachement, la *loi française* va même plus loin puisqu'elle distingue deux catégories de situations : celles où c'est le risque qui est situé en France et celle où c'est la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur qui se trouve sur le territoire français⁷⁰. Une lacune subsiste néanmoins dans les cas où ni le risque ni la résidence habituelle du preneur ne se trouvent en France⁷¹.

Dans sa formulation initiale, la *règle de conflit belge* comportait, elle aussi, une lacune dans l'hypothèse où le risque est situé dans un autre Etat membre que la Belgique. Le législateur a tenté maladroitement de combler cette lacune par un arrêté royal du 8 janvier 1993, postérieur à celui qui a transposé la directive LPS non-vie, une disposition nouvelle a été ajoutée selon laquelle, « lorsque le contrat est relatif à des risques situés dans un Etat membre des Communautés européennes, autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le

⁶⁸ Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, précitée titre II, note 39, § 1 (1) et (2), § 2 (1) et § 3 (1).

⁶⁹ Décret-loi portugais 352/91 du 21 septembre 1991, précité titre II, note 60, art. 42, § 1 devenu art. 81, § 1, depuis l'adoption du décret n° 02/94 du 20 avril 1994. Arrêté royal belge du 22 février 1991 précité titre II, note 61, art. 81er, § 1. Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, précitée titre II, note 56, art. 107, § 1, *litt. a*, devenu art. 107, § 1, *litt. a* dans la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995. Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991 précitée titre II, note 57, art. 45, § 1.

⁷⁰ Loi française n° 89-1014 du 31 décembre 1989, art. 181-1, 2°, précitée titre II, note 50.

⁷¹ B. AUDIT, *op. cit.*, note 32, p. 37; en ce sens, voy. P. LAGARDE, Intervention au Comité français de droit international privé suivant l'exposé de J. RIPOLL, *op. cit.*, note 15, pp. 89-190.

risque est situé⁷². On a déjà eu l'occasion d'examiner cette disposition applicable également dans le cadre du rattachement impératif (voy. *supra* n°). Elle suscite ici les mêmes critiques. En prenant pour présupposé l'absence de choix de la loi applicable et en rattachant le contrat à la loi du lieu où le risque est situé, la règle belge rompt avec le contenu de la règle prévue par la *littera b*. Elle laisse croire, en outre, qu'un choix non limité de la loi applicable serait permis lorsque le risque est localisé dans un autre Etat membre que la Belgique alors que cette question dépend du législateur étranger dans le cadre de la technique d'élargissement du choix (voy. *infra*, n°⁷³). Dans le même temps, la règle en question entre en contradiction avec celle, spécifiquement destinée à opérer le rattachement du contrat en l'absence de choix⁷⁴.

198. L'analyse des lois de transposition formulées de façon unilatérale confirme les conclusions auxquelles nous étions arrivés à propos de l'article⁷⁵, §⁷⁶, *litt.*⁷⁷. On ne peut en aucun cas voir dans cette technique une adhésion même implicite à la doctrine unilatéraliste. La structure même de la règle de conflit communautaire y fait obstacle. La règle de conflit nationale, même lorsqu'elle prend pour point de départ la localisation du risque sur le territoire du for, ne peut être comprise comme une règle de conflit unilatérale, car elle ne se refuse pas à désigner une loi étrangère et ne vise donc pas à délimiter exclusivement la compétence législative de l'Etat du for. Il faut plutôt y voir l'influence des techniques propres au droit administratif. La référence à la localisation du risque sur le territoire national fait écho au critère territorial destiné autrefois à la délimitation unilatérale du champ d'application des lois de contrôle.

Quoi qu'il en soit, les lacunes que cette transposition défectueuse ne manque pas de créer dans plusieurs Etats membres, notamment lorsque le risque ne se localise pas sur le territoire du for, doivent être comblées, à notre avis, par le recours à la théorie de l'effet utile des directives. Cette théorie, qui requiert que les normes nationales soient interprétées conformément à la directive dont elles sont issues, devrait permettre au juge saisi d'une situation à laquelle sa règle de conflit n'apporte aucune solution, de se référer à l'article⁷⁸, §⁷⁹, *litt.*⁸⁰ de la directive LPS non-vie, de façon à multilatéraliser la règle nationale incorrectement transposée (sur la théorie de l'effet utile, voy. *supra* n°⁸¹17).

B. Dispersion des risques assurés sur le territoire de plusieurs Etats membres

⁷² Arrêté royal du 8 janvier 1993, art.⁸², insérant un article 28⁸³tr, §⁸⁴ nouveau, dans la loi de contrôle du 9 juillet 1975, précité titre⁸⁵, note⁸⁶0.

⁷³ Arrêté royal du 22 février 1991 précité titre⁸⁷, note⁸⁸0, art.⁸⁹8tr, §⁹⁰.

«Lorsque le preneur d'assurance exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situés dans différents Etats membres, la liberté de choix de la loi applicable au contrat s'étend aux lois de ces Etats membres et du pays où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale»

(LPS non-vie, art. 1, § 1, litt. a)

1. Conditions d'application : la dispersion des risques

199. *Dispersion des risques.* L'hypothèse visée par l'article 1, § 1, litt. a est celle d'une dissémination des risques dans plusieurs Etats membres. L'expression est cependant trompeuse, car la notion de risque doit s'entendre ici au sens de l'article 1, litt. a, de la directive LPS non-vie et non au sens qu'elle reçoit généralement dans le droit matériel des Etats membres. Lorsque nous avons examiné la définition communautaire de la localisation du risque (voy. *supra* n° 70 et ss.), on a pu constater que cette définition s'attachait moins à la nature des risques couverts par le contrat qu'à l'objet du contrat lui-même ou au patrimoine qu'il tend à sauvegarder. Au sens de l'article 1, § 1, litt. a, les risques couverts (au sens du droit matériel) ne doivent donc pas forcément être de même nature ni faire partie d'une même branche⁷⁴.

Ainsi, le choix ouvert par cet article bénéficie aux parties lorsque le contrat couvre par exemple plusieurs immeubles, si l'assurance est relative à des immeubles (chaîne d'hôtels situés dans plusieurs Etats membres), une flotte de véhicules immatriculés dans plusieurs Etats membres, si l'assurance est relative à des véhicules⁷⁵ (flotte de camions immatriculés dans plusieurs Etats membres appartenant à une société multinationale de transport), ou plusieurs établissements d'une société multinationale si l'assurance est souscrite par une personne morale (établissements industriels situés dans plusieurs Etats membres différents de celui où se situe l'administration centrale de la société). En revanche, à moins de considérer qu'une assurance R.C. construction est une assurance relative à un immeuble (voy. *supra* n° 71 le contrat couvrant la responsabilité civile d'un entrepreneur à l'occasion de l'ouverture de plusieurs chantiers dans la Communauté ou l'Espace économique européen ne bénéficierait pas de ce choix, car le risque est censé se localiser dans ce cas, uniquement au lieu de la résidence habituelle de l'entrepreneur (art. 1, litt. a). Cette coïncidence soumet un tel contrat à l'article 1, § 1, litt. a et rend applicable de plein droit la loi de la résidence habituelle, sauf élargissement du choix accordé par cette loi.

⁷⁴ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 25, p. 169; du même auteur, «Osservazioni sui profili internazionali privatistici della seconda direttiva comunitaria sull'assicurazione contro i danni», *Rev. dir. int. priv. e proc.*, 1989, p. 575.

⁷⁵ Rappelons que la directive LPS auto du 8 novembre 1990, entrée en vigueur le 20 novembre 1992 précitée titre II, note 137, autorise la souscription des assurances R.C. automobile et dégâts matériels en libre prestation de services, selon les modalités prévues respectivement pour les grands risques et les risques de masse (art. 1).

Lorsqu'il existe une réelle dissémination des risques au sens de l'article 1, *litt. a*, les parties peuvent choisir de soumettre le contrat à une seule loi, la loi du lieu où se situe l'administration centrale du preneur ou la loi du lieu où se localise l'un des risques couverts par le contrat, mais ils peuvent tout aussi bien conclure des contrats distincts en fonction de la localisation de chaque risque⁷⁶. C'est d'ailleurs cette dernière solution qui tendra à s'appliquer si les parties n'ont opéré aucun choix. En effet, l'article 1, § 1, *litt. a*, présume dans ce cas que le contrat présente les liens les plus étroits avec l'Etat membre où le risque est situé (voy. *infra* n° 311). Les parties qui voudraient éviter le morcellement du contrat seront donc bien inspirées de faire un choix exprès de la loi applicable.

200. *L'activité professionnelle du preneur.* L'option ouverte par l'article 1, § 1, *litt. a* ne peut être exercée par les parties que lorsque le preneur d'assurance exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale⁷⁷. La version française de la directive pourrait laisser croire à une exclusion de l'activité artisanale, mais on ne comprendrait guère les motifs d'une telle exclusion⁷⁸. Cette activité peut être englobée dans une conception large de l'activité industrielle ou commerciale. Le législateur français a d'ailleurs maintenu la formule de la directive⁷⁹. Comme la version allemande du texte communautaire paraissait exclure l'activité de production ou d'extraction⁸⁰, le *législateur allemand* a préféré la modifier quelque peu pour y englober les activités d'extraction et d'exploitation des minerais⁸¹. Cette extension prévue par la loi allemande n'a curieusement pas entraîné une extension corrélative aux activités agricoles et forestières. On peut s'interroger sur les raisons de cette restriction⁸². La *loi anglaise* se contente, quant à elle, de la notion large d'activité professionnelle⁸³.

L'article 1, § 1, *litt. a*, requiert également que le contrat couvre deux ou plusieurs risques *relatifs à ces activités*. Il doit donc exister un lien entre l'activité professionnelle exercée et les garanties souscrites. Cette condition est évidemment d'une appréciation délicate pour les contrats mixtes couvrant à la fois des activités professionnelles et privées. L'article 1, § 1, *litt. a* se justifiant vraisemblablement par l'idée que le besoin de protection

⁷⁶ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p. 70.

⁷⁷ Dans la conception allemande, la notion d'activité libérale s'entend largement comme englobant aussi les professions d'architecte et d'ingénieur. V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 36. De façon générale, elle devrait pouvoir s'étendre dans tous les Etats membres à l'ensemble des professions indépendantes.

⁷⁸ Voy. 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. 69, n° 37; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 37; U. HUBNER, «Zum Stand der Rechtsvereinheitlichung...», *op. cit.*, note 24, p. 16.

⁷⁹ Loi n° 99-1014 du 31 décembre 1989 précitée titre II, note 50, art. 181-1, 3°.

⁸⁰ J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 93.

⁸¹ EGVVG, art. 9 : «Umfasst der Versicherungsnehmer eine gewerbliche, bergbauliche oder freiberufliche Tätigkeit...».

⁸² Voy. V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 37.

⁸³ Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, précité titre II, note 60, Schedule 3A, 1, (3).

est moindre lorsque le souscripteur est un professionnel, un lien significatif, même non exclusif entre l'assurance et l'activité professionnelle couverte par le contrat devrait être suffisant⁸⁴.

2. *Domaine d'application et mise en œuvre du rattachement*

201. *Utilité du choix.* Il est clair que le choix limité ouvert par l'article 4, § 1, *litt. a* ne présente d'intérêt pour les parties que lorsque les risques couverts par le contrat d'assurance ne sont pas de ceux qui bénéficient d'une liberté de choix complète aux termes de l'article 4, § 1, *litt. b* (voy. *infra*, n°). L'option ouverte par l'article 4, § 1, *litt. a* est d'une utilité plus réduite depuis que l'article 7 de la troisième directive non-vie a étendu le domaine d'application de la liberté complète de choix prévue initialement uniquement au profit des risques de transport, à l'ensemble des grands risques. Dans le contexte de la troisième directive non-vie, elle ne conserve donc d'intérêt que pour les contrats couvrant des risques professionnels qui ne rentrent pas dans la catégorie des grands risques visés par l'article 5, *litt. d*. On rappellera que les seuils quantitatifs visés par cet article ont été réduits de moitié depuis le 1er janvier 1993.

202. Plusieurs auteurs se sont demandés si l'article 4, § 1, *litt. a* ne faisait pas double emploi avec le *litt. b* en permettant de justifier des solutions comparables sur le plan du choix de la loi applicable (loi du lieu du risque ou de la résidence habituelle du preneur)⁸⁵. Il semble que l'objection ne soit pas fondée car l'article 4, § 1, *litt. b* d'après son libellé, n'est applicable qu'aux contrats d'assurance couvrant un seul risque au sens de l'article 4, *litt. a*, localisé dans un Etat différent de celui de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur⁸⁶.

Il ne faut pas perdre de vue cependant que l'article 4, § 1, *litt. a* n'est applicable qu'à des contrats couvrant des risques relatifs à une activité industrielle, commerciale ou libérale. Si cette condition n'est pas remplie, les parties ne disposent que de l'option ouverte par l'article 4, § 1, *litt. b* entre la loi du risque et celle de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur⁸⁷. Il n'est certes pas impossible de rédiger une police soumise à une loi unique sur cette base, mais cette possibilité ne peut être exploitée dans ce contexte, qu'en soumettant le contrat à la loi du lieu où se situe la résidence habituelle ou

⁸⁴ En ce sens, V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 38.

⁸⁵ Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 304; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 93.

⁸⁶ *Contra* U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, qui penche pour une interprétation analogique de l'art. 4, § 1, *litt. a*, lorsque le contrat se rapporte à des activités privées. Dans le même sens, S. IMBUSCH, *op. cit.*, note 3, p. 63.

l'administration centrale du preneur, alors que dans le cadre de l'article 4, § 1, litt. a, la loi du pays où se localise l'un des risques peut aussi être choisie.

Tenant compte de ces objections, la proposition de troisième directive en assurance non-vie avait entrepris de synthétiser les *littera* b et c en une seule hypothèse (proposition de troisième directive non-vie, art. 4)⁸⁷. L'article 4, § 1, litt. b dans sa version modifiée accordait une liberté de choix limitée de la loi applicable, « lorsque le contrat couvre soit un risque situé dans un Etat membre autre que celui où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale soit deux ou plusieurs risques situés dans différents Etats membres ». La liberté de choix de la loi applicable s'étendait dès lors aux lois de cet ou de ces Etats membres et à celle du pays où le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale. La condition tenant à l'activité commerciale, industrielle ou libérale du preneur était, quant à elle, supprimée.

La version définitive du texte maintient les *litt.* b et c dans leur forme initiale. Sans doute, a-t-on considéré, malgré l'opposition de certains Etats qui désiraient une plus grande liberté dans cette hypothèse, que le progrès réalisé par l'extension de la liberté complète de choix à l'ensemble des grands risques était suffisant⁸⁸.

203. *Loi d'un Etat membre ou d'un Etat tiers.* Alors que la loi où se situe l'un des risques ne peut être que celle d'un Etat membre, ce qui s'inscrit dans la logique du domaine spatial des règles de conflit communautaires (voy. *supra* n° 106 et ss.), la même exigence n'est pas formulée à propos de l'administration centrale ou de la résidence du preneur. La même ambiguïté a déjà été relevée à propos de l'article 4, § 1, litt. b. Si, comme nous le pensons, la résidence habituelle du preneur ne fait pas partie des critères servant à délimiter le champ d'application spatial des règles de conflit communautaires, celle-ci pourrait être localisée dans un Etat tiers et l'article 4, § 1, litt. a autoriserait le choix de la loi de cet Etat pour régir le contrat.

3. La police unique européenne et les programmes internationaux d'assurance

204. *Loi unique et police unique.* L'article 4, § 1, litt. a, trouve sans aucun doute sa justification dans la volonté de favoriser la conclusion de polices européennes couvrant par un seul contrat, soit plusieurs établissements d'une entreprise dispersés dans différents Etats membres, soit une flotte de véhicules immatriculés dans différents Etats membres,

⁸⁷ Proposition présentée par la Commission au Conseil le 27 juillet 1990, *JOCE*, n° 1144 du 28 septembre 1990, p. 28.

⁸⁸ La limitation du choix résulte de la position prise par plusieurs Etats continentaux (Allemagne, France, Italie, etc.) qui se sont opposés à la liberté de choix complète réclamée par plusieurs Etats traditionnellement plus libéraux (Royaume-Uni, Irlande, etc.).

soit plusieurs immeubles situés dans différents Etats membres. La liberté de prestation de services facilite la souscription de tels contrats puisque les compagnies d'assurance ne doivent plus nécessairement disposer d'un établissement dans le pays du risque.

La plupart des contraintes administratives qui freinaient le développement des programmes internationaux d'assurance dans le cadre de la directive LPS non-vie ont été levées par la troisième directive non-vie. Tout en consacrant le principe de contrôle du pays d'origine même pour les risques de masse, celle-ci supprime l'interdiction du cumul des activités exercées en établissement et par voie de prestation de services sur un même territoire. Cette interdiction contestable empêchait une entreprise d'assurance d'exercer des activités en prestation de services dans un Etat membre où elle disposait déjà d'un établissement⁸⁹. Dans le domaine de l'assurance R.C. automobile, quelques contraintes réglementaires imposées dans l'intérêt des victimes par la directive LPS auto subsistent, comme celle qui impose à l'assureur d'adhérer et de participer financièrement au Fonds de garantie et au Bureau national du pays d'immatriculation, de même que celle qui oblige l'assureur à désigner un représentant chargé de gérer les sinistres dans ce même pays (directive LPS auto du 8 novembre 1990, art. 6).

Dans le contexte plus étroit du droit international privé, la relative incertitude qui entoure le concept de règle internationalement impérative et l'extension qui lui sera donnée dans chaque Etat membre restent un frein important au développement des polices européennes (sur cette question, voy. *infra* n°41). Même si le contrat d'assurance couvrant plusieurs risques situés dans plus d'un Etat membre peut être soumis par le choix des parties à une loi unique, ce choix ne pourra empêcher l'intervention des lois de police qui entendent s'appliquer à la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat. Leur application est réservée par l'article4, §2 de la directive LPS non-vie, dont le troisième alinéa prévoit précisément que lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un Etat membre, le contrat est considéré, pour l'application des lois de police, comme représentant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporterait qu'à un seul Etat membre. Nonobstant le choix de la loi applicable, les lois de police de chacun des Etats membres devront donc être respectées car elles s'appliquent distributivement (voy. *infra* n°42 et ss.).

⁸⁹ L'interdiction du cumul, basée sur une interprétation critiquable des arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986, avait ceci de paradoxal qu'elle avait pour effet de désavantager les grandes compagnies d'assurance européennes largement implantées dans la Communauté. A défaut de pouvoir exercer des activités en prestation de services dans les Etats où elles avaient un établissement, ces compagnies étaient dans l'impossibilité d'offrir à leur clientèle industrielle des polices uniques dont la souscription permettait de réduire le coût de l'assurance. Par contre, les compagnies étrangères non européennes étaient, elles, en mesure de le faire par l'intermédiaire d'une seule filiale établie dans un des douze Etats membres. (Voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 25, pp.104-105). Cette interdiction avait, en son temps, été transposée dans la législation de tous les Etats membres, sauf le Royaume-Uni et les Pays-Bas.

205. *Programmes internationaux d'assurance.* Il n'y a pas lieu d'exagérer toutefois l'importance de ces contraintes pour la pratique contractuelle internationale. Les opérateurs économiques internationaux ont toujours su s'accommoder de la pluralité des ordres juridiques nationaux. Dans le secteur de l'assurance, une politique internationale menée par une entreprise peut schématiquement donner lieu à deux types de programmes internationaux.

Le programme *umbrella* correspond à une politique décentralisée de placement des assurances□une large initiative est laissée aux entités locales de l'entreprise. Chacune d'entre elles souscrit ses assurances selon les conditions locales. La police "*umbrella*" souscrite par la société chef de file intervient en excédent des polices de premier rang conclues par les entités locales. C'est pourquoi ces polices de premier rang doivent absolument garantir une somme assurée minimale imposée par la police "*umbrella*". Celle-ci peut également couvrir des risques exclus ou non couverts par les polices du premier rang. Elle peut, elle-même, être complétée par plusieurs excédents successifs.

A la différence du programme *umbrella*, le programme *master* correspond à une politique de centralisation des décisions de l'entreprise en matière d'assurance tendant à globaliser le placement des risques du groupe. Le programme *master* permet de couvrir en une seule police émise par une compagnie pilote l'ensemble des entités (filiales, succursales, agences□.) qui composent l'entreprise assurée. Elle octroie dans une branche déterminée une couverture uniforme des risques selon les mêmes conditions, les mêmes exclusions, les mêmes montants assurés et les mêmes taux de primes. Des adaptations négociées au cas par cas avec l'accord de la maison mère peuvent être apportées en fonction des exigences locales. Ces adaptations sont intégrées dans des polices *fronting* généralement souscrites par les compagnies d'assurance qui participent au programme global, par l'intermédiaire de leurs établissements locaux□. La police "*fronting*" est normalement réassurée en totalité par ces mêmes compagnies.

La police *fronting* permet notamment de satisfaire aux exigences de la réglementation de contrôle locale au cas où celle-ci imposerait que les risques localisés sur le territoire soient couverts par une entreprise qui y est établie. Elle garantit aussi le respect des exigences fiscales locales, tout en permettant aux entreprises assurées de satisfaire aux conditions de déductibilité des primes ou d'exonérations fiscales. Sur le plan du droit du contrat, elle a pour fonction essentielle de satisfaire aux conditions impératives ou aux

⁹⁰ La création d'une captive dans la Communauté européenne permet d'économiser les commissions versées et les frais consentis par l'assureur qui opère en *Fronting*.

garanties obligatoires de la loi locale⁹¹. Ce programme centralisé facilite le contrôle et la gestion des risques, accélère le règlement des sinistres et met en valeur la capacité financière des grandes entreprises d'assurance. D'un point de vue financier, il permet de réaliser une substantielle économie de primes grâce à une meilleure mutualisation des risques, de réduire les provisions pour sinistres à régler ainsi que les frais de gestion⁹².

206. En permettant de soumettre le contrat à une loi unique, une règle comme celle de l'article⁹³, §⁹⁴, *litt.*⁹⁵ favorise la conclusion de polices européennes en retirant leur raison d'être aux polices *fronting* conclues sur la base des conditions locales, sous la réserve importante toutefois du respect dû aux règles internationalement impératives (lois de police). L'extension du libre choix de la loi applicable à l'ensemble des grands risques par la troisième directive non-vie réduit quelque peu l'intérêt de l'article⁹⁶, §⁹⁷, *litt. c*, mais celui-ci subsiste néanmoins pour la couverture des risques relatifs à une activité commerciale, industrielle ou libérale qui ne répondraient pas aux seuils quantitatifs prévus par l'article⁹⁸, *litt.*⁹⁹, sous *iii* (ces seuils sont réduits de moitié depuis le 1er janvier 1993).

Quelle que soit la liberté de choix ouverte aux parties, l'obstacle constitué par l'intervention éventuelle des lois de police demeure donc, même si l'entrave qu'elles apportent à l'exercice des libertés économiques est soumis à un contrôle de conformité avec le droit communautaire qui pourrait contribuer à en diminuer l'impact (voy. *infra* n°¹⁰⁰59 et ss.). Les impératifs fiscaux et commerciaux liés à la déductibilité des primes et à la proximité du service subsistent, eux aussi, et peuvent sans doute encore justifier une politique de *fronting*.

4. Transposition dans les Etats membres

207. L'article¹⁰¹, §¹⁰², *litt.*¹⁰³ a été transposé assez fidèlement dans toutes les législations nationales des Etats membres, sauf dans la loi italienne où on n'en trouve aucune trace¹⁰⁴.

Dans une logique d'élargissement du choix (voy. *infra*...), la loi autrichienne soumet le contrat à la loi choisie par les parties dans l'hypothèse visée par l'article¹⁰⁵, (106,

⁹¹ En assurance incendie, la police *master* comprend la garantie de base, les garanties spéciales couvrant des risques spécifiques qui ne sont pas fréquemment couverts localement (émeute, malveillance, grève, lock out, fumée, boom supersonique, déclenchement intempestif des sprinklers¹⁰⁷...) et les risques catastrophiques (tremblement de terre, inondation¹⁰⁸...). Elle peut aussi contenir une clause d'adaptation des sommes assurées en cas de sous-assurance constatée dans une police locale et prévoir une extension automatique aux entités nouvellement créées ou acquises par le groupe.

⁹² Sur tout ceci, voy. en particulier, P. FONTEYNE, «Programmes internationaux d'assurance¹⁰⁹, *Ass. Fr.*, 1991, pp.139-244 et 287-292; G. DEFANCE, «Peu vert pour les flottes auto¹¹⁰, *L'Argus*, 19 août 1994, p.13; Global Programmes - Difficulties and Opportunities, *International Insurance Report*, décembre 1993, pp.1-12.

⁹³ Décret législatif du 15 janvier 1992 précité titre II, note 60, art. 27, devenu l'article¹¹¹22 du décret législatif n°¹¹²75 du 17 mars 1995 également précité.

litt. c lorsque l'un des risques est situé en Autriche ou dans un autre Etat qui permet le libre choix de la loi applicable. Si ce n'est pas le cas les parties peuvent à tout le moins choisir la loi de l'Etat dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale ou celle de l'Etat dans lequel le risque est situé. Dans les hypothèses où une protection du preneur d'assurance est jugée nécessaire, la loi réserve cependant l'application des dispositions impératives de l'Etat de résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur d'assurance⁹⁴.

Les Etats membres qui ont opté pour une formulation apparemment unilatérale des règles de conflit poursuivent dans cette logique et continuent à prendre pour présupposé de la règle de conflit la localisation d'un ou de plusieurs risques sur le territoire du for⁹⁵. L'hypothèse même d'une dispersion des risques sur le territoire de plusieurs Etats membres interdit cependant de parler d'une règle de conflit unilatérale, puisque la règle de conflit du for ne se refuse pas à désigner une loi étrangère. Par la force des choses, cette transposition comporte une lacune, lorsqu'aucun des risques couverts n'est localisé sur le territoire du for. Dans ce cas, qui promet d'être rare en raison des règles de compétence judiciaire internationale, l'effet utile de la directive impose de retourner à la règle originale formulée de façon multilatérale par l'article⁹⁶, §⁹⁷, *litt.*⁹⁸ (sur la théorie de l'effet utile, voy. *supra* n°⁹⁹17).

C. Contrats limités à des sinistres pouvant survenir dans un Etat membre autre que celui du risque

«Nonobstant les points a), b) et c), lorsque les risques couverts par le contrat sont limités à des sinistres qui peuvent survenir dans un Etat membre autre que l'Etat membre où le risque est situé, tel que défini à l'article¹⁰⁰ point d), les parties peuvent toujours choisir le droit du premier Etat¹⁰¹

(LPS non-vie, art.¹⁰², §¹⁰³, *litt.*¹⁰⁴)

1. Conditions d'application du rattachement

208. *Principe et justification.* L'article¹⁰⁵, §¹⁰⁶, *litt.*¹⁰⁷ ouvre en tout cas aux parties un choix supplémentaire en faveur de la loi du lieu du sinistre, lorsque les risques couverts par le contrat sont limités à des sinistres qui peuvent survenir dans un autre Etat membre de la Communauté. Si ses conditions sont remplies, un tel choix peut être effectué dans

⁹⁴ *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, précitée titre¹⁰⁸II, note¹⁰⁹9, §¹¹⁰ (2), *litt.*¹¹¹; §¹¹² (1) et §¹¹³ (1).

⁹⁵ Décret-loi portugais n°¹¹⁴52/91, du 20 septembre 1991, précité titre II, note 60, art.¹¹⁵43, devenu art.¹¹⁶82, §¹¹⁷ depuis l'adoption du décret n°¹¹⁸02/94 du 20 avril 1994. Loi française n°¹¹⁹89-1014 du 31 décembre 1989 précitée titre II, note 55, art.¹²⁰81-1, 3°. Arrêté royal belge du 22 février 1991 précité titre II, note 60, art.¹²¹8ter, §¹²². Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, précitée titre II, note 52, art.¹²³5, §¹²⁴. Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990, précitée titre II, note 56, art.¹²⁵07, §¹²⁶, *litt.*¹²⁷, devenu art.¹²⁸07, §¹²⁹, *litt. b*, dans la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995, également précitée.

toutes les hypothèses visées par l'article 1, § 1, *litt. a*, *b* ou *c*, y compris donc, en cas de coïncidence entre le pays du risque et le pays de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur.

L'intervention d'un tel facteur de rattachement est curieuse au regard du droit international privé, car ni la jurisprudence, ni la doctrine n'avaient jusque là donné une signification particulière au lieu du sinistre pour opérer le rattachement du contrat d'assurance. En raison de son caractère occasionnel, l'opportunité de ce rattachement était généralement mise en doute. L'élargissement progressif de l'étendue territoriale des couvertures ne pouvait que contribuer à ce scepticisme⁹⁶.

On peut difficilement prétendre que le lieu du sinistre correspond au lieu de l'exécution du contrat d'assurance, car la prestation de l'assureur, à la supposer caractéristique, consiste la plupart du temps dans une prestation monétaire qui ne se localise pas nécessairement au lieu du sinistre.

Elle ne peut pas non plus se justifier par une tentative d'alignement de la loi applicable au contrat d'assurance sur celle applicable à la responsabilité civile⁹⁷. Comme la plupart des assurances responsabilité civile couvrent des faits dommageables susceptibles de survenir dans plusieurs pays différents, la loi applicable au contrat d'assurance ne pourrait être fixée qu'après la survenance du sinistre, ce qui porterait gravement atteinte à la sécurité juridique des parties. Pour les mêmes raisons, la règle ne paraît pas reposer sur une présomption générale de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu du sinistre, qui aurait incité le législateur communautaire à ouvrir un choix lorsque cette présomption ne se vérifie pas⁹⁸.

209. L'article 1, § 1, *litt. a*, échappe à toute tentative d'explication générale car l'hypothèse qu'il vise est très strictement définie et, à vrai dire, marginale. Même si sa formulation est ambiguë et malheureuse, elle fait néanmoins apparaître qu'un choix n'est ouvert aux parties que si la garantie d'assurance («risques couverts par le contrat») est territorialement limitée à des sinistres pouvant survenir dans un seul Etat membre différent de celui où se localise le risque⁹⁹. C'est donc uniquement par rapport à l'étendue territoriale de la garantie telle qu'elle est prévue dans le contrat que le choix ouvert par l'article 1, § 1, *litt. a* doit se déterminer. On échappe ainsi à la critique résultant du caractère

⁹⁶ W.H. ROTH, *op. cit.*, note 8, pp. 388-389; F. MONETTE, A. DE VILLE, R. ANDRE, *Traité des assurances terrestres*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 116, n° 87.

⁹⁷ Voy. J. RIPOLL, «Les conflits de lois...», *op. cit.*, note 15, p. 79.

⁹⁸ Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, pp. 298-299.

⁹⁹ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p. 70.

purement occasionnel du lieu du sinistre. Il ne peut pas non plus être question d'un dépeçage selon la localisation possible de chaque sinistre, ni d'un choix entre la loi de chaque pays où le sinistre est susceptible de se réaliser, puisque le choix n'est précisément pas ouvert lorsque la couverture s'étend au territoire de plusieurs Etats membres¹⁰⁰. D'une part, les parties ignorent le plus souvent au moment de la conclusion du contrat dans quel Etat le sinistre se réalisera, d'autre part, si la couverture est territorialement illimitée, il est peu probable que le législateur ait voulu accorder le choix entre tous les pays où le sinistre pourrait se réaliser.

Ainsi entendue, il est vrai que la règle présente un intérêt pratique très limité. On cite fréquemment l'hypothèse d'une usine établie en France, implantée sur le Rhin à la frontière franco-allemande, dont les rejets créeraient un risque de pollution pour le voisin allemand. A condition que la garantie ne couvre que le sinistre survenu en Allemagne (et non pas celui qui se produirait consécutivement aux Pays-Bas), le contrat d'assurance responsabilité civile qui couvrirait ce risque pourrait être régi par la loi allemande si les parties le souhaitent, alors même que l'article 17, § 1, *litt. b* rendrait applicable de plein droit la loi française¹⁰¹. Rien n'empêche d'ailleurs que la garantie pollution soit seule soumise à la loi du lieu du sinistre au sein d'une couverture globale de la responsabilité civile de l'entreprise (sur le dépeçage, voy. *infra* n° 395 et ss.).

On peut songer dans le même registre à une garantie couvrant la responsabilité d'une entreprise belge dont une canalisation menacerait une nappe aquifère située en Allemagne ou une garantie R.C. produits spécifique qui ne couvrirait que des sinistres survenus au Royaume-Uni.

210. Même comprise en ce sens, on perçoit difficilement la justification de l'ouverture d'un choix dans une telle hypothèse. On ne peut cependant manquer d'observer que les exemples cités correspondent tous à des cas de plurilocalisation du fait dommageable reposant sur une dissociation du fait générateur de la responsabilité et de la survenance du dommage. Or, dans ce cas, la solution retenue par la jurisprudence de certains Etats membres pour opérer le rattachement des règles relatives à la responsabilité civile est d'ouvrir à la victime un choix entre les deux lois. Une solution similaire a été adoptée par la Cour de Justice dans le cadre de l'interprétation de l'article 17, 3° de la Convention de Bruxelles qui prévoit, dans le domaine de la compétence internationale, que le défendeur

¹⁰⁰ En ce sens, A.F. LOGEZ, *L'Europe de la liberté d'établissement et de prestation de services*, Paris, L'Argus, 1991, p. 12; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 41; *contra*, M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance... », *op. cit.*, note 6, p. 251, n° 4; P. BIAGOSCH, « Europäische Dienstleistungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht », *VfW Karlsruhe*, 1992, p. 64.

¹⁰¹ J. BIGOT, « La loi n° 89-1014... », *op. cit.*, note 15, n° 20; C.J. BERR, *op. cit.*, note 78, p. 70, n° 38.

peut être attrait «En matière délictuelle ou quasi-délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit». Pour la Cour, la notion vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal, de sorte que la victime peut choisir entre le tribunal de l'un ou de l'autre de ces lieux¹⁰². A-t-on voulu laisser le même choix aux contractants d'une assurance responsabilité civile? C'est possible encore que la situation des parties contractantes ne soit guère comparable à celle du tiers lésé qui cherche à obtenir réparation de son dommage.

Le libellé de l'article 17, §1, *litt. a* ne limite d'ailleurs pas son champ d'application aux assurances de la responsabilité civile. Il pourrait être aussi invoqué dans le cas d'une assurance voyage couvrant l'assuré pour les seuls accidents survenus dans l'Etat visité, ou encore dans le cas d'une assurance multirisques habitation couvrant uniquement le mobilier d'une maison située à l'étranger. Dans ces conditions, l'article 17, §1, *litt. a* pourrait offrir un choix supplémentaire aux parties. Sa portée est donc en définitive assez obscure.

2. *Mise en œuvre du rattachement*

211. *Notion de sinistre.* L'article 17, §1, *litt. a* ne se préoccupe pas de la difficulté de définir juridiquement le sinistre en droit interne, particulièrement en assurance de la responsabilité civile¹⁰³. Si cet article trouve bien sa justification dans une possible dissociation entre le lieu du fait générateur et celui de la survenance du dommage, ce dernier pourrait sans doute être retenu au titre de lieu du sinistre, car le sinistre ne se réalise que lorsque tous les éléments constitutifs de la responsabilité sont réunis. Cette solution, qui pourrait se fonder sur une interprétation autonome des concepts de droit communautaire, aurait l'avantage de surmonter le problème de la plurilocalisation du facteur de rattachement dont les conséquences seraient en l'espèce particulièrement incertaines.

212. *Loi d'un Etat membre.* Le libellé de l'article 17, §1, *litt. a* fait clairement apparaître que la loi du lieu où peuvent survenir les sinistres ne peut être choisie par les parties que si cette loi est celle d'un Etat membre. La tendance à une certaine régionalisation du droit international privé, déjà mise en exergue lors de l'examen du champ d'application spatial des règles de conflit (voy. *supra* n°106 et ss.), est d'autant plus manifeste ici que le lieu du

¹⁰² CJCE, 30 novembre 1976, *Bier c/ S.A. Mines de potasse d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, p. 735. Dans le cas d'un délit de presse, voy. également CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, non encore publié au recueil; le lieu de survenance du dommage est celui de la première manifestation du dommage et non celui où le préjudice est économiquement ressenti (préjudice par ricochet) CJCE, 11 janvier 1990, *Dumez France*, aff. n°1220/88, *Rec.*, 1990, p. 49.

¹⁰³ Voy. C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 6, p. 43.

sinistre, à la différence du lieu du risque, ne constitue pas un critère de délimitation du domaine spatial des règles de conflit communautaires. Elle correspond par conséquent à une volonté politique claire de ne pas permettre le choix d'une loi tierce. Cet égocentrisme communautaire typique des règles de conflit relatives au contrat d'assurance sera examiné en détail plus loin (voy. *infra* n°388 et ss.).

3. *Transposition dans les Etats membres*

213. Faisant abstraction des Etats qui ont transposé fidèlement l'article1, §1, *litt. e* (Royaume-Uni, Irlande, Pays-Bas, Danemark, Autriche, Finlande), l'examen des règles nationales révèle plusieurs particularités.

Pas plus que des autres hypothèses visées par les *littera a, b et c, la loi italienne* ne fait mention de la possibilité de choix ouverte par cet article, de sorte que cette loi a finalement très peu de choses en commun avec la directive104.

Dans un premier temps, *le décret-loi portugais* n°352/91 avait étendu considérablement la portée de l'article1, §1, *litt.1*, puisque dans les trois hypothèses visées par l'article1, §1, *litt.1, b et c*, le décret ajoutait systématiquement que les parties pouvaient choisir «[la loi] de l'Etat membre où peuvent survenir les sinistres relatifs aux risques couverts par le contrat» (traduction libre). Le législateur portugais avait ainsi effacé la restriction qui résultait de ce que les risques couverts par le contrat *doivent être limités* à des sinistres qui peuvent survenir dans un Etat membre, donnant l'impression que les parties avaient toujours la possibilité de choisir la loi de chaque Etat membre où le sinistre était susceptible de survenir105. Ces références malencontreuses ont été effacées dans le décret-loi n°102/94 du 20 avril 1994, si bien que désormais on ne trouve plus aucune trace de l'article1, §1, *litt. e* dans la législation portugaise106.

La loi allemande et la loi luxembourgeoise présentent la particularité de ne pas ouvrir le choix de la loi du pays du sinistre dans l'hypothèse prévue par l'article1, §1, *litt.1*, c'est-à-dire en cas de coïncidence entre le pays du risque et le pays de résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur. Or, la directive ouvre clairement ce choix «Nonobstant les points a, b ou c»107.

104 Décret législatif italien du 15 janvier 1992 précité titre II, note 60, art.17, devenu l'art.22 depuis l'adoption du décret législatif n°75 du 17 mars 1995.

105 Décret-loi portugais 352/91 précité titre II, note 60, art.11, §1, et 43, §1.

106 Décret-loi portugais n°102/94 du 20 avril 1994, précité titre II, note100.

107 Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, précitée titre II, note 52, art. 45, §1; Titre introductif de la loi allemande sur le contrat d'assurance (EGVVG), art.1 III rapporté à l'art.1, précité titre II, note19.

*Les lois française, espagnole, belge et luxembourgeoise persistent, dans le cadre d'un unilatéralisme administratif, à prendre pour référence le cas où le risque est situé dans l'Etat du for et où le contrat est limité à des sinistres susceptibles de survenir dans un autre Etat membre*¹⁰⁸. Cette formulation unilatérale s'accommode difficilement de la référence expresse faite par l'article 17, §1, *litt. a* au *litt. b*, qui concerne aussi les risques situés dans d'autres Etats membres. La théorie de l'effet utile de la directive devrait permettre de corriger la formulation défectueuse de la règle de conflit nationale sur ce point (voy. *supra* n°17).

§ 2. LE CHOIX LIMITE EN ASSURANCE VIE

214. A la différence de la directive LPS non-vie, la directive LPS vie ne prévoit qu'une seule hypothèse de choix limité. Elle correspond au défaut de coïncidence des critères de la nationalité et de la résidence habituelle du preneur (A). En revanche, la directive LPS vie ne comporte aucune solution particulière en cas de dissémination des risques (B).

A. Défaut de coïncidence entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle du preneur

«Lorsque le preneur est une personne physique et a sa résidence habituelle dans un Etat membre autre que celui dont il est ressortissant, les parties peuvent choisir la loi de l'Etat membre dont il est ressortissant»

(LPS vie, art. 17, §1)

1. Principe et justification du rattachement

215. *Le critère de la nationalité.* L'apparition inopinée du critère de la nationalité dans le domaine des contrats internationaux peut surprendre. Sa pertinence pour opérer le rattachement des contrats est loin d'être établie. Il est d'ailleurs très impopulaire dans les pays de *common law*.

Quoi qu'en dise l'exposé des motifs de la proposition de directive¹⁰⁹, le choix d'un tel critère à côté de celui du lieu de l'engagement ne peut s'expliquer rationnellement par l'idée que des rapports de droit des personnes et de la famille existeraient le plus

¹⁰⁸ Loi espagnole 21/1990 du 19 décembre 1990 précitée titre II, note 51, art. 107, §1, *litt. a*, devenu art. 107, §1, *litt. c* dans la loi n°30/1995 du 8 novembre 1995 également précitée. Arrêté royal belge du 22 février 1991 précité titre II, note 60, art. 28^{ter}, §1. Loi luxembourgeoise du 6 décembre 1991, précitée titre II, note 52, art. 15, §1.

¹⁰⁹ COM (88) 729 final, SYN 177, p. 10. En vue d'intégrer en un système uniforme les conceptions divergentes qui existent dans les Etats membres, la Commission européenne avait proposé que la résidence habituelle serve de rattachement principal, tandis que la possession par celui-ci de la nationalité d'un autre Etat membre serait un rattachement alternatif laissé au choix des parties lors de la conclusion du contrat. Voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p. 56, n° 15.

souvent entre l'assuré et le bénéficiaire. L'idée selon laquelle le droit de la famille occuperait une place prépondérante en assurance vie a déjà été réfutée comme dénuée de pertinence en droit international privé (voy. *supra* n°194). En outre, le critère de la *nationalité du preneur* ne rend absolument pas compte des préoccupations qui auraient prétendument inspiré l'article4, §2.

En réalité, l'option paraît avoir été conçue afin de fournir une solution adaptée à la situation particulière des travailleurs migrants ou, plus largement, à la situation de toute personne physique ayant fait usage de la libre circulation des personnes dans la Communauté. On a voulu ouvrir à ces personnes physiques résidant habituellement dans un autre pays que celui dont ils ont la nationalité, la possibilité de soumettre le contrat d'assurance vie à la loi de leur pays d'origine dans lequel ils envisagent éventuellement de retourner une fois leur retraite acquise¹¹⁰. C'est donc plutôt l'idée de retour dans la patrie d'origine qui est sous-jacente à cette possibilité limitée de choix de la loi applicable¹¹¹. En ce sens, l'article4, §2, pourrait être rapporté au souci de préserver l'environnement juridique du preneur dont s'inspire déjà l'article4, §1¹¹². Il paraît apte à satisfaire l'objectif visé puisque la loi nationale ne s'impose pas de plein droit, mais s'ouvre comme une option aux parties.

216. Même replacée dans ce contexte, la mise en œuvre de l'article4, §2 peut poser problème au Royaume-Uni. En effet, vu la répartition interterritoriale des compétences législatives, il n'existe, en matière contractuelle, aucune loi *britannique* qui puisse faire l'objet d'un choix par un citoyen britannique ayant par hypothèse sa résidence habituelle dans un autre Etat membre¹¹³.

Le conflit interterritorial est certes résolu par l'article4, §3, qui prévoit que si un Etat membre comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles, chaque unité peut être considérée comme un

110 En ce sens, A. GIANNELLA, «La libre prestation de services dans le domaine des assurances», *Rev. Marché Commun*, 1991, p.31.

111 L'application de la loi nationale dans ce cas avait d'ailleurs rencontré les faveurs de certains auteurs avant même l'adoption de la directive LPS vie. Voy. déjà B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Rec. des Cours*, 1984III (vol.186), p.273; W.H. ROTH, *op. cit.*, note 8, p. 491.

112 En ce sens, M. DE FRUTOS-GOMEZ, «Vers un marché intérieur des assurances», *Rev. Marché Unique*, 1991/3, p. 69.

113 En application d'une déclaration du gouvernement du Royaume-Uni qui a remplacé celle qui avait été faite lors de la signature du Traité d'adhésion à la Communauté européenne (*JOCE*, n° C23 du 28 janvier 1983, p.1), les termes «Résortissants», «Résortissants des Etats membres» ou «Résortissants des Etats membres et des pays et territoires d'Outre-mer» doivent être compris comme se référant aux citoyens britanniques/personnes qui sont des sujets britanniques en vertu de la quatrième partie de la loi de 1981 sur la nationalité britannique et qui possèdent le droit de résidence au Royaume-Uni et sont de ce fait dispensées du contrôle d'immigration au Royaume-Uni, ou citoyens des territoires dépendants britanniques acquérant leur citoyenneté du fait d'un lien avec Gibraltar.

pays aux fins d'identifier la loi applicable. En se prévalant de cette disposition dûment transposée, le preneur d'assurance, citoyen britannique, pourrait donc choisir la loi anglaise, irlandaise ou écossaise, pour y soumettre son contrat d'assurance. Cela ne résout cependant pas la question de savoir quel lien juridique doit exister entre la loi choisie et le preneur pour que cette loi puisse être reconnue comme étant sa loi nationale. Ce lien ne peut se déduire de la résidence habituelle puisqu'elle est située, par hypothèse, dans un autre Etat membre. Il ne peut davantage se déduire du domicile, car une personne peut posséder la citoyenneté britannique sans être domiciliée sur un des territoires du Royaume-Uni. Une solution envisageable serait de laisser le libre choix entre la loi de chacune des unités territoriales, mais il est sans doute préférable de faire application de la partie du droit avec laquelle la situation a les liens les plus étroits¹¹⁴ /¹¹⁵.

2. Conditions d'application et mise en œuvre du rattachement

217. *Le preneur, personne physique.* L'option entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle n'est ouverte aux termes de l'article 4, § 1, que si le preneur est une personne *physique*. La nationalité de la personne morale qui souscrit un contrat d'assurance vie (individuelle ou de groupe) n'intervient donc à aucun moment dans la désignation de la loi applicable. Pour ces contrats, l'application de l'article 4, § 1 est de rigueur¹¹⁶ le contrat sera soumis à la loi du lieu où se situe l'établissement du preneur auquel le contrat se rapporte.

Il faut souligner que cette restriction ne figurait pas dans la proposition initiale¹¹⁷. Par cet ajout, on aurait voulu éviter, à en croire l'exposé des motifs, qu'un contrat d'assurance collectif ou d'assurance de groupe souscrit par une entreprise au profit de ses employés puisse être régi par des lois différentes en fonction de la nationalité de chacun des employés¹¹⁸. Comme on l'a fait remarquer à juste titre, l'article 4, § 1, dans sa formulation initiale ne suscitait aucune difficulté à cet égard, puisqu'il se référait à la nationalité du preneur et non à celle des assurés ou des bénéficiaires¹¹⁹. Plus vraisemblablement, on a ainsi voulu éviter qu'une société puisse couvrir par un seul contrat de groupe plusieurs établissements situés dans des Etats différents, en se prévalant d'une nationalité différente de celle de ses établissements.

Le libellé sans nuance de l'article 4, § 1 conduit aussi à exclure de son champ d'application les contrats souscrits conjointement par un employeur, personne morale ou

¹¹⁴ Voy. F. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, t. III, 2^{ème} éd., 1987, n° 385.

¹¹⁵ Sur cette question, voy. C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 6, p. 48.

¹¹⁶ JOCE n° C 38 du 15 décembre 1989, p. 9.

¹¹⁷ COM (88) 729 final, SYN 177, p. 10, cité par K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p. 56, n° 15. Voy. également E. LORENZ, «Das auf grenzüberschreitende Lebensversicherungsverträge anwendbare Recht - eine Übersicht über die Kollisionsrechtlichen Rechtsgrundlagen», ZGVW, 1991, p. 135.

¹¹⁸ K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p. 156, n° 15, note 31.

même personne physique, et par les travailleurs eux-mêmes en tant que co-preneurs. L'article 4, § 1 ne se réfère manifestement qu'à un seul preneur dont la nationalité peut être prise en compte au titre d'un choix limité. Le danger que le contrat puisse être soumis à des lois différentes en fonction de la nationalité des employés est donc complètement écarté.

218. *La nationalité du preneur.* La formulation de l'article 4, § 1 de la directive LPS vie fait clairement apparaître que le choix entre la loi du lieu de l'engagement et la loi nationale du preneur ne peut être exercé que si ce dernier possède la nationalité d'un Etat membre. Cette restriction paraît cohérente avec l'objectif poursuivi par la règle de conflit. Si celle-ci vise réellement à faciliter la libre circulation des travailleurs, il est logique que seuls les travailleurs bénéficiaires de cette liberté aux termes de l'article 48 CE puissent s'en prévaloir. Or, on enseigne traditionnellement que l'article 48 CE ne s'applique qu'aux ressortissants des Etats membres¹¹⁹. Il faudrait donc voir dans cette condition de nationalité l'empreinte du domaine d'application de la liberté consacrée par l'article 48 CE.

219. *Conflit mobile.* La situation visée par l'article 4, § 1 ne devrait pas donner lieu à un conflit mobile, en ce sens que le changement de nationalité ou de résidence après la conclusion du contrat sera, en principe, sans incidence sur la loi applicable¹²⁰. Cette observation laisse cependant ouverte la question de savoir si un choix pourrait s'ouvrir en vertu de l'article 4, § 1, à la suite d'une modification du facteur de rattachement (nationalité ou résidence) postérieure à la conclusion du contrat. Cette question qui relève de l'admissibilité d'un choix postérieur sera examinée plus loin (voy. *infra* n° 402).

3. Transposition dans les Etats membres

220. A la faveur d'une interprétation très extensive des dérogations pouvant être apportées aux règles de conflit, ni la *loi portugaise*¹²¹, ni la *loi italienne*¹²² ne font allusion à l'hypothèse de dispersion des facteurs de rattachement pourtant clairement visée par l'article 4, § 1. La transposition paraît donc incomplète.

¹¹⁹ Commentaire MEGRET, *Le droit de la Communauté économique européenne* (Collection dirigée par M. WAELBROECK, J.V. LOUIS, D. VIGNES et J.L. DEWOST), t. III, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*, p. 16, n° 13; J. SECHE, *Libre circulation des services et liberté d'établissement*, p. 25; *contra* M. FALLON, B. NYSSSEN et M. VERWILGHEN, *Les conséquences sociales des mutations d'entreprises dans le droit des communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, août 1990, n° 406 à 409.

¹²⁰ En ce sens, K. LENAERTS, *op. cit.*, note 24, p. 57, n° 5.

¹²¹ Décret-loi n° 02/94 du 20 avril 1994, précité note 40, art. 80, § 1 et § 2, art. 81, § 1 et § 2.

¹²² Décret législatif du 23 décembre 1992 précité titre II, note 51, art. 26, devenu l'art. 28 depuis l'adoption du décret législatif n° 74 du 17 mars 1995.

A la différence des lois anglaise¹²³, néerlandaise¹²⁴, irlandaise¹²⁵, danoise¹²⁶, finlandaise¹²⁷, autrichienne¹²⁸ et allemande¹²⁹ qui respectent d'assez près la formulation de la directive *Les lois belge¹³⁰, espagnole¹³¹, française¹³² et luxembourgeoise¹³³* se signalent par une formulation empruntée à l'unilatéralisme administratif, en ce sens qu'elles prennent chacune pour base la localisation de l'engagement sur le territoire du for.

Mais alors que *la loi française* ne comble pas explicitement les lacunes que cette formulation suscite dans l'hypothèse inverse d'un engagement localisé à l'étranger, *la loi belge* tente d'y subvenir en prévoyant que «lorsque le contrat est relatif à des risques¹³⁴ situés dans un Etat membre des Communautés européennes, autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé¹³⁵». Similaire à celle déjà rencontrée en assurance non-vie (voy. *supra* n°14), cette correction encourt les mêmes reproches tout en laissant supposer, à tort, qu'un choix illimité serait ouvert aux parties si le risque est localisé dans un autre Etat membre, *la loi belge* laisse dans l'ombre le choix limité ouvert par la directive entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle du preneur, si celui-ci n'a pas sa résidence habituelle en Belgique. Cette transposition boîteuse et incorrecte doit être redressée conformément au caractère multilatéral des règles de conflit communautaires, sur le fondement de l'effet utile des directives (voy. *supra* n°17).

La loi espagnole tente, elle aussi, de combler la même lacune en créant deux règles de conflit distinctes, selon que le preneur a sa résidence habituelle en Espagne sans

-
- 123 The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, précitées titre II, note¹³⁰, Schedule 3A, Part II, §1.
- 124 Loi du 23 décembre 1992, précitée titre II, note¹³⁷, art. 5.
- 125 European Communities (Life Assurance) Framework Regulations 1994, précité, titre II, note¹³⁰, part 5, art.12, (1), *litt.*1.
- 126 Réglementation n°60 du 27 juin 1994, précitée titreIII, note¹³⁸, qui procède par une référence directe aux règles de la directive.
- 127 Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, précitée titreIII, note¹³⁴, §10, al.1. Le choix est corrigé par le §2 lorsque le preneur d'assurance est un consommateur qui a sa résidence habituelle en Finlande et que le contrat a été conclu à la suite d'un démarchage commercial. Dans ce cas, les dispositions impératives du droit finlandais sont applicables.
- 128 *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsaum*, §12 (2), al.1. Le §12 fait usage de la faculté d'élargissement du choix. Le contrat sera en effet soumis à la loi choisie par les parties lorsque l'engagement est situé en Autriche ou dans un autre Etat membre qui permet le libre choix de la loi applicable. Toutefois, si le contrat est conclu à la suite d'un démarchage commercial, l'application des dispositions protectrices du preneur comprises dans la loi de sa résidence habituelle ou de son administration centrale est réservée.
- 129 EGVVG, art. 9, V, précité titreIII, note¹³⁹.
- 130 Arrêté royal du 8 janvier 1993, précité titre II, note¹³⁰, art. 5 insérant un article18 *nonies*, §1, alinéa1, dans la loi de contrôle du 9 juillet 1975.
- 131 Loi espagnole n°30/1995 du 8 novembre 1995 précitée, titre II, note¹³¹, art. 108, §1er, a.
- 132 Loi française n°92-665 du 16 juillet 1992, précitée titre II, note¹³⁰, L83-1.
- 133 Loi du 18 décembre 1993, précitée, titre II, note¹³², art. 50, §1.
- 134 Dans un souci d'uniformité, la loi belge utilise le terme «risque» au lieu «d'engagement», mais ceci est sans conséquence dès lors que la définition du lieu de l'engagement correspond à la définition résiduaire du lieu du risque au sens de l'article12, *litt.*1, 4ème tiret, de la directive LPS non-vie.
- 135 Arrêté royal précité titre II, note¹³⁰, article18 *nonies*, §1.

avoir la nationalité espagnole ou qu'il possède la nationalité espagnole sans avoir sa résidence en Espagne. Il n'est cependant toujours rien prévu si les deux critères de rattachement se concrétisent à l'étranger¹³⁶

B. Dispersion des engagements couverts par le contrat

221. *Polices européennes.* La directive LPS vie ne comporte aucune disposition similaire à celle de l'article 4, § 1, *litt. a* en assurance non-vie. Une telle disposition aurait pu également favoriser la commercialisation de polices uniques européennes dans ce secteur, sous la forme par exemple de plans de retraite complémentaire couvrant l'ensemble du personnel d'une société multinationale ayant des implantations dans plusieurs Etats membres. Au contraire, les articles 4, § 1 et 4, § 2 examinés ci-dessus semblent avoir été conçus de manière à écarter systématiquement cette possibilité.

Par le biais de la définition donnée au lieu de l'engagement, l'article 4, § 1 impose d'opérer le rattachement du contrat d'assurance vie en fonction de la localisation de chaque établissement, ce qui revient par l'effet de morcellement, à empêcher la commercialisation de polices d'assurance européennes soumises à une loi unique. L'article 4, § 2 qui aurait pu être invoqué pour éviter ce dépeçage ne bénéficie, quant à lui, qu'aux preneurs, personnes physiques.

222. Même si on peut regretter que la directive n'ait pas franchi un pas dans la direction des polices uniques, il ne faut pas surestimer l'importance de ces restrictions pour la pratique internationale. Dans ce secteur également, les opérateurs économiques internationaux ont pu s'accommoder des divergences des ordres juridiques nationaux sur le plan administratif, fiscal et contractuel. En concertation avec les entreprises d'assurance largement implantées dans la Communauté, des programmes internationaux ont déjà été mis en place sous forme de *pools* d'assurance.

Ces *pools* permettent aux groupes multinationaux d'harmoniser les statuts du personnel de chaque entité, de mener une politique sociale cohérente au niveau de l'ensemble du groupe et de réaliser des économies d'échelle sur le plan du coût de l'assurance. Ils reposent généralement sur une convention passée entre une société multinationale et un réseau international d'assureurs. Cette convention comporte un plan international dans lequel sont insérés les plans locaux de prévoyance des filiales ou succursales, et prévoit l'établissement d'un compte annuel de résultat des opérations

¹³⁶ Loi espagnole n° 30/1995 du 8 novembre 1995, précitée titre III, note 11, art. 108, § 1er, a et c.

d'assurance. L'utilisation d'un réseau d'assureurs permet à l'entreprise de tirer parti des spécificités locales ainsi que des usages, dans le respect de la réglementation sociale, fiscale et contractuelle du pays d'activités.

La société multinationale peut aussi bénéficier de l'effet de masse et profiter de conditions d'assurances que ne pourrait obtenir chaque établissement pris séparément. Cet effet de masse se traduit tant dans les conditions tarifaires que dans les conditions contractuelles, puisqu'il est possible d'obtenir ainsi la levée de certaines exclusions traditionnelles ou découlant de la loi nationale. Enfin, la mise en place d'un compte de résultat international garantit à la maison mère du groupe des retours substantiels en terme de participations aux bénéfices¹³⁷.

Comme les règles de conflit de la directive LPS vie ne marquent pas un réel progrès dans la voie des polices uniques européennes et que la troisième directive en assurance vie n'apporte aucune modification à ces règles, on peut penser que ces programmes internationaux sont appelés à se développer dans l'avenir. A la vérité, de tels programmes, construits sur la base de réseaux d'assureurs établis, posent apparemment peu de problèmes sous l'angle des conflits de lois. Ils en suscitent bien davantage sous l'angle de la fiscalité (déductibilité des primes, taxation des participations bénéficiaires dégagées par le plan¹³⁸).

SECTION 2. CHOIX ELARGI DE LA LOI APPLICABLE

223. En recourant à une technique à la fois complexe et originale, les directives LPS vie et non-vie autorisent un choix plus large de la loi applicable que celui prévu dans les hypothèses qui viennent d'être examinées, si et dans la mesure où, la ou les lois des Etats membres désignés par la règle de conflit pertinente le permettent.

Ce choix élargi est ouvert par la directive LPS non-vie dans les trois hypothèses visées par l'article¹³⁹, §¹⁴⁰, *litt.*¹⁴¹, *b* et *c* (mais pas *e*), c'est-à-dire¹⁴²

- En cas de coïncidence entre l'Etat membre où se situe le risque et celui où se localise la résidence habituelle du preneur.

«Toutefois, lorsque le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays¹⁴³

(art.¹⁴⁴, §¹⁴⁵, *litt.*¹⁴⁶, 2ème¹⁴⁷ phrase)

¹³⁷ Sur tout ceci, voy. P. SAILLY, «Appel aux poolings¹⁴⁸, *L'Argus*, 3 juillet 1992, p. 28.

- En cas de défaut de coïncidence entre l'Etat où le risque est situé et celui où réside habituellement le preneur et en cas de dispersion des risques dans plusieurs Etats membres.

«Nonobstant les points b) et c), lorsque les Etats membres visés à ces points accordent une plus grande liberté de choix de la loi applicable au contrat, les parties peuvent se prévaloir de cette liberté.»

(art. 4, § 1, litt. d)

Un choix élargi n'est ouvert par la directive LPS que dans la seule hypothèse visée par l'article 4, § 1 c'est-à-dire lorsque la loi applicable est celle de l'Etat membre de l'engagement.

«Toutefois, lorsque le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays.»

(art. 4, § 1, 2ème phrase)

En revanche, une possibilité d'élargissement n'est pas expressément prévue dans l'hypothèse d'une distorsion entre la loi du lieu de résidence habituelle du preneur, personne physique, et celle qui correspond à sa nationalité (art. 4, § 2).

La technique utilisée étant formellement identique pour l'assurance vie et l'assurance non-vie, il n'est pas nécessaire de faire une distinction selon le secteur concerné.

§ 1. JUSTIFICATION DE L'ELARGISSEMENT DU CHOIX

224. *Le principe du stand still.* De prime abord, il faut reconnaître qu'il existe une certaine incohérence à obliger d'une part, un Etat membre à exclure, sinon à limiter dans sa loi de transposition, le principe d'autonomie des volontés en droit international privé, tout en l'autorisant d'autre part, à y déroger au second degré au cas où son propre droit serait déclaré applicable par la règle de conflit primaire¹³⁸. Toute l'ambiguïté de la technique est là : l'Etat membre est autorisé à faire au titre d'une règle de conflit secondaire, ce qu'il ne peut pas faire au titre de la règle de conflit primaire. De ce fait, il est également autorisé à maintenir dans son ordre juridique deux règles de conflit destinées à régir des situations similaires, mais prévoyant des solutions différentes.

¹³⁸ En ce sens, M. FALLON, «La loi applicable au contrat...», *op. cit.*, note 6, p. 263, n° 37; Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 98.

Le mobile qui se profile derrière cette technique curieuse était pourtant clair. Il s'agissait ainsi de surmonter le désaccord entre les Etats membres sur l'extension à donner au principe de l'autonomie des volontés en matière d'assurance, sans mettre pour autant à néant l'uniformisation recherchée. Ceux d'entre eux qui connaissaient, avant même la négociation des directives de la deuxième génération, une tradition très libérale en matière de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, y compris pour les contrats d'assurance, pouvaient difficilement accepter une restriction totale ou même partielle de l'autonomie des parties, synonyme de régression. Ce reniement aurait été d'autant plus paradoxal que la liberté de choix de la loi applicable paraissait aller dans le sens de la liberté de prestation de services.

La lecture des travaux préparatoires auxquels nous avons pu accéder confirme cette vision très politique des choses : le législateur communautaire a voulu donner satisfaction aux Etats dont les marchés étaient très réglementés, tout en sauvegardant la liberté de choix déjà accordée par certains Etats membres plus libéraux.

On s'explique ainsi pourquoi plusieurs auteurs voient dans la possibilité d'élargissement du choix, une application du principe communautaire dit du « *stand still* »¹³⁹ énoncé par les articles 53 et 62 du Traité, qui interdit aux Etats membres d'introduire de nouvelles restrictions à la liberté effectivement atteinte en matière de services ou d'établissement après l'entrée en vigueur du Traité CE. On hésitera cependant à s'engager dans cette voie.. Il semble en effet que le principe du *stand still* n'ait jamais dépassé le stade de l'interdiction des mesures discriminatoires fondées sur la nationalité¹⁴⁰. Or, l'introduction de règles de conflit de lois limitant l'autonomie des volontés ne crée, à première vue, aucune discrimination directe ou indirecte de ce type entre les ressortissants de la Communauté (pour plus de détails sur le caractère éventuellement discriminatoire des règles de conflit bilatérales, voy. *infra* n°21 et ss.).

225. *L'option au second degré.* L'introduction d'un double degré dans le règlement des conflits de lois relatifs au contrat d'assurance porte donc la trace d'un compromis intervenu entre les Etats membres. Ce compromis ne se résout toutefois pas par une option au sens classique du droit communautaire, car elle ne permet pas aux Etats membres de déroger aux règles de conflit primaires dans un sens libéral. Ces règles primaires paraissent s'imposer aux Etats membres sans aucune possibilité de modification. Ce n'est qu'au second degré, c'est-à-dire *après* la mise en œuvre de la règle de conflit primaire, que

¹³⁹ F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 8, p. 11; A. GIANNELLA, *op. cit.*, note 110, p.25; B. SMULDERS et P. GLAZENER, *op. cit.*, note 6, p.82.

¹⁴⁰ Voy. Commentaire MEGRET, t.II, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*, *op. cit.*, note 119, p. 40, n°2.

l'Etat membre ou les Etats membres déclarés intéressés à la situation par cette règle peuvent, s'ils le souhaitent, opter pour un élargissement du choix accordé aux parties.

Interpréter la possibilité d'élargissement du choix comme une option reviendrait à priver les règles de conflit primaires de toute utilité, puisque les Etats membres seraient libres d'y déroger en laissant aux parties l'autonomie qui leur paraît adéquate. Une telle interprétation dont le caractère excessif démontre l'inexactitude doit être rejetée, d'autant plus que les règles communautaires poursuivent incontestablement un but de coordination□ la technique particulière consistant à faire appel à la règle de conflit de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit primaire est la seule qui permette de maintenir une certaine uniformité dans le règlement des conflits de lois, car elle garantit, si elle est correctement appliquée, que quel que soit le juge saisi du litige, les parties contractantes bénéficieront, en fonction de la localisation objective du contrat, d'une liberté de choix de la loi applicable dont l'étendue est identique dans l'ensemble de la Communauté et, depuis peu, de l'Espace économique européen.

Il faut bien reconnaître cependant que la façon dont les Etats membres ont traduit la possibilité d'élargissement dans leur législation nationale contribue largement à saper cet objectif d'uniformité. Nous reviendrons en détail sur les législations de transposition de la directive LPS non-vie. On peut d'ores et déjà remarquer que la transposition réalisée par les législations italienne¹⁴¹ et portugaise¹⁴² laissent croire à une interprétation proche de celle que nous venons de condamner. La substance des règles de conflit primaires se trouve en effet immédiatement contredite par la possibilité largement reconnue aux parties de choisir une autre loi.

226. L'ambiguïté qui naît de la possibilité d'élargissement du choix se double, il est vrai, d'une autre difficulté. Si l'on accepte que les règles de conflit prévues par les directives sont appelées à servir l'exercice de la liberté de prestation de services, il semblerait logique d'autoriser les Etats membres à transposer ces règles dans un sens plus libéral, c'est-à-dire dans un sens favorisant l'exercice des activités d'assurance transfrontalières. En termes de droit international privé, une telle volonté se traduirait nécessairement par une extension du principe d'autonomie des volontés par rapport aux règles de conflit de la directive.

¹⁴¹ Décret législatif italien n° 29 du 15 janvier 1992 (assurance non-vie) précité titre II note 60, art. 27, § 2, devenu l'art. 22, § 2 du décret législatif n° 75 du 17 mars 1995 également précité; Décret législatif italien n° 15 du 23 décembre 1992 (assurance vie) précité titre II, note 60, art. 26, § 2, devenu l'art. 108, § 2 du décret législatif n° 74 du 17 mars 1995. Influencé peut-être par la doctrine (voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 23, pp. 69-171), le législateur italien s'est cru autorisé à se retrancher derrière l'article 25 du titre préliminaire du Code civil, maintenant abrogé, qui consacrait très largement le principe d'autonomie des volontés.

¹⁴² Décret-loi n° 102/94 du 20 avril 1994, précité, titre II, note, art. 180, § 2, 181, § 2 et 182, § 2.

Un tel raisonnement ne peut cependant être approuvé car il méconnaît manifestement le caractère obligatoire de la directive (art. 189, § 1 CE). Celle-ci ne fixe, il est vrai, que des objectifs aux Etats membres, mais la formulation précise des règles de conflit primaires ne paraît pas laisser place à des extensions fondées sur une nouvelle appréciation de leurs objectifs. Ces règles ont en effet été adoptées dans le prolongement des arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986 et sont censées avoir tenu compte des exigences du Traité, en l'absence d'harmonisation du droit du contrat d'assurance. La seule façon de légitimer une extension du libre choix accordé par un Etat membre au niveau des règles de conflit primaires serait donc de prétendre que ces règles de conflit issues du droit dérivé ne sont elles-mêmes pas conformes à l'article 19 du Traité CE. Cette question sera examinée plus loin (voy. *infra* n° 31 et ss.).

§ 2. ANALYSE TECHNIQUE DU MECANISME D'ELARGISSEMENT

227. Si, comme nous le pensons, la référence faite par les directives LPS vie et LPS non-vie au droit national se comprend comme une référence aux règles de rattachement de l'Etat déclaré intéressé par la situation, la technique utilisée, qui consiste à faire appel à une règle de droit international privé appartenant à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for, fait inmanquablement songer au renvoi. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle a été analysée par la majorité des commentateurs de la directive et des lois de transposition, qui reconnaissent cependant dans cette technique une forme particulière, originale ou étrange du renvoi¹⁴³. Les documents préparatoires du Conseil des Communautés européennes auxquels nous avons pu accéder accréditent cette thèse : ils utilisent à plusieurs reprises l'expression de renvoi pour désigner la possibilité d'élargissement du choix au second degré.

Il convient néanmoins de vérifier au regard de la théorie générale du droit international privé si le mécanisme mis en place par les directives communautaires mérite cette appellation. Pour ce faire, on commencera par en dégager les caractéristiques

¹⁴³ Voy. P. LAGARDE, *op. cit.*, note 32, p. 148 qui parle d'une forme « un peu particulière de renvoi »; H. COUSY, « Le droit applicable au contrat d'assurance dans le marché unique européen », Rapport final au Colloque organisé par le C.E.A. (Avignon 4-7 octobre 1991) publié dans *Risques*, 1991/8, p. 113; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 8, p. 3; C.J. BERR, *op. cit.*, note 78, p. 69, n° 36 qui parle, lui, d'une « forme étrange de renvoi »; F. RIGAUX, « New Problems of Private International Law in the Single Market », *King's Coll. L.J.*, 1993-1994 (vol. 4), p. 33; U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 17; A.F. LOGEZ, *op. cit.*, note 100, p. 22; F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis*, t. II, 2ème éd., 1993, n° 332; A. PHILIP, « Private international law of insurance in Denmark and the European Communities », in *Festschrift K. Grönfors*, Sartryck, Norstedts, p. 54. *Contra* H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 6, qui est le seul à estimer que la référence au droit national doit s'analyser comme une référence aux règles de droit matériel interne et non aux règles de droit international privé.

techniques particulières, de façon à les confronter ensuite aux éléments constitutifs du renvoi en droit international privé.

A. Caractéristiques et conditions de fonctionnement du mécanisme d'élargissement

228. Comme on vient de le voir, le mécanisme de l'élargissement du choix trouve ses origines politiques dans un malaise ressenti par plusieurs Etats membres à l'égard des règles de conflit primaires moins permissives que les règles de conflit nationales. Au terme de ce compromis, chaque Etat reste tenu d'intégrer la règle de conflit primaire ou principale dans son ordre juridique national, tout en étant autorisé à maintenir concurremment un autre système de droit international privé plus permissif auquel il pourra être recouru après la mise en œuvre de la règle de conflit primaire afin de permettre aux parties de bénéficier d'un choix plus large. Le concours dans un même ordre juridique entre plusieurs règles de droit international privé pour régir les rapports juridiques nés d'un même contrat constitue le centre du mécanisme¹⁴⁴.

Sur le plan technique, ce mécanisme ne peut correctement fonctionner qu'à trois conditions□

1°) Il faut tout d'abord que la règle de conflit intégrée dans l'ordre juridique national comporte à la fois la règle primaire *et* la réserve de l'élargissement du choix au second degré. Si la réserve n'est pas formulée dans la règle de conflit du for, le mécanisme est privé dès le point de départ d'une condition indispensable à sa mise en œuvre, car le juge ou l'autorité administrative chargée du contrôle matériel ne pourra trouver dans son ordre juridique la base légale nécessaire à l'octroi d'un choix élargi.

L'observation est importante pour la vérification de la conformité de la transposition des règles de conflit. On peut se demander en effet si l'objectif d'harmonisation poursuivi par les directives n'impose pas que chaque Etat prévoie à tout le moins dans sa règle de conflit nationale la réserve de l'élargissement du choix, quitte par une disposition séparée à s'exprimer négativement sur cet élargissement lorsqu'il est lui-même l'Etat déclaré intéressé à la situation par la règle de conflit primaire. En agissant de la sorte, le législateur n'empêche pas le mécanisme de fonctionner lorsque la règle de conflit primaire désigne la loi d'un autre Etat que celui du for. Seule une telle attitude permet de garantir l'uniformité des solutions concernant l'étendue du choix dans l'ensemble de la Communauté. C'est pourquoi il nous semble que la règle de conflit nationale qui ne

¹⁴⁴ En ce sens, M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...□, *op. cit.*, note 6, p.□52, n° 26; A.F. LOGEZ, *op. cit.*, note 100, p.□22.

comporterait pas cette réserve d'élargissement exprimée par les articles 1, § 1, *litt. a* et *d* de la directive LPS non-vie et 4, § 1, de la directive LPS vie devrait être considérée comme contraire aux directives. On verra que les législateurs belge, français, espagnol et luxembourgeois ont pourtant procédé de cette façon.

2°) Outre l'existence dans l'ordre juridique du for d'une règle de conflit primaire comportant la possibilité d'élargissement du choix, l'efficacité du mécanisme suppose en outre l'existence dans l'ordre juridique désigné par la règle de conflit primaire – ordre juridique du for ou ordre juridique étranger – d'une règle de conflit plus permissive que la règle de conflit primaire. Vu du point de vue de l'Etat appelé à se prononcer sur l'élargissement, cela signifie que deux règles de conflit prévoyant des solutions contradictoires peuvent être amenées à coexister dans un seul et même ordre juridique. C'est donc uniquement au second degré que s'exerce l'option ouverte aux Etats membres. Chaque Etat est en effet libre d'accorder ou de ne pas accorder aux parties cette possibilité d'élargissement, par l'adoption ou la non-adoption d'une règle de conflit plus permissive que celle prévue par les directives.

3°) Pour que le processus puisse être mené à son terme, il faut enfin que chaque Etat organise dans son propre ordre juridique le passage entre la règle de conflit et la règle de conflit permissive en indiquant par rapport à quelle règle de conflit les possibilités d'élargissement doivent être appréciées. On doit pouvoir trouver dans l'ordre juridique que la règle de conflit primaire désigne, une indication expresse et précise quant au parti pris sur les possibilités d'élargissement. L'on ne pourrait prendre prétexte du renvoi général aux règles générales de droit international privé des Etats membres prévu par les articles 1, § 1, de la directive LPS non-vie et 4, § 1, de la directive LPS vie à des fins d'élargissement du choix. Ce renvoi s'inspire en effet de préoccupations toutes différentes – celles de combler les lacunes de la directive.

Où la règle permissive peut-elle trouver sa source ? Elle pourrait tout d'abord se déduire du droit international privé préexistant à l'entrée en vigueur de la directive. Les règles des directives laissent en effet intact le système national de droit international privé applicable à l'ensemble des contrats, dont on pourra généralement dégager le principe général d'autonomie des volontés et une liberté plus large de choix de la loi applicable. Une règle permissive pourrait aussi se déduire de la Convention de Rome fondée elle aussi sur le principe d'autonomie des volontés, mais avec des accommodements importants en ce qui concerne les contrats de consommation. On ne peut pas exclure non plus qu'une règle de conflit permissive soit créée de toute pièce et intégrée dans la législation de transposition. Une quatrième possibilité, davantage sujette à caution, pourrait découler d'une transposition plus libérale des directives consistant à étendre le libre choix complet

de la loi applicable à d'autres hypothèses que celles prévues. Dans ce dernier cas, l'extension qui serait ainsi accordée au premier degré le serait a fortiori également au second degré sans qu'il soit besoin d'une mention expresse du législateur. La légitimité de cette extension ne serait toutefois admissible, vu l'effet obligatoire des directives, que si les restrictions apportées par celles-ci au libre choix de la loi applicable pouvaient être considérées comme contraires au Traité (voy. à cet égard *infra*, n°31 et ss.).

229. La complexité de la technique ainsi mise en place n'échappera à personne. En créant un droit international privé du droit international privé, cette extension complique considérablement le processus de solution du conflit de lois puisque le juge, l'autorité de contrôle ou les parties doivent en principe consulter deux systèmes différents pour connaître l'étendue de la liberté de choix de la loi applicable¹⁴⁵. Dans l'ordre juridique des Etats membres, elle admet la coexistence d'une règle de conflit primaire limitative et d'une règle de conflit secondaire permissive qui déroge à la première et qui n'est appelée à jouer, sur indication du législateur, qu'au second degré. Faut-il s'étonner au vu de la complexité de la technique et de ses conditions d'application, de l'extrême diversité des législations nationales de transposition¹⁴⁶ Il est rare d'y trouver en effet les trois éléments indispensables au bon fonctionnement du renvoi. L'hétérogénéité des législations sur ce plan réduit considérablement l'objectif d'harmonisation des solutions de conflit de lois poursuivi par les règles communautaires. Pire, cette divergence ne permet pas d'éliminer le risque de *forum shopping* que les rédacteurs des directives avaient pourtant entendu éliminer.

B. Elargissement du choix et renvoi

230. *Le renvoi en droit international privé.* Pour qu'il y ait renvoi au sens du droit international privé, il faut que la norme primaire de conflit de lois déclare applicable une loi étrangère, qui, elle-même, déclare applicable la lex fori (renvoi au premier degré ou *Rückverweisung*) ou transmette la compétence à la loi d'un troisième Etat laquelle utilise le même facteur de rattachement que la loi renvoyante (renvoi au second degré ou *Weiterverweisung*)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En ce sens, voy. M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 6, pp. 252-253, n°26; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 94; Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 99.

¹⁴⁶ F. RIGAUX, *Précis*, t. I, 2ème éd., 1987, n° 394; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III, 8ème éd., 1993, n°299 et ss.; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°16 et ss.; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n°16. A la différence du renvoi au premier degré, le renvoi au second degré met en présence trois ordres juridiques et rompt le cercle vicieux inhérent au renvoi au premier degré.

Selon la théorie générale du droit international privé, le renvoi suppose que la loi étrangère reconnue applicable par la règle de conflit du for contienne elle-même une règle de conflit comportant un facteur de rattachement différent de celui de la *lex fori*. L'hypothèse de départ est donc celle d'un conflit entre deux facteurs de rattachement¹⁴⁷. Dans ce contexte, la théorie du renvoi permet, au départ d'une interprétation de la norme primaire, de donner la préférence dans l'ordre juridique déclaré applicable, à la règle de conflit plutôt qu'à la règle de droit matériel interne du même ordre juridique. Ce qu'on appelle renvoi au premier degré consiste à choisir dans la loi étrangère déclarée applicable par la norme primaire de rattachement de la *lex fori*, la règle de conflit différente qui y est contenue et qui renvoie au droit matériel interne du juge saisi¹⁴⁸.

On a jadis tenté de justifier le renvoi par une volonté de coordination des systèmes de droit international privé et par la recherche de l'harmonie des solutions. Mais le caractère illusoire de cette technique par rapport aux objectifs qu'elle est censée poursuivre a été largement démontré par la doctrine moderne¹⁴⁹. Seule la forme du renvoi au second degré permet d'exprimer réellement une volonté de coordination des systèmes, puisque dans ce cas, l'harmonisation des solutions est atteinte sans qu'il soit donné des interprétations différentes à la règle de conflit primaire et à la règle de conflit renvoyante¹⁵⁰. Le renvoi au premier degré, quant à lui, relève davantage d'un expédient utilisé pour parvenir à un résultat jugé satisfaisant¹⁵¹. Il s'agit plutôt d'un « phénomène de psychologie judiciaire imputable à la propension du juge à appliquer son propre droit interne »¹⁵².

147 F. RIGAUX, *Précis*, t. I, 2ème éd., 1987, n° 393-394.

148 F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. des Cours*, 1989 I (vol. 213), p. 49, n° 100, p. 61, n° 12, p. 70, n° 66.

149 La critique positiviste a, tout d'abord, fait valoir contre le renvoi l'argument du cercle vicieux, selon lequel le renvoi ne peut fonctionner que si la règle de conflit de lois renvoyante reçoit une interprétation différente de la règle de conflit primaire, celle-la désignant une disposition de droit matériel et non plus une règle de conflit. Dans le prolongement de cette critique, on démontre aisément que l'harmonie des solutions n'est atteinte que si l'un des deux juges saisis applique sans renvoi le droit désigné par la norme primaire de droit international privé, tandis que l'autre arrivera à la même solution par le biais du renvoi. Voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, 8ème éd., 1993, n° 304 et 305; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 20 à 224; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 201 et 202. Dans la dernière édition de son traité, le professeur Lagarde se rallie à une conception fonctionnelle du renvoi : « La coordination des règles de conflit n'est souhaitable que si elle correspond au fondement et à l'objectif de la règle de conflit » (n° 11); le professeur Mayer considère également que le renvoi ne constitue pas une nécessité logique (n° 15). La Hollande, l'Italie, le Portugal et la Grèce rejettent d'ailleurs le renvoi de façon globale. C'est pour surmonter l'objection adressée au renvoi au premier degré que plusieurs décisions anglaises ont fait application du double renvoi, lequel consiste à incorporer à la loi renvoyante l'attitude que le juge du pays dont elle émane aurait adoptée à l'égard du renvoi. Sur le double renvoi, voy. F. RIGAUX, *Précis*, t. I, 2ème éd., 1987, p. 271, n° 399; R. VANDER ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. I, Conflits de lois, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 25, n° 7.2; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, 8ème éd., 1993, n° 309; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 20; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 14.

150 En ce sens, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. II, 8ème éd., 1993, n° 306 à 308; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 19; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles... », *op. cit.*, note 148, p. 150, n° 102.

151 LEWALD, « La théorie du renvoi », *Rec. des Cours*, 1929 IV (vol. 29), pp. 34, 550 et 614.

152 F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *R.C.D.I.P.*, p. 40, n° 43.

231. *Renvoi réflexif.* A s'en tenir à ces considérations générales, le mécanisme d'élargissement du choix prévu par les directives rompt sur certains points au moins avec la conception générale du mécanisme du renvoi en droit international privé. On y retrouve certes le malaise au sujet de la pertinence de la solution donnée par la règle de conflit du for qui justifie le recours à la règle de conflit étrangère, mais sans qu'il s'agisse à proprement parler d'un conflit entre deux règles contradictoires utilisant des facteurs de rattachement différents.

Trouvant sa source dans un texte de droit communautaire visant à coordonner les règles de conflit de lois relatives au contrat d'assurance, la règle de conflit primaire se trouve en effet ou devrait, tout au moins, se trouver à l'identique dans l'ordre juridique étranger de tout Etat membre auquel il est renvoyé. C'est pourquoi précisément, il était nécessaire que la norme communautaire se prononce elle-même sur la possibilité pour chaque Etat de maintenir ou de créer à côté de la règle primaire une autre règle de conflit de lois servant par hypothèse une autre fin que celle poursuivie par la règle de conflit du for. Le conflit entre les facteurs de rattachement ne se produit donc qu'au second degré par la confrontation entre la règle de conflit primaire de l'ordre juridique du for et la règle de conflit secondaire appartenant à l'ordre juridique déclaré compétent.

Le passage de la règle de conflit prohibitive ou limitative à la règle de conflit primaire peut dès lors avoir lieu aussi à l'intérieur même de l'ordre juridique du for sans intervention d'une règle de conflit étrangère. Il suffit pour cela que la règle de conflit primaire renvoie au droit du for. Il appartient alors au juge de rechercher l'option prise par le législateur de son propre pays sur un éventuel élargissement du choix. Cette anomalie paraît toutefois insuffisante pour écarter définitivement la qualification de renvoi, si l'on accepte du moins que celui-ci puisse opérer à l'intérieur d'un même ordre juridique.

232. *Renvoi à caractère substantiel.* Contrairement à ce qu'on a pu prétendre¹⁵³, le souci d'une harmonie internationale des décisions n'est pas complètement absent du mécanisme de l'élargissement du choix. Si l'harmonie recherchée ne vise pas à ce que le choix des parties se porte invariablement sur la même loi, ce qui serait absurde, elle tend néanmoins à ce que dans des situations similaires caractérisées par une localisation typique des facteurs objectifs de rattachement retenus par les règles de conflit primaires, les parties disposent d'une liberté de choix comparable. Dans le cadre des directives

¹⁵³ En ce sens, J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 792.

communautaires, le mécanisme a ceci d'original qu'il se justifie uniquement par la recherche d'un effet substantiel¹⁵⁴ l'élargissement du choix de la loi applicable¹⁵⁵. A ce titre, il participe d'ailleurs de la nature particulière du principe de l'autonomie des volontés.

Conçu comme une règle de conflit à part entière, le principe de l'autonomie des volontés a été analysé à juste titre comme une règle de conflit à caractère substantiel, c'est-à-dire comme une règle visant un but de droit matériel¹⁵⁶ elle ne désigne pas la loi applicable comme telle sur la base d'une localisation du rapport de droit, mais permet aux parties de choisir celle qui convient le mieux à l'organisation de leurs rapports juridiques. Ainsi perçue, elle vise à faciliter la réalisation des opérations contractuelles internationales. De la même façon, la règle de conflit qui déroge au principe d'autonomie dans un but de protection de la partie réputée faible dans la relation contractuelle doit, elle aussi, être tenue pour une règle de conflit à caractère substantiel.

En définitive, le mécanisme d'élargissement du choix prévu par les directives communautaires permet d'organiser le passage de l'une à l'autre. C'est pourquoi, il nous paraît opportun de le qualifier de «renvoi à caractère substantiel»¹⁵⁶. Cherchant à permettre un choix plus étendu que celui accordé par la règle de conflit primaire, ce renvoi permissif échappe aux classifications traditionnelles, car l'application de la règle de conflit secondaire ne correspond ni au fondement ni à l'objectif de la règle de conflit primaire prohibitive. Dans le cas des directives communautaires, la règle de conflit primaire est prohibitive en ce qu'elle écarte le principe d'autonomie des volontés au profit d'un rattachement objectif à finalité protectrice. Jugée inopportune par certains Etats membres, elle peut être écartée par une règle de conflit permissive, élargissant le choix ouvert par la règle de conflit primaire et appelée à jouer après que celle-ci a été mise en œuvre.

Le fait que le mécanisme prenne pour point de départ une règle de conflit prohibitive ou limitative de l'autonomie des volontés reposant sur un rattachement objectif et commun à tous les Etats membres rend par contre impossible le mécanisme du renvoi au second degré. Le seul ou les seuls Etats membres habilités à se prononcer sur l'élargissement du choix sont ceux qui sont déclarés intéressés par la situation par la règle de conflit primaire.

¹⁵⁴ En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *Précis*, t.III, 2ème éd., 1993, n°332.

¹⁵⁵ Voy. M.P. 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, 1985. Sur le caractère substantiel de la loi d'autonomie, voy. également H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t.III 8ème éd., 1993, n°69; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n°95 et 708; J.C. POMMIER, «La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit de rôle de l'arbitre», *J.D.I. (Clunet)*, 1992, p.13, n°13.

¹⁵⁶ Comp. U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p.17, qui parle d'un renvoi conditionnel (*bedingte IPR-Verweisung*).

Même si ce n'est pas le cas des directives communautaires, le renvoi à caractère substantiel pourrait d'ailleurs fort bien être conçu en sens inverse, c'est-à-dire d'une règle permissive à une règle prohibitive ou limitative. Lors des négociations portant sur la directive LPS non-vie, le Royaume-Uni avait d'ailleurs exprimé en 1977 sa préférence pour cette solution¹⁵⁷ la règle de conflit primaire aurait accordé une liberté de choix complète, mais l'Etat membre du risque aurait eu la possibilité d'imposer une exclusion ou une limitation de ce choix. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue.

233. *Conclusion* — *le renvoi en matière contractuelle.* L'apparition d'un mécanisme d'élargissement ou de restriction du choix de la loi applicable au second degré conduit à se demander si certains n'ont pas chanté trop tôt le requiem pour le renvoi¹⁵⁷. Le déclin de la technique est attribué à une mutation profonde des modes de désignation de la loi applicable trouvant sa source dans une remise en cause des méthodes savigniennes¹⁵⁸ le perfectionnement progressif de la règle de conflit entraînerait inévitablement une réduction du domaine du renvoi¹⁵⁹. Dans le domaine des contrats internationaux, le renvoi serait en outre incompatible avec le principe d'autonomie des volontés. Il est en effet peu probable que les parties aient eu l'intention de réintroduire par le renvoi le problème de conflit de lois qu'ils ont précisément voulu résoudre¹⁶⁰. L'exclusion du renvoi en matière contractuelle est d'ailleurs la solution retenue par toutes les conventions de La Haye conclues depuis 1955¹⁶⁰, et par la Convention de Rome elle-même (art. 15)¹⁶¹. Ce n'est

157 Voy. J. FOYER, «Requiem pour le renvoi», *Trav. Com. fr. de D.I.P.*, 1979-1980, Ed. CNRS, pp. 104 à 122, et la discussion qui suit ce rapport.

158 J. FOYER, *ibid.*, spéc. p. 115.

159 La doctrine est pratiquement unanime à ce sujet — voy. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, 8ème éd., t. I, 1993, n° 111; P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 26 et 709; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 18; R. VANDER ELST, *Traité*, t. I, 1983, pp. 328-329, n° 8 et 79; J. FOYER, «Requiem...», *op. cit.*, note 157, p. 110; P.M. NORTH, «Reform but not Revolution», *Rec. des Cours*, 1990 I (vol. 20), pp. 57-158; H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats», *R.T.D.Eur.*, 1981, p. 257, n° 8; F.K. JUENGER, «The EEC convention on the law applicable to contractual obligations; an american assessment», in *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam-New York-Oxford, North Holland, 1982, p. 298; F. DE LY, «Rechtskeuze in internationale overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, p. 1016, n° 4; P.M. PATOCCHI, *op. cit.*, note 155, p. 289, n° 81, qui y voit à juste titre une conséquence du caractère substantiel du rattachement. Comme l'exclusion du renvoi est fondée sur l'intention présumée des parties, il serait plus adéquat et plus logique d'en faire une présomption réfragable. Voy. en ce sens, P.M. PATOCCHI, *op. cit.*, note 155, p. 289, n° 81 et l'article 1, § 1, de la loi autrichienne du 15 juin 1978 sur le droit international privé, B.G.B.I., 304/78 (traduction française, *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 74).

160 Les conventions de La Haye excluent le renvoi en donnant compétence à la loi interne de l'Etat déclaré compétent, formule il est vrai ambiguë puisque les règles de droit international privé font aussi partie de l'ordre juridique interne. Elle n'est d'ailleurs pas reprise par l'article 15 de la Convention de Rome. Pour une énumération des conventions de La Haye excluant le renvoi, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, note 159, p. 257, note 160. On relèvera néanmoins à titre d'exception la Convention du 12 juin 1902 sur le règlement des conflits de lois en matière de mariage qui consacre le renvoi de la loi nationale à la loi du domicile. Ce renvoi est cependant étranger à la matière contractuelle. On se rappellera également que l'article 9 de la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises organise un mécanisme apparenté à un renvoi à caractère substantiel dans le domaine des ventes aux enchères et des ventes en bourse. Selon cet article, «La vente aux enchères ou la vente réalisée dans un marché de bourse est régie par la loi choisie par les parties conformément à l'article 1, dans la mesure où la loi de l'Etat où sont effectuées les enchères ou celle de l'Etat où se trouve la bourse n'interdit pas ce choix. En l'absence d'un tel choix ou dans la mesure où ce choix est interdit, la loi de l'Etat où sont effectuées les enchères ou celle de l'Etat où se trouve la bourse s'applique».

qu'exceptionnellement qu'on peut relever l'une ou l'autre convention ou loi nationale admettant le renvoi en cette matière¹⁶¹.

Il est intéressant de constater que la multiplication des règles de conflit à caractère substantiel et l'affinement à l'échelon international des catégories de rattachement en matière contractuelle favorisent au contraire l'apparition d'un nouveau type de renvoi dont les ingrédients sont les suivants : l'internationalisation des sources du droit international privé qui pousse les Etats au compromis; l'internationalisation des relations juridiques contractuelles qui conduit à l'affinement des catégories juridiques et à la modulation du principe d'autonomie; la multiplication des règles de conflit poursuivant un but de droit matériel qui suscite des oppositions d'intérêts et des tensions entre l'autonomie des parties contractantes et le besoin de protection de la partie faible.

Rapportés au mécanisme du renvoi à caractère substantiel, les motifs avancés pour justifier l'exclusion de cette technique en matière contractuelle perdent de leur pertinence¹⁶². L'incompatibilité entre l'autonomie des volontés comme critère de rattachement et le renvoi ne se vérifie en réalité que lorsque les parties se voient reconnaître une liberté complète de choix de la loi applicable. Cette incompatibilité s'atténue et même disparaît lorsque la règle de conflit primaire est fondée sur une localisation objective excluant ou limitant le principe d'autonomie dans un but de protection d'une des parties contractantes¹⁶³. L'utilité du renvoi réapparaît alors pour permettre éventuellement à un

Le renvoi a également été condamné par l'*Institut de Droit International* à la session de Neuchâtel en 1900 (Annuaire, version abrégée, vol. IV, 1897-1904, p. 363). Le problème fut à nouveau soumis au vote de l'assemblée à la session de Varsovie de 1965. Bien que le projet recommandât le rejet du renvoi, l'Assemblée décida en fin de compte de ne pas prendre position (Annuaire, vol. CI, 1965, t. III, p. 358). La résolution de l'*Institut de Droit International* sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées (Session de Bâle 1991) exclut le renvoi, mais réserve néanmoins la volonté expresse contraire (art. 2, § 2) (résolution publiée in *R.B.D.I.*, 1991, p. 344, avec le commentaire de M. FALLON).

Pour un état complet de la question en matière conventionnelle, voy. F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois... », *op. cit.*, note 152, p. 32, n° 32; J. FOYER, « Requiem... », *op. cit.*, note 157, pp. 112-114; A.L. DIAMOND, « Harmonisation of private international law relating to contractual obligations », *Rec. des Cours*, 1986 IV (vol. 199), pp. 253 et ss.

161 Voy. le Rapport explicatif de M. GIULIANO et P. LAGARDE, *JOCE*, n° 182 du 30 octobre 1980, p. 7, qui reprend la motivation traditionnelle de l'exclusion du renvoi en matière contractuelle.

162 Voy. les conventions de Genève du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931 destinées à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques, dont l'article 2 admet le renvoi. Voy. également l'article 22, alinéa 1, de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Varsovie le 18 mars 1965.

163 Les discussions doctrinales relatives à l'application du renvoi en matière contractuelle ne peuvent être dissociées de la question de l'intervention des lois de police étrangères. Celle-ci suppose l'application d'une règle de droit international privé empruntée à une loi autre que la loi du contrat. Cette application est admise par l'article 2, § 2, de la Convention de Rome en dépit de l'exclusion générale du renvoi (sur la question du renvoi en cette matière voy. *infra*, n° 662).

164 Comp. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. des Cours*, 1986 I (vol. 96), p. 40, n° 17; J. FOYER, « Requiem... », *op. cit.*, note 157, p. 27; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.*, note 111, p. 33. Ces auteurs admettent que l'incompatibilité n'existe plus lorsque la règle de conflit se fonde sur un rattachement objectif unique, rigide ou grossier. Le rattachement prévu par l'article 2, § 2, *litt. a* de la directive LPS non-vie et 4, § 2, de la directive LPS vie est assurément un rattachement rigide.

Etat d'exprimer son désaccord sur la politique de protection poursuivie par la règle de conflit primaire¹⁶⁵.

Plusieurs auteurs ont fait remarquer à cet égard que les règles de conflit à finalité substantielle ne sont pas nécessairement rebelles à un renvoi de type sélectif, ce renvoi étant retenu lorsqu'il assure la validité de l'acte ou la défense de l'intérêt que l'on entend protéger, et écarté lorsqu'il va à l'encontre du résultat qu'on voulait obtenir¹⁶⁶. Si la règle de conflit poursuivant une finalité substantielle fait appel à un rattachement alternatif, l'acceptation du renvoi dans une telle hypothèse revient à l'amplification du rattachement alternatif en permettant d'atteindre plus facilement l'effet substantiel recherché¹⁶⁷.

Enfin, le mécanisme de renvoi inséré dans les directives communautaires relatives aux activités d'assurance permet de démontrer que l'origine internationale des règles de conflit ne fait pas véritablement obstacle au renvoi. Les nécessités du compromis peuvent contraindre les Etats à y recourir. Dans le cas particulier des directives relatives aux activités d'assurances, l'objectif communautaire de la libre prestation de services a fourni un terrain propice à l'expression des oppositions entre partisans du libre choix et partisans d'une règle de conflit protectrice. Ces oppositions n'ont pu être résolues que grâce à la technique du renvoi à caractère substantiel. On voit ainsi à quel point ce type de renvoi est étroitement lié aux finalités substantielles poursuivies par les règles de conflit en présence et par là-même, aux objectifs poursuivis par le droit communautaire. Cette constatation confirme l'idée selon laquelle l'insertion de règles de conflit de lois dans des textes destinés à réaliser le marché intérieur et à faciliter l'exercice des libertés fondamentales du Traité, éloigne le droit international privé du principe de proximité pour l'orienter vers des finalités matérielles. En d'autres termes, cette insertion favorise les règles de conflit substantielles au détriment des règles de conflit localisatrices.

165 Le même but pourrait sans doute être atteint par le recours à la technique des lois de police (voy. *infra*, n° 441 et ss.), mais cette technique, qui permet des dérogations ponctuelles à la règle de conflit de lois en fonction des objectifs économiques et sociaux d'une loi déterminée, peut difficilement être utilisée pour exprimer un désaccord global et définitif sur cette règle de conflit.

166 Dans la nouvelle édition de son traité, le professeur Lagarde admet le renvoi en présence d'une règle de conflit à finalité matérielle, par exemple en présence d'une règle de conflit alternative, lorsque le résultat souhaité par le droit du for ne peut être atteint que par ce moyen (forme des actes juridiques) (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III, 8ème éd., 1993, n° 111); Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL admettent aussi le renvoi lorsqu'il assure la validité de l'acte ou la défense de l'intéressé que l'on entend protéger (renvoi sélectif ou *ad favorem*) (Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Précis*, 4ème éd., 1993, n° 21-1); *contra* P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 226 et 758 et J. FOYER, «Requiem...», *op. cit.*, note 57, p. 17, selon qui la règle de rattachement alternative désigne uniquement la loi qui permet d'atteindre la fin poursuivie. Celle-ci doit donc être consultée dans ses dispositions internes. Le renvoi sélectif ou *ad favorem* auquel il est fait allusion ici ne s'apparente pas à celui des directives, car dans ce cas la règle de conflit du système de droit international privé étranger poursuit un but radicalement différent et même contraire à celui de la règle de conflit du for.

167 P.M. PATOCCHI, *op. cit.*, note 155, p. 286, n° 72 à 575 à propos de la forme des actes juridiques; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *ibid.*; *contra* P. MAYER, *ibid.*

§ 3. MISE EN ŒUVRE DU MÉCANISME D'ÉLARGISSEMENT

234. *Loi d'un Etat membre.* Il ressort de la formulation des articles des directives autorisant un choix élargi que la règle de conflit permissive ne peut être empruntée qu'à la loi d'un Etat membre. Cette restriction, qui n'est pas inhérente au mécanisme du renvoi à caractère substantiel, s'inscrit dans le cadre d'une politique communautaire visant à limiter l'intrusion de lois d'Etats tiers dans un système de droit international privé étroitement lié aux finalités du marché intérieur. La formulation de l'article 1, § 1, *litt. a* qui se réfère aux *Etats membres* visés aux points b et c confirme cette interprétation. Dans le cadre d'une interprétation plus littérale, on a prétendu que comme les seuls *Etats membres* visés expressément à l'article 1, § 1, *litt. a* et c sont ceux où les risques sont situés, l'élargissement ne pourrait être accordé que par la loi de ces Etats¹⁶⁸. Cette interprétation nous paraît exagérément restrictive. La conception générale du système du renvoi à caractère substantiel n'empêche pas que la règle de conflit permissive puisse être empruntée à la loi de la résidence habituelle du preneur pour autant que celle-ci se situe dans un Etat membre.

En revanche, l'extension donnée par un Etat membre à l'autonomie des parties par le biais d'une règle permissive peut parfaitement autoriser le choix de la loi d'un Etat tiers. Ni la directive LPS non-vie, ni la directive LPS vie ne s'y opposent. Ceci est d'ailleurs parfaitement normal. De façon générale en effet, les limites à l'admissibilité du choix effectué au bénéfice d'un élargissement doivent logiquement être puisées dans la règle de conflit appelée à s'appliquer au second degré¹⁶⁹.

235. *Lois de plusieurs Etats membres.* La mise en œuvre de l'élargissement du choix connaît une difficulté particulière lorsque la règle de conflit primaire ouvre un choix limité entre les lois de plusieurs Etats membres. Tel est le cas des articles 1, § 1, *litt. a* et 7, § 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie.

Pour que le mécanisme d'élargissement puisse être invoqué, faut-il que chacun des Etats visés accorde une liberté de choix plus large que la règle de conflit primaire ou suffit-il d'un seul ? Une interprétation littérale de l'article 1, § 1, *litt. a*, qui vise *les* Etats membres, conduirait à préférer la première solution. Celle-ci est défendue par la plupart des commentateurs¹⁷⁰. Une interprétation téléologique permettrait sans doute de justifier

¹⁶⁸ C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 6, p. 12.

¹⁶⁹ En ce sens H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 6, p. 66; Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 99; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 92.

¹⁷⁰ P. LAGARDE, *Présentation de la directive...*, *op. cit.*, note 32, p. 48; B. AUDIT, «*Implementation of the Second Directive*», *op. cit.*, note 32, p. 84; Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 300; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p. 72; du même auteur,

une solution inverse, car il est tout à fait paradoxal que les possibilités d'élargissement du choix s'amenuisent au fur et à mesure que s'accroît la dispersion des facteurs de rattachement. Le mécanisme du renvoi à caractère substantiel traduisant un dilemme entre les exigences de la liberté et les exigences de la protection des preneurs et des assurés, la véritable question est de savoir auquel de ces deux objectifs il faut donner la préférence. L'origine communautaire des règles de conflit de lois devrait conduire à préférer l'interprétation qui va dans le sens de la liberté de prestation de services par rapport à celle qui mène à un cumul restrictif¹⁷¹.

A supposer que plusieurs Etats membres accordent une liberté de choix élargie mais dans des proportions différentes, les parties peuvent-elles invoquer la loi qui accorde la liberté la plus large ou ne peuvent-elles compter que sur la loi qui accorde la liberté la plus limitée¹⁷²? Les commentateurs sont ici partagés entre une interprétation restrictive et une interprétation libérale. Selon certains, les parties ne pourraient choisir qu'une loi dont la compétence est reconnue par toutes les règles de conflit en présence (cumul limitatif ou négatif)¹⁷³. D'autres estiment que les parties peuvent se prévaloir de la loi qui donne l'autonomie la plus large, en s'appuyant sur l'adage «*In dubio, pro libertate*» ou sur une interprétation stricte des restrictions à la liberté de prestation de services (cumul alternatif ou positif)¹⁷⁴. Pour des motifs similaires à ceux ci-dessus, il nous semble qu'en cas de dispersion des facteurs de rattachement, les parties peuvent se prévaloir de la règle de conflit qui leur accorde l'autonomie la plus large¹⁷⁵.

«*Asservazioni...*», *op. cit.*, note 74, p. 177; L. FORLATI-PICCHIO, *op. cit.*, note 9, p. 18 ou 185; K.W. BREVET, «*De tweede richtlijn schadeverzekering en het toepasselijk recht*», *Verz. Arch.*, 1991, p. 125; O. LANDO, «*Mandatory rules governing insurance contracts and private international law*», in *International Insurance Contract Law*, F. REICHERT-FACILIDES et H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA (Ed.), Kluwer, 1993, p. 107. *Contra* E. RUIZ et C. HENIN, «*Law and jurisdiction in insurance contracts*» limited freedom of choice in the E.C., *Int. Ins. L.R.*, 1995, p. 158.

171 Voy. la critique de C.J. BERR, *op. cit.*, note 78, p. 169, n° 36 qui estime que c'est à la seule loi de la résidence habituelle du preneur et non à la loi du ou des risques, qu'il conviendrait logiquement de se référer pour savoir si et dans quelle mesure, celle-ci peut s'affranchir des limites posées par l'article 1, § 1, *litt. a* ou *c*. Cette opinion paraît fondée sur l'idée que seule la loi de la résidence habituelle du preneur est habilitée à se prononcer sur les conditions dans lesquelles la protection qu'elle accorde peut être écartée. On a vu cependant que l'idée de protection n'était pas absente du rattachement au lieu de situation du risque et que la méthode utilisée par la directive LPS non-vie reposait sur la convergence des deux critères de rattachement.

172 Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, note 3, p. 300.

173 J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 192; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p. 172; du même auteur, «*Asservazioni...*», *op. cit.*, note 74, p. 177; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 8, pp. 1-6; U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 118, pour le motif, à notre avis contestable, que la liberté de choix va dans le sens de l'intérêt des parties.

174 V. HAHN, *op. cit.*, note 6, pp. 13-34 qui conteste cependant la pertinence de la référence à la liberté de prestation de services dans le domaine des conflits de lois. La loi autrichienne paraît avoir opté pour la solution la plus libérale¹⁷⁶ il suffit que l'un des risques soit situé en Autriche ou dans un Etat qui permet le libre choix pour que le contrat bénéficie de la liberté complète de choix (*Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, § 1 (2)); la loi portugaise en revanche ne permet l'élargissement du choix qu'en ce qui concerne les risques situés sur le territoire portugais, ce qui semble difficilement praticable (Décret loi n° 102/94 du 20 avril 1994, art. 182, § 1).

A noter que l'hypothèse d'une amplification de l'autonomie des parties en fonction de la dispersion des facteurs de rattachement ne peut se présenter en assurance vie. En effet, l'article 4, § 1, qui ouvre un choix limité entre la loi de la résidence habituelle du preneur et sa loi nationale, ne prévoit pas la réserve de l'élargissement du choix. Cette possibilité n'est prévue que dans le cadre de l'article 4, § 2, qui se fonde sur un seul facteur de rattachement, celui du lieu de l'engagement.

§ 4. TRANSPOSITION DANS LES ETATS MEMBRES

A. En assurance non-vie

236. L'examen des législations de transposition révèle que la question de l'élargissement du choix a été réglée de façon très divergente selon les Etats membres. Seuls les législateurs allemand, britannique et néerlandais paraissent avoir appréhendé le problème dans toute sa dimension. Même si l'on peut attribuer en partie ces disparités à la complexité et à l'originalité du mécanisme d'élargissement du choix, celles-ci n'en demeurent pas moins extrêmement préoccupantes sur le plan des objectifs poursuivis. Elles sapent en effet l'harmonie des solutions qu'une application bien comprise du renvoi à caractère substantiel aurait permis de préserver et font réapparaître le spectre du *forum shopping*.

237. *Espagne*¹⁷⁵, *France*¹⁷⁶, *Luxembourg*¹⁷⁷. Ce premier groupe de pays a choisi la voie la plus étroite. Les lois espagnole, française et luxembourgeoise se contentent de reproduire les règles de conflit primaires telles qu'elles figurent dans la directive (art. 1, § 1, *litt. a, b et c*), en supprimant systématiquement la partie du texte se référant à la possibilité d'extension du choix au second degré.

L'application de ces règles de conflit entraîne en effet, si le juge saisi est français, espagnol ou luxembourgeois, que les parties au contrat ne pourront jamais disposer d'une liberté de choix plus étendue que celle accordée par la règle de conflit primaire, même si celle-ci désigne la loi d'un autre Etat membre. A l'inverse, si le juge saisi fait partie d'un

¹⁷⁵ Pour l'assurance non-vie, loi 21/1990 du 19 décembre 1990 précitée titre II, note 51, art. 107, § 1, et 107, § 2, devenus art. 107 § 1 et § 2 depuis l'adoption de la loi n° 30/1995 du 8 novembre 1995. Pour l'assurance vie, loi n° 30/1995 précitée, art. 108, § 1.

¹⁷⁶ Pour l'assurance non-vie, loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 précitée titre II, note 50, art. 81-1-1°, 2° et 3°. Pour l'assurance vie, loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, précitée titre II, note 30, art. L 83-1.

¹⁷⁷ Pour l'assurance non-vie, loi du 6 décembre 1991 précitée titre II, note 52, art. 45, §§ 1, 2 et 3. Pour l'assurance vie, loi du 18 décembre 1993, précitée titre II, note 32, art. 50, § 1 et 2.

ordre juridique d'un autre Etat membre, et que sa propre règle de conflit primaire inspirée de l'article 1, § 1, *litt. a, b et c*, renvoie au droit français, espagnol ou luxembourgeois, aucun élargissement du choix ne sera possible à défaut d'être autorisé par la loi renvoyante.

La première conséquence est manifestement contraire à la règle de conflit communautaire en ce qu'elle étouffe dès le départ le mécanisme du renvoi à caractère substantiel (voy. *supra* n° 11). La seconde est, en revanche, conforme puisqu'elle se limite à indiquer la position prise au second degré par le législateur français, espagnol ou luxembourgeois sur l'élargissement du choix – celui-ci n'est tout simplement pas admis. Conformément à l'option qui lui était ouverte par la directive, il était loisible au législateur d'adopter la solution la plus restrictive, à savoir celle de l'exclusion de l'élargissement.

La transposition défectueuse, qui consiste dans l'amputation de la règle de conflit primaire, fait renaître le risque de *forum shopping* – la partie contractante qui entend valider le choix de la loi applicable au bénéfice de l'élargissement du choix devra en effet éviter de saisir le juge français, espagnol ou luxembourgeois et choisir un juge dont la règle de conflit permet le renvoi aux fins d'élargissement du choix (par exemple le juge anglais ou néerlandais).

Il nous semble cependant que cette conséquence fâcheuse pourrait être évitée grâce à la théorie de l'effet utile de la directive (voy. *supra* n° 17 et ss.). Celle-ci devrait en effet permettre au juge français, espagnol ou luxembourgeois de faire prévaloir une interprétation conforme à la directive sur le libellé de la règle de conflit nationale et de réintroduire par ce moyen la possibilité d'élargissement du choix prévue par l'article 1, § 1, *litt. a*, 2ème phrase ou 7, § 1, *litt. a*¹⁷⁸.

238. *Belgique*¹⁷⁹. En ce qui concerne l'assurance non-vie, la transposition effectuée par le législateur belge ne brille pas par sa clarté. Il est vrai que les modifications apportées à l'article 28ter par l'arrêté royal du 8 janvier 1993 avaient encore aggravé la situation, car la réserve d'élargissement du choix prévue par l'article 28ter, § 2 n'avait pas été adaptée à la nouvelle numérotation des paragraphes. Ces erreurs matérielles ont heureusement été corrigées par l'arrêté royal du 12 août 1994.

¹⁷⁸ Il faut reconnaître cependant que la possibilité de combler une lacune de la norme nationale par le moyen de la théorie de l'effet utile n'est pas certaine. Voy. à cet égard, F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives... », *op. cit.*, note 36, pp. 14 à 517.

¹⁷⁹ Pour l'assurance non-vie, arrêté royal du 22 février 1991, art. 28ter, § 1 et § 2, tel que modifié par l'arrêté royal du 8 janvier 1993, précités note 60; pour l'assurance vie, arrêté royal du 8 janvier 1993, précité note 60, art. 28nonies, § 1.

L'article 28ter, §1 de l'arrêté royal du 22 février 1991 tel que modifié successivement par les arrêtés royaux du 8 janvier 1993 et du 12 août 1994 insère désormais la réserve issue d'une possibilité d'élargissement du choix dans les hypothèses visées par l'article 28ter, §1er, alinéa1 (défaut de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur), 28ter, §2 (risques situés dans d'autres Etats membres que la Belgique) et 28ter, §3 (risques localisés dans différents Etats membres), mais non dans l'hypothèse visée par l'article 28ter, §1, alinéa2 (coïncidence en Belgique entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur).

Il faut en déduire que la loi belge ne s'oppose pas à un élargissement du choix éventuellement accordé par la loi d'un autre Etat membre, lorsque le risque ou certains risques couverts par le contrat ne sont pas localisés en Belgique ou lorsque le preneur n'y a pas sa résidence habituelle ou son administration centrale. Cette permission apparaît cependant superflue car la question échappait de toute façon à la maîtrise du législateur belge. En revanche, lorsque le risque et la résidence habituelle (ou l'administration centrale) du preneur sont localisés en Belgique, la loi belge refuse apparemment tout élargissement du choix. Ainsi corrigée, la transposition n'est pas à proprement parler incorrecte. Son caractère unilatéral crée toutefois des lacunes lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie de la question est une autorité étrangère dont le règle de conflit primaire désigne la loi belge soit au titre de loi du risque soit au titre de loi de résidence habituelle ou d'administration centrale du preneur. Certes, en cas de coïncidence des deux facteurs de rattachement sur le territoire belge, on peut déduire de l'article 28ter, §1er, le refus de tout élargissement du choix. Mais qu'en est-il dans les autres hypothèses? Il faut sans doute déduire du silence du législateur belge à cet égard, le refus de reconnaître une quelconque faculté d'élargissement du choix de la loi applicable aux parties contractantes, même lorsque la loi belge est déclarée intéressée à la situation par la règle de conflit du for.

En ce qui concerne l'assurance vie, la loi prévoit une solution comparable. Elle refuse toute possibilité d'élargissement du choix lorsque le risque est situé en Belgique. En revanche, lorsque le risque est situé dans un Etat membre autre que la Belgique, on peut sans doute déduire de l'article 28nonies, §1, en dépit d'une ambiguïté certaine, qu'elle ne s'oppose pas à cet élargissement. La précision était cependant inutile, car le législateur belge ne peut de toute façon s'opposer à une extension accordée par un ordre juridique étranger auquel renvoie la règle de conflit.

239. *Allemagne.* La loi allemande présente une structure très complexe et pas toujours cohérente. Les articles 8 et 9 I et II EGVVG¹⁸⁰, applicables à l'assurance vie et à l'assurance non-vie, transposent dans un premier temps, les articles 1, § 1, *litt. a*, *b* et *c* et 4, § 1 sans faire état d'une possibilité d'élargissement du choix au second degré¹⁸¹. La réserve issue de la faculté d'élargissement est exprimée séparément dans l'article 10 III EGVVG. Le juge allemand est ainsi en mesure de se référer aux règles de conflit éventuellement plus permissives de l'Etat membre étranger auquel la règle de conflit primaire a donné compétence.

Cet article admet que les parties puissent se prévaloir d'une liberté de choix plus large lorsque le droit de l'Etat ou des Etats désignés par les règles de conflit prévues par les articles 8 et 9 I et II le permettent. Le mécanisme du renvoi à caractère substantiel est ainsi mis en place dans l'ordre juridique allemand, conformément à l'article 1, § 1, *litt. a*, 2ème phrase et 7, § 1, *litt. a* de la directive¹⁸².

Les articles 10 I et 10 II EGVVG indiquent, quant à eux, la réponse donnée par le législateur allemand à la question de l'élargissement du choix lorsque le droit allemand est désigné par la règle de conflit primaire du for (allemand ou étranger). Lorsqu'il est désigné au second degré, l'ordre juridique allemand accorde aux parties le libre choix de la loi applicable pour l'ensemble des grands risques (et non pas seulement pour les risques de transport comme le faisait initialement l'article 1, § 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie) (art. 10 I EGVVG). Désormais, cette extension est commandée par la troisième directive non-vie au titre d'une règle de conflit primaire. L'article 10 I précise toutefois que les parties ne peuvent se prévaloir de cette liberté que lorsque l'Etat allemand est celui où se localisent le risque et la résidence habituelle du preneur. Cela signifie que le libre choix de la loi applicable n'est accordé pour les contrats couvrant les grands risques que lorsque la règle de conflit primaire du for situé en Allemagne ou dans un autre Etat membre désigne le droit allemand en raison d'une coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur c'est l'hypothèse visée par l'article 1, § 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie (sur la compatibilité de cette restriction avec la directive, voy. *infra* n° 305).

L'article 10 II EGVVG prévoit une autre hypothèse d'élargissement davantage sujette à critique en cas de dispersion des risques liés à des activités commerciales,

¹⁸⁰ Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag, précitée titre II, note 49.

¹⁸¹ L'article IV EGVVG comporte toutefois une extension par rapport à la directive puisqu'il accorde une liberté de choix complète aux parties lorsque le contrat est conclu par correspondance. Cette liberté n'est toutefois accordée que si le preneur a sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne (voy. *infra* n° 305).

¹⁸² C'est la raison pour laquelle l'article 10 III ne se réfère pas aux droits qui peuvent être choisis selon l'article 10 I et 10 II EGVVG. Ces articles se prononcent en effet sur l'élargissement du choix au second degré du point de vue de l'ordre juridique allemand. Voy. à cet égard les interrogations de J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 92.

industrielles ou libérales sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres et d'Etats tiers, le législateur allemand autorise les parties à soumettre le contrat couvrant ces différents risques à la loi de l'un des Etats tiers. Ceci revient à étendre le domaine de l'article 4, § 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie. La règle allemande qui permet d'éviter la scission du contrat d'assurance lorsque celui-ci couvre des risques situés à la fois dans des Etats membres et des Etats non-membres est critiquable, car elle méconnaît le domaine spatial respectif des règles de conflit communautaires et de la Convention de Rome. En outre, elle s'intègre mal dans le mécanisme du renvoi, car l'article 10 II EGVVG ne dit pas si l'extension du choix est accordée uniquement au second degré, c'est-à-dire lorsque l'ordre juridique allemand est déclaré intéressé par la situation en vertu de la règle de conflit primaire du for (preneur résidant habituellement en Allemagne ou risque localisé en Allemagne conformément à l'article 9 II EGVVG si le juge saisi est allemand, ou l'article correspondant s'il s'agit d'un for étranger). La mise en parallèle de l'article 9 II EGVVG et 10 II EGVVG devrait normalement faire prévaloir cette solution.

Une troisième extension du libre choix est prévue au profit des contrats d'assurance vie ou non-vie conclus par correspondance (art. 9 IV EGVVG), mais cette extension n'est curieusement pas intégrée dans le mécanisme du renvoi à caractère substantiel organisé par l'article 10¹⁸³. De plus, elle n'est accordée que sous la condition que le preneur ait sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne. Cette extension présente la particularité de déroger à la règle de conflit primaire. L'article 9 IV ajoute en effet une hypothèse de libre choix complet de la loi applicable non prévue par la directive. A la supposer légitime, elle devrait en tout cas profiter aux parties dans le cadre d'un élargissement recherché au second degré, pourvu que le preneur ait sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne et que la règle de conflit primaire désigne le droit allemand.

240. *Autriche.* La loi autrichienne présente une originalité certaine en ce qu'elle inverse l'ordre des problèmes et résoud immédiatement la question de l'élargissement du choix dans un sens très libéral (§ 4) et réduit ainsi le domaine d'application des règles de conflit prévues par les articles 4, § 1, *litt. a, b et c* de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie aux hypothèses qui ne pouvaient pas être réglées par un élargissement du choix (§ 6)¹⁸⁴.

¹⁸³ J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 792, présentent comme une erreur rédactionnelle le fait que cette extension du choix figure sous l'article 9 et non sous l'article 10.

¹⁸⁴ *Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, précitée titre II, note 33.

Dans un souci d'harmonie avec les règles de la Convention de Rome, le législateur autrichien a entendu consacrer le plus largement possible le libre choix de la loi applicable. La règle de base n'est plus celle de limitation du choix mais celle de la liberté de choix. Toutes les options offertes par les directives sont exploitées dans ce sens. Elles sont résolues méthodiquement et successivement suivant que la règle de conflit primaire renvoie à la loi autrichienne ou à la loi d'un autre Etat membre.

Ainsi, les parties bénéficient-elles du libre choix complet de la loi applicable lorsque le risque ou l'un des risques couverts par le contrat est situé en Autriche ou lorsque le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ou son administration centrale en Autriche (§ 1 (1) et (2) reprenant les hypothèses visées par l'article 1, § 1, *litt. a*, *b* et *c* de la directive LPS non-vie et 4, § 1 de la directive LPS vie). Il en va de même en assurance vie lorsque l'engagement se localise en Autriche. Si la règle de conflit primaire du for autrichien ne renvoie pas à la loi autrichienne mais à un autre Etat membre, le contrat sera également soumis à la loi choisie par les parties pour autant que l'Etat membre en question permette ce libre choix. L'on se situe en dehors des conditions d'octroi d'une liberté complète de choix. Les parties ne bénéficient que du choix limité ouvert par les règles de conflit primaires (§ 1 (1) et (2)).

Si la règle de conflit primaire du for autrichien ou d'un for étranger renvoie à la loi autrichienne, celle-ci accorde donc aux parties une liberté de choix non limitée. Pour les contrats où une protection du preneur d'assurance s'avère nécessaire, une règle de conflit spécifique est cependant prévue, qui vient corriger cette liberté sans l'exclure. Selon le § 1 (1) en effet si le contrat est conclu à la suite d'un démarchage de l'assureur ou d'un intermédiaire habilité à agir en son nom dans l'Etat où se situe la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur, le choix de la loi applicable ne pourra porter atteinte à l'application des dispositions impératives de cet Etat, visant à la protection du preneur d'assurance. Cette disposition, clairement inspirée du rattachement alternatif prévu par l'article 1 de la Convention de Rome, n'est toutefois pas applicable lorsque le preneur d'assurance est une entreprise et que le contrat porte sur un des grands risques visés par l'annexe B de la loi (§ 1 (2)).

Ce faisant, le législateur autrichien paraît avoir répondu correctement à la plupart des options ouvertes par les directives. Le seul élément critiquable à nos yeux résulte de la substitution qui s'opère entre le rattachement alternatif prévu par le § 1 de la loi autrichienne et le rattachement impératif prévu par l'article 1, § 1, *litt. a*, qui, visant lui-même un but de protection, n'est pas transposé dans la loi autrichienne.

241. *Finlande.* Si la loi finlandaise prévoit clairement que les parties peuvent se prévaloir de la liberté de choix qui leur est laissée par un Etat membre déclaré compétent par la règle de conflit, en revanche, elle ne répond pas de façon précise et non équivoque à la même question, lorsque la règle de conflit primaire du for finlandais ou étranger désigne l'ordre juridique finlandais¹⁸⁵. La seule trace d'un possible élargissement résulte d'une disposition curieuse du §1 qui prévoit, au titre d'une règle de conflit primaire, que les parties peuvent convenir, à tout moment, que la loi applicable sera celle de la résidence habituelle du preneur. Encore faut-il remarquer que cette règle n'opère pas au second degré et n'ouvre pas non plus de réelles perspectives d'élargissement par rapport aux règles de base. Il semble que la difficulté provienne d'une mauvaise compréhension du rattachement impératif prévu par l'article1, §1, *litt. a* de la directive LPS non-vie et 4, §1 de la directive LPS vie. Le législateur finlandais a en effet transformé ce rattachement en une règle de conflit subsidiaire, applicable uniquement à défaut de choix des parties (§1). La disparition de la règle de conflit impérative justifiait l'adoption d'une règle spécifique visant à protéger la partie faible. C'est pourquoi le §2 réserve l'application des dispositions impératives de droit finlandais relatives à la protection des consommateurs, lorsque le preneur d'assurance est un consommateur ayant sa résidence habituelle en Finlande et que le contrat d'assurance a été conclu à la suite d'un démarchage commercial de l'assureur ou de son représentant en Finlande. Cette modification de la structure du rattachement par rapport au texte initial des directives paraît critiquable.

242. *Italie.* La loi italienne étonne par la liberté qu'elle prend à l'égard des hypothèses visées par l'article1, §1 de la directive LPS non-vie et 4, §1 de la directive LPS vie. Elle établit en effet une distinction fondamentale entre les contrats couvrant des risques ou des engagements situés en Italie et les contrats couvrant des risques situés dans un autre Etat membre¹⁸⁶.

En vertu des articles108, § 1 (assurance vie) et 122, §1 (assurance non-vie), les premiers sont régis par la loi italienne, à l'exclusion des règles de droit international privé. Par cette restriction, le législateur entendait sans doute exclure le renvoi. Les articles108, §1 et 122, §1, poursuivent en affirmant que les parties peuvent convenir de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays, sous réserve des limites découlant de l'application des règles impératives. Quant aux contrats couvrant des risques situés à l'étranger, ceux-là sont régis, lorsqu'il s'agit d'assurances non-vie, par la législation de l'Etat membre où les

¹⁸⁵ Loi 91/1993 du 8 janvier 1993, précitée, titreIII, note14, §1 pour l'assurance non-vie, §1 pour l'assurance vie.

¹⁸⁶ Pour l'assurance non-vie, décret législatif du 15 janvier 1992, n°49 précité titre II, note 60, remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n°75 également précité; pour l'assurance vie, décret législatif du 23 décembre 1992, n°15, précité titre II, note10, remplacé par le décret législatif du 17 mars 1995, n°74, également précité.

risques sont situés, sous réserve que les parties ne soient convenues, conformément à cette loi, de soumettre le contrat à la législation d'un autre pays (art. 22, § 3). Le décret législatif transposant la directive LPS vie semble se désintéresser de cette hypothèse.

La loi italienne ne retient donc comme critère de rattachement que le lieu du risque ou de l'engagement. Pour le surplus, lorsque le risque est situé dans un autre Etat membre que l'Italie, le législateur italien semble admettre la possibilité d'une extension du choix. En d'autres termes, le juge italien pourra, le cas échéant, appliquer au second degré une règle de conflit étrangère du pays du risque ou de l'engagement plus permissive que sa propre règle de conflit primaire. Les parties contractantes pourront, quant à elles, se prévaloir de l'extension du choix qui leur est accordée par cette règle de conflit.

Lorsque le risque est situé en Italie, le législateur italien semble consentir au choix de la loi applicable sous réserve des règles impératives (*norme imperative*). Cette disposition est sujette à interprétation par rapport à quelle règle de conflit italienne permissive faut-il apprécier l'extension et les limites du choix ? Les articles 108, § 3 et 222, § 4 se réfèrent certes à la Convention de Rome pour tout ce qui n'est pas expressément prévu par la loi, mais cette référence vaut-elle également pour l'élargissement du choix au second degré ? Dans le cadre des directives, nous avons vu que le renvoi aux règles générales de droit international ne pouvait servir de fondement à un élargissement. Il peut difficilement en être autrement de la loi italienne.

Comment faut-il ensuite interpréter la réserve des règles impératives ? S'agit-il des règles impératives de droit interne ou de droit international privé (lois de police) ? Si le choix n'était autorisé que dans les limites des règles impératives de droit interne italien (article 1992 du Code civil pour ce qui concerne le contrat d'assurance), l'élargissement ne pourrait intervenir que dans les limites du droit supplétif et il ne s'agirait pas d'une véritable autonomie de droit international privé. Faut-il y voir plutôt un mécanisme proche de l'article 1 de la Convention de Rome, la loi étrangère choisie dans le cadre de l'élargissement ne pouvant pas priver le preneur de la protection que lui accorde la loi italienne (pays du risque) ? Ou faut-il la comprendre comme une expression de la réserve classique de l'intervention des lois de police ? Autant de questions qui, pour l'instant, restent sans réponse. Ce qui est incontestable, c'est l'incompatibilité de la loi italienne avec les articles 7 de la directive LPS non-vie et 4 de la directive LPS vie, incompatibilité qui devrait être corrigée par le recours à la théorie de l'effet utile de la directive (voy. *supra* n° 17).

243. *Portugal.* Comme la loi italienne, la loi portugaise ne laisse apercevoir aucune distinction claire entre la règle de conflit primaire et la règle de conflit permissive appelée à jouer au second degré. Les articles 180, §1, 181, §1 et 182, §1 du décret du 20 avril 1994 reproduisent en termes unilatéraux (risque ou engagement situé au Portugal) les hypothèses visées par l'article 1, §1, *litt. a*, b et c de la directive LPS non-vie et 4, §1 de la directive LPS vie, tandis que les articles 180, §2, 181, §2 et 182, §2, prévoient que les parties contractantes peuvent choisir la loi d'un autre pays¹⁸⁷.

A défaut de distinguer clairement le choix au premier degré et le choix au second degré, le paragraphe 2 des articles cités paraît contredire la solution donnée par le paragraphe 1. En effet, dans toutes les hypothèses visées, le second paragraphe semble autoriser les parties à choisir une autre loi que celle indiquée au premier paragraphe à la seule condition que le risque soit localisé sur le territoire portugais, si bien que celui-ci est pratiquement vidé de sa substance.

La transposition réalisée par le législateur portugais laisse donc perplexe. Il semble que celui-ci n'ait pas convenablement maîtrisé la technique, il est vrai complexe, du renvoi à caractère substantiel. Comprise comme une exception aux règles de conflit primaires, elle perd toute signification. Pour restituer un sens à ces dispositions, il faudrait interpréter les articles 180, §2, 181, §2 et 182, §2 comme ouvrant un choix au second degré lorsque la loi portugaise est déclarée intéressée à la situation, en tant que loi du pays du risque, après la mise en œuvre de la règle de conflit primaire du for portugais ou étranger. Dans ce cas, les parties disposaient d'une liberté de choix complète.

244. *Irlande.* La loi irlandaise fournit un exemple de transposition non pas incorrecte, mais incomplète du mécanisme du renvoi à caractère substantiel. Elle reproduit en effet *in extenso* les règles de conflit primaires en y incluant, comme il se doit, la référence à la possibilité d'élargissement du choix¹⁸⁸. En revanche, la loi irlandaise ne contient apparemment aucune disposition explicite indiquant la position prise par l'ordre juridique irlandais sur la possibilité d'élargissement au second degré, de sorte que si la règle de conflit primaire du for (irlandais ou étranger) désigne le droit irlandais le processus ne peut être mené à son terme.

¹⁸⁷ Décret-loi n°352/91 du 20 septembre 1991 précité titre II, note 60, modifié par le décret-loi n°102/94 du 20 avril 1994 précité titre II, note 60. Le texte du 20 septembre 1991 ajoutait: «Notamment celle de l'Etat membre où peuvent survenir les sinistres relatifs aux risques couverts par le contrat». La précision a été supprimée dans la dernière version du texte. On pouvait s'interroger sur la pertinence de cette référence, qui n'était d'ailleurs pas conforme à l'interprétation que nous avons proposée de l'article 1, §1, *litt. a* de la directive LPS non-vie (voy. *supra* n°352 et ss.).

¹⁸⁸ Pour l'assurance non-vie, European Communities (Non-Life Insurance) Framework, Regulations, 1994, SI, n°359 of 1994, précité titre II, note 60, part 4, art. 23 (1) (a) et (d); pour l'assurance vie, European communities (Life Insurance) framework Regulations, 1994, SI, n°360 of 1994, précitées titre II, note 60, part 5, art. 22 (1) (a).

En l'absence de désignation d'une règle de conflit permissive, il semble qu'il faille en revenir dès lors à la règle de conflit primaire. En effet, la simple mention «*Toutefois, lorsque le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays*», ne suffit assurément pas à caractériser la volonté du législateur irlandais d'accorder une liberté de choix plus étendue que celle octroyée par la règle de conflit primaire. La transposition est incomplète en ce qu'elle omet de définir une règle permissive qui permettrait d'élargir le choix lorsque la règle de conflit primaire désigne l'ordre juridique irlandais.

245. *Royaume-Uni, Pays-Bas, Danemark.* Les législations britanniques et hollandaises fournissent l'exemple rare d'une transposition parfaitement conforme des directives.

Dans un premier temps, *la loi britannique* reproduit en effet *in extenso* et à l'identique les règles de conflit primaires prévues par la directive, sans oublier la faculté d'élargissement du choix au second degré¹⁸⁹. Les conditions pour que le renvoi à caractère substantiel puisse être mis en œuvre en cas de saisine d'un juge du Royaume-Uni sont donc remplies. Dans un second temps, la même loi définit dans une disposition distincte la position prise par l'ordre juridique britannique à l'égard de la possibilité d'élargissement du choix au cas où la loi d'une unité territoriale du Royaume-Uni serait déclarée compétente par la règle de conflit primaire. Dans cette hypothèse, l'élargissement du choix a été autorisé tout d'abord par référence aux règles générales de droit international privé britannique (règle de conflit permissive)¹⁹⁰. La seule difficulté pratique était alors de savoir si cette référence devait s'entendre des règles de la *common law*¹⁹¹ ou de celles de la Convention de Rome. La question n'était pas dénuée d'intérêt pratique car, en matière d'obligations contractuelles, la *common law* s'appuie, comme la Convention de Rome, sur le principe d'autonomie des volontés, mais elle ne comporte pas de règles restrictives comparables à celles de l'article 5 à propos des contrats de consommation. Le législateur a saisi l'occasion de la transposition de la directive LPS vie pour préciser ses intentions à cet égard. Il est désormais expressément prévu que l'extension du choix doit s'apprécier, tant en assurance vie (*long term business*) qu'en assurance non-vie (*general*

189 Pour l'assurance non-vie, Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, précitées, titre II, note 60, Schedule, 3A, 1 (1) et (4); pour l'assurance vie Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, précitées titre II, note 60, Schedule 3A, 2 (6).

190 Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, Schedule 3A, Part III, 5 (1) et (2).

191 En ce sens, C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 6, pp. 39 et 42.

business), par rapport à la Convention de Rome (*Contracts (Applicable Law) Act 1990*)¹⁹².

En résumé, si le juge saisi est britannique, et si la règle de conflit primaire désigne la loi anglaise (sur le conflit interterritorial voy. *infra* n°324 et ss.), les parties bénéficient du choix de la loi applicable dans les limites fixées par la Convention de Rome. Il en est de même si le juge saisi fait partie d'un ordre juridique différent et que sa propre règle de conflit primaire désigne la loi d'une unité territoriale du Royaume-Uni.

Le législateur néerlandais a, quant à lui, adopté une méthode de transposition originale qui lui a permis d'intégrer adéquatement le mécanisme d'élargissement du choix. La loi néerlandaise renvoie en effet directement aux directives et aux règles de conflit originales telles qu'elles sont formulées par les directives LPS vie et non-vie et limite son contenu matériel uniquement à la solution des options laissées ouvertes par celles-ci. En ce qui concerne le renvoi à caractère substantiel, la question de l'élargissement du choix au second degré est résolue par référence expresse aux règles de la Convention de Rome¹⁹³. Le législateur hollandais indique ainsi clairement que si la règle de conflit primaire du for (néerlandais ou étranger) désigne le droit hollandais, les possibilités d'élargissement du choix doivent être appréciées par référence aux règles de la Convention de Rome. Une liberté de choix plus large sera donc ouverte aux parties si et dans la mesure où cette Convention le permet. S'il s'agit par exemple d'un contrat de consommation au sens de l'article3, les parties pourront bénéficier du libre choix, mais ce choix ne pourra priver le preneur de la protection que lui accorde la loi de sa résidence habituelle. Dans les autres cas, les parties bénéficieront d'une liberté de choix complète dans les conditions fixées par l'article3.

Le législateur danois s'est, lui aussi, contenté d'une référence directe aux règles de conflit de lois telles qu'elles sont prévues par les directives, mais à la différence du législateur néerlandais, en oubliant de prendre parti sur les options¹⁹⁴. Dès lors, le mécanisme d'élargissement peut opérer lorsque la règle de conflit du for danois déclare compétente la loi d'un autre Etat membre qui accorde une liberté de choix plus importante, mais non lorsque la règle de conflit du for danois ou étranger désigne la loi danoise.

¹⁹² Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, Schedule 3A, Part I, 5 (1) et (2); Part II, 10 (1) d(2); pour un commentaire voy. I. MAC NEIL, «The legal framework in the United Kingdom for insurance policies sold by E.C. insurers under freedom of services», *I.C.L.Q.*, 1995, p.29.

¹⁹³ Pour l'assurance non-vie, loi du 18 avril 1991, précitée titre II, note 59, art.3, (a), (1°) et (2°); pour l'assurance vie, loi du 2^e décembre 1992, précitée titre II, note, art.3, (a). Voy. également les travaux préparatoires, Tweede Kamer Vergaderjaar 1989-1990, 21.550, n° 3, p. 4.

¹⁹⁴ Réglementation n°60 du 27 juin 1994, précitée titreIII, note38.

Sans que la solution soit certaine en l'absence d'une référence explicite, c'est probablement par rapport à la Convention de Rome que cet élargissement doit s'apprécier. En effet, dès l'incorporation anticipée de cette Convention dans l'ordre juridique danois, le législateur avait étendu son champ d'application aux contrats d'assurance couvrant des risques situés dans la Communauté européenne¹⁹⁵.

§ 5. CONCLUSION

246. L'examen des législations de transposition fait clairement ressortir que le mécanisme à la fois complexe et original du renvoi à caractère substantiel introduit dans le règlement des conflits de lois un élément d'insécurité et d'incertitude préjudiciable à l'exercice des activités d'assurance en libre prestation de services.

La diversité des transpositions détruit l'apparente uniformité des solutions prévues par les directives en ce qui concerne l'étendue du choix de la loi applicable et fait renaître par conséquent le spectre du *forum shopping* que les autorités communautaires avaient précisément voulu supprimer par la coordination des règles de conflit de lois. Cet objectif est manqué, car suivant que le juge saisi appartient à l'ordre juridique de tel ou tel Etat membre, la possibilité d'un élargissement du choix peut être ou n'être pas accordée par la règle de conflit primaire. Dans ce contexte, seule la théorie de l'effet utile permettrait de rétablir une base de départ uniforme au plan des règles de conflit primaires, tout en laissant aux Etats membres la liberté d'accorder ou non un choix élargi au second degré.

Comme la transposition effectuée par les Etats membres ne supprime pas l'intérêt du choix du for et que la Convention de Bruxelles, telle que modifiée le 9 octobre 1978, laisse effectivement ce choix au demandeur (s'il est le preneur d'assurance) (art. 1^{er} à 10) (pour un commentaire, voy. *infra*), les parties sont quasiment dans l'impossibilité de définir au moment de la conclusion du contrat, l'étendue exacte du choix de la loi applicable qui leur est laissée. Dès lors, elles seront incitées à se fier uniquement aux règles de conflit primaires, la possibilité d'élargissement du choix au second degré étant appelée, quant à elle, à rester lettre morte. Les parties au contrat d'assurance ne peuvent en effet courir le risque d'une invalidation subséquente du choix de la loi applicable avec toutes les conséquences que cela représente pour le contenu du contrat et les obligations réciproques des parties. Il est vraisemblable que les parties auront tendance à choisir la sécurité que leur offre la règle de conflit primaire, plutôt que de spéculer sur

¹⁹⁵ Voy. A. PHILIP, «Private international law of insurance in Denmark and the European Communities», in *Festschrift K. Grönfors*, Sartryck, Norstedts, pp. 350 et 356.

l'élargissement possible du choix que pourrait accorder le for saisi au bénéfice du renvoi à caractère substantiel.

SECTION 3. CHOIX ILLIMITE DE LA LOI APPLICABLE

247. L'article 4 de la directive LPS non-vie prévoit une seule hypothèse où les parties disposent d'une liberté complète de choix de la loi applicable au titre d'une règle de conflit primaire. En assurance vie en revanche, une liberté complète de choix de la loi applicable n'est consacrée, ni par la directive LPS vie, ni par la troisième directive vie.

§ 1. LE CHOIX ILLIMITE EN ASSURANCE NON-VIE

« Pour les risques visés à l'article 5 point d) sous i) de la première directive, les parties au contrat peuvent choisir n'importe quelle loi. »

(directive LPS non-vie, art. 7, § 1, litt. a)

« Pour les risques visés à l'article 1 point d) de la directive 73/239/CEE, les parties ont le libre choix de la loi applicable. »

(troisième directive non-vie, art. 17)

A. Conditions d'application et mise en œuvre

248. *Risques bénéficiant d'une liberté de choix complète.* Dans un premier temps, l'article 4, § 1, litt. a) de la directive LPS non-vie n'accordait la plénitude du choix de la loi applicable que pour la couverture des risques visés à l'article 5 point d) sous i), à savoir les risques du transport classés sous les branches n° 4 (corps de véhicules ferroviaires), n° 5 (corps de véhicules aériens), n° 6 (corps de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux), n° 7 (marchandises transportées, y compris les marchandises, bagages et tous autres biens, quel que soit le moyen de transport), n° 11 (R.C. véhicules aériens, y compris la responsabilité du transporteur), et n° 12 (R.C. véhicules maritimes, lacustres et fluviaux, y compris la responsabilité du transporteur). Ces branches sont énumérées au point A de la première directive établissement en assurance non-vie.

L'article 17 de la troisième directive non-vie élargit sensiblement cette énumération en étendant le libre choix à l'ensemble des grands risques tels qu'ils sont définis à l'article 5 de la directive LPS non-vie, c'est-à-dire, outre les risques déjà cités,

- les risques classés sous les branches n°14 et 15 (crédit, caution) du point A de l'annexe pour autant que le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale et que le risque soit relatif à cette activité;
- les risques classés sous les branches n°1 (corps de véhicules terrestres), n°8 (incendie et éléments naturels), n°9 (autres dommages aux biens), n°10 (R.C. véhicules terrestres automoteurs), n°13 (R.C. générale) et n°16 (pertes pécuniaires diverses) du point A de l'annexe, pour autant que le preneur dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants (seuils de la deuxième étape applicables à partir du 1er janvier 1993)
 - total du bilan : 6,2 millions d'Ecus,
 - montant net du chiffre d'affaires : 12,8 millions d'Ecus,
 - nombre de membres du personnel employé en moyenne au cours de l'exercice 250¹⁹⁶.

249. *Influence de la classification administrative des risques.* On remarquera que parmi les hypothèses visées par l'article1, l'article1, §1, *litt.f* est le seul qui détermine son domaine matériel d'application par rapport à la classification technique des risques en branches d'activités. Cette référence suscite différents problèmes.

1°) La couverture des risques du transport ou des grands risques peut tout d'abord comporter des garanties accessoires qui appartiennent à d'autres branches que celles visées et qui pourraient relever de la catégorie des risques de masse par nature indépendamment des conditions de seuils (accident, maladie, protection juridique, assistance...). Ces garanties accessoires peuvent-elles bénéficier du libre choix accordé à la garantie principale?

Dans le sens de l'affirmative, l'on pourrait s'appuyer par analogie sur le point C de l'annexe de la première directive établissement en assurance non-vie, qui, sous l'intitulé «Risques accessoires», prévoit que «Entreprise obtenant l'agrément pour un risque principal appartenant à une branche ou à un groupe de branches peut également garantir des risques compris dans une autre branche sans que l'agrément soit exigé pour ces risques, lorsque ceux-ci

- sont liés au risque principal;
- concernent l'objet qui est couvert contre le risque principal; et

¹⁹⁶ L'article1 donne à chaque Etat membre la faculté d'ajouter à cette catégorie les risques assurés par des associations professionnelles, des co-entreprises et des associations momentanées. Ont notamment fait usage de cette faculté les lois britannique, irlandaise, française, hollandaise, danoise et belge. Sources : Doc. C.E.A., MC138 (10/92) précité note 88.

- sont garantis par le contrat qui couvre le risque principal¹⁹⁷.

Bien que le point C de cette annexe se réfère aux conditions administratives d'agrément, l'on devrait pouvoir s'en inspirer pour étendre aux garanties accessoires (aux mêmes conditions que celles prévues dans l'annexe) la liberté de choix accordée aux garanties principales. Cette solution permettrait d'éviter, dans la plupart des cas, le dépeçage du contrat, suivant que les garanties entrent ou non dans les branches visées par l'article 17, § 1, *litt. f*. Les garanties accessoires étant régies par la même loi que les garanties principales, l'unité juridique du contrat d'assurance serait ainsi préservée. Ce n'est que si les conditions d'accessorité n'étaient pas remplies qu'il faudrait acquiescer au dépeçage, les garanties accessoires restant alors soumises à l'article 17, § 1, *litt. f* à *e*.

2°) La référence aux branches visées en annexe de la première directive ne permet pas non plus de garantir l'étanchéité des situations visées par l'article 17. Par exemple, une assurance tous risques bagages durant un transport aérien (dommage, perte, vol) fait-elle partie de la branche marchandises transportées (dommage subi par les marchandises transportées ou par les bagages) bénéficiant d'une liberté de choix complète, ou de la branche assistance ne bénéficiant que de possibilités de choix limitées? Pour répondre à cette question, il faut sans doute s'inspirer de la portée de l'agrément administratif reçu par l'entreprise d'assurances contractante. Si celle-ci est agréée en branche 17 et non en branche 18, le contrat devrait être soumis à la loi choisie par les parties conformément à l'article 17, § 1, *litt. f*.

3°) Enfin, la référence aux branches définies en annexe efface toute distinction entre le caractère professionnel ou non professionnel des activités exercées, dans le chef de l'assuré. A priori, l'assurance du transport occasionnel d'une antiquité effectué par un non-professionnel pourrait bénéficier de la même liberté de choix que si ce transport était effectué par un professionnel. De même, l'assurance de biens privés à l'occasion d'un déménagement international donnerait aux parties la même liberté que celle qui est reconnue pour l'assurance de marchandises¹⁹⁸. Les risques crédit et caution échappent toutefois à cette objection car ceux-ci ne sont considérés comme grands risques que si le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale et si le risque est relatif à cette activité.

¹⁹⁷ Des exceptions sont prévues en ce qui concerne les branches 14, 15 (crédit-caution) et 17, qui ne peuvent en principe être considérés comme risques accessoires d'autres branches.

¹⁹⁸ Voy. l'objection formulée par H.J.G. VAN HUIZEN, *op. cit.*, note 10, p. 66.

250. *Portée et limites du choix.* Lorsque les risques couverts font partie des risques transport (directive LPS non-vie) ou des grands risques tels qu'ils sont définis ci-dessus (troisième directive non-vie), les parties peuvent choisir «l'importe quelle loi». L'expression est certes peu fréquente dans la terminologie juridique du droit international privé, mais elle a le mérite d'indiquer clairement que les parties ne sont pas soumises dans ces hypothèses aux limitations qui affectent le choix de la loi dans les autres cas. La troisième directive revient d'ailleurs à une formulation plus classique à cet égard.

Quelle que soit la formulation utilisée, elle implique que le choix n'est pas limité à la loi d'un Etat membre. Ce peut être la loi d'un pays tiers, même si celle-ci n'a aucun lien avec la situation contractuelle¹⁹⁹.

Cette liberté n'est cependant pas totale. Elle ne fait bien entendu pas obstacle à l'intervention des lois de police, ni à l'exception d'ordre public. Elle est tempérée en outre par l'article 17, § 1, *litt. c* qui prévoit que «le choix par les parties d'une loi ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul Etat membre, porter atteinte aux dispositions impératives de cet Etat, c'est-à-dire aux dispositions auxquelles la loi de cet Etat ne permet pas de déroger par contrat» (sur les limites du choix, voy. *infra* n° 369 et ss.). En réalité, la liberté de choix de la loi applicable se voit ainsi reconnaître la même portée que celle qui lui est donnée par l'article 3 de la Convention de Rome.

B. Justification du libre choix

251. *Libre choix et assurance transport.* On a tenté de justifier le libre choix dans le domaine de l'assurance transport en faisant valoir que si le risque est situé dans l'Etat membre d'immatriculation du véhicule, le sinistre peut, quant à lui, se produire dans n'importe quel pays²⁰⁰. Cette explication est insuffisante car elle se vérifie aussi pour les assurances R.C. automobile où la même liberté n'a pourtant pas été accordée. Mais surtout, on peut douter de la pertinence du critère du lieu de survenance du sinistre pour opérer le rattachement du contrat d'assurance (voy. *supra* n° 252 et ss.). La reconnaissance immédiate d'une liberté de choix complète pour les assurances du transport s'explique plutôt par le fait que cette liberté était traditionnelle dans ce secteur bien avant l'adoption des directives européennes. Elle favorise à n'en pas douter la commercialisation des polices européennes uniques déjà largement diffusées, qui ont pu profiter d'un environnement moins réglementé au plan contractuel (polices tous risques «*stock and transit*».)²⁰¹.

¹⁹⁹ En ce sens, M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance...», *op. cit.*, note 6, p. 252, n° 25; C.G.J. MORSE, *op. cit.*, note 6, p. 37.

²⁰⁰ A. GIANNELLA, *op. cit.*, note 110, p. 25.

²⁰¹ P. FONTEYNE, *op. cit.*, note 92, p. 88.

L'article 17, § 1, *litt. a* peut sans doute être mis en relation avec l'article 12bis de la Convention de Bruxelles, telle que modifiée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, qui autorise les clauses attributives de juridiction dans les contrats couvrant des risques de transport maritime. Dans ce cas, la définition des risques paraît cependant à la fois plus précise et plus restrictive, puisqu'elle vise principalement les assurances maritimes et aériennes, détermine limitativement les garanties visées et inclut tous risques liés accessoirement à l'un de ceux visés (voy. à cet égard *infra* n° 108)².

252. *Libre choix et grands risques.* On ne peut manquer de constater que, dans leur formulation initiale, les règles de conflit communautaires ne s'inscrivaient pas de façon parfaitement cohérente dans le schéma de la directive LPS non-vie qui distinguait, pour opérer l'attribution des pouvoirs de surveillance aux autorités de contrôle du pays d'établissement de l'assureur ou du pays du risque, entre les grands risques et les risques de masse. Cette distinction, censée isoler les risques qui nécessitent une protection particulière dans le pays où réside le preneur, n'a pas été reproduite immédiatement dans les règles de conflit prévues par l'article 17 de la directive LPS non-vie. Vu l'influence supposée du droit contractuel sur l'exercice des activités d'assurance et les enseignements des arrêts de la Cour de Justice du 4 décembre 1986, on aurait pourtant pu s'attendre à ce que le principe du libre choix soit ouvert d'entrée de jeu à l'ensemble des grands risques³.

La troisième directive non-vie a heureusement rétabli une certaine cohérence dans la structure du rattachement à cet égard, en étendant le libre choix à l'ensemble des grands risques. On ne perdra pas de vue cependant que la distinction entre grands risques et risques de masse, maintenue en droit international privé, n'influence plus le droit administratif, les pouvoirs de contrôle étant concentrés aux termes de la troisième directive non-vie, entre les mains des autorités du pays du siège social.

²⁰² Convention de Bruxelles (précitée titre II, note 19), art. 12 bis « Les risques visés [...] sont les suivants »

1. tout dommage :

a) aux navires de mer, aux installations au large des côtes et en haute mer ou aux aéronefs, causé par des événements survenant en relation avec leur utilisation à des fins commerciales;

b) aux marchandises autres que les bagages des passagers, durant un transport réalisé par ces navires ou aéronefs soit en totalité, soit en combinaison avec d'autres modes de transport;

2. toute responsabilité, à l'exception de celle des dommages corporels aux passagers ou à leurs bagages, a) résultant de l'utilisation ou de l'exploitation des navires, installations ou aéronefs, conformément au point 1 sous a) ci-dessus, pour autant que la loi de l'Etat contractant d'immatriculation de l'aéronef n'interdise pas les clauses attributives de juridiction dans l'assurance de tels risques;

b) du fait de marchandises durant un transport visé au point 1 sous b) ci-dessus;

3. toute perte pécuniaire liée à l'utilisation ou à l'exploitation des navires, installations ou aéronefs conformément au point 1 sous a) ci-dessus, notamment celle du fret ou du bénéfice d'affrètement;

4. tout risque lié accessoirement à l'un de ceux visés aux points 1 à 3 ci-dessus.³

²⁰³ Voy. P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 100, p. 50, qui dénonce à juste titre cette incohérence.

253. *Libre choix et LPS passive.* Toute entière absorbées par une distinction établie suivant la nature des risques et la qualité des preneurs d'assurance, les autorités communautaires n'ont prêté aucune attention aux modalités de souscription du contrat. Les actes qui précèdent la conclusion ne se voient reconnaître aucune pertinence juridique sur le plan du droit applicable. Ainsi, les assurances prises à l'initiative du preneur auprès d'une compagnie non établie dans son pays de résidence ne font l'objet d'aucun régime particulier dans le cadre de l'article 17, bien que ces situations ne nécessitent probablement pas la même protection que lorsque la souscription a lieu à la suite d'une démarche commerciale de l'assureur²⁰⁴. Contrairement à la Convention de Rome, les parties contractantes ne disposent pas, dans ces circonstances, du libre choix complet de la loi applicable. En ce qui concerne les contrats conclus par les consommateurs, l'article 17 de la Convention de Rome ne garantit en effet la protection accordée par les dispositions impératives de la loi du pays de la résidence habituelle, que dans des circonstances précisément décrites par l'article 17, § 1. L'hypothèse d'un consommateur s'adressant de son plein gré à un cocontractant établi ou résidant à l'étranger n'en fait pas partie.

Il conviendra par conséquent d'examiner si, pour les contrats d'assurance entrant dans le domaine des règles de conflit communautaires, la liberté de choix dans une telle hypothèse ne devait pas être prévue explicitement par la loi de transposition ou si elle ne pourrait pas, à défaut, se déduire directement de l'article 19 du Traité (voy. *infra* n° 239).

C. Transposition dans les Etats membres

254. Dans une première approche, on peut classer les législations de transposition en plusieurs catégories. Certains s'en tiennent à une transposition plus ou moins fidèle du texte: ils ont tout d'abord reconnu le principe du libre choix pour les risques de transport et l'ont étendu ensuite à l'ensemble des grands risques conformément à la troisième directive non-vie. Il s'agit de *la France*²⁰⁵, du *Luxembourg*²⁰⁶, du *Royaume-Uni*²⁰⁷, de

²⁰⁴ Lors de la préparation de l'avant-projet du Comité Européen des Assurances présenté à la Commission en janvier 1967, les assureurs belges et hollandais s'étaient déclarés en faveur du libre choix pour les assurances prises à l'initiative du preneur. Cette proposition n'a pas été retenue au motif que la preuve de cette initiative risquait d'être difficile à rapporter et pouvait donc donner lieu à des incertitudes et à des fraudes. Voy. A. BESSON, «Loi applicable aux contrats d'assurance...», *op. cit.*, note 6, p. 136. Au vu de cette argumentation, on s'étonnera que le même concept ait pu fournir ultérieurement la base de la directive LPS vie.

²⁰⁵ Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 précitée titre II, note 50, art. 17-181-1, 5° qui ne procède pas par renvoi à l'annexe, mais par l'énumération exhaustive des branches visées; modifiée par la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 modifiant le Code des assurances en vue notamment de la transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des Communautés européennes, dont l'art. 17 étend le libre choix à l'ensemble des grands risques.

²⁰⁶ Loi grand-ducale du 6 décembre 1991 précitée titre II, note 52, art. 15, § 1, qui omettait curieusement les assurances portant sur les marchandises et les assurances de la responsabilité civile (branches n° 17,

*l'Irlande*²⁰⁸ et aussi semble-t-il des *Pays-Bas*²⁰⁹ et du *Danemark*²¹⁰. Les Etats ayant adhéré ultérieurement à l'Union européenne ont consacré sans transition le libre choix pour les grands risques (Autriche²¹¹, Finlande²¹²).

D'autres Etats membres avaient omis dans un premier temps de transposer l'article 1, § 1, *litt. f*. Il s'agissait du *Portugal*²¹³ et de *l'Espagne*²¹⁴. Cette omission pouvait s'expliquer par le régime transitoire dont ces Etats bénéficiaient en vertu de l'article 17 de la directive LPS non-vie, qui leur permettait de soumettre l'ensemble des risques au régime prévu pour les risques de masse jusqu'au 31 décembre 1992²¹⁵. La loi espagnole transposant les directives de la troisième génération comporte désormais une disposition ouvrant le libre choix à l'ensemble des grands risques, ce qui permet à l'Espagne de s'aligner sur la solution suivie dans les autres pays²¹⁶. Le législateur portugais s'est curieusement abstenu d'en faire autant²¹⁷. Ceci s'explique sans doute par la confusion entretenue entre la règle de conflit primaire et secondaire et par la faculté largement reconnue aux parties, mais contraire aux directives, de déroger aux règles de conflit primaires énoncées par l'article 1, § 1 de la directive LPS non-vie.

La transposition effectuée par le *législateur italien* présente le même caractère atypique, puisque l'on n'y retrouve pas explicitement l'hypothèse visée par l'article 1, § 1, *litt. f* pas plus qu'on y retrouvait celles visées par l'article 1, § 1, *litt. a, b, c ou d*²¹⁸.

n° 1 et n° 12), ce qui constituait une transposition incorrecte de la directive. Cette erreur a été corrigée par la loi du 8 décembre 1994 qui étend le libre choix à l'ensemble des grands risques.

207 Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990, précitées titre II, note 60, Schedule 3A, 1, (6), qui reprend la classification administrative par branche; disposition modifiée par l'Insurance Companies (Third Insurance Directives) Regulations 1994, qui fait référence aux grands risques.

208 European Communities (Non Life Insurance Amendment) Regulations 1991, précitées titre II, note 60, art. 1 (1) (f), qui reprend également la classification administrative par branche; disposition modifiée à la suite de l'European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994, Part 4, art. 3 (1), *litt. f* qui se réfère de façon générale aux grands risques.

209 Loi du 18 avril 1991 précitée titre II, note 57, dont l'article 1 ne prévoyait aucune extension par rapport aux branches citées par l'article 1, § 1, *litt. f* de la directive LPS non-vie. Cette extension résulte de la loi du 9 mars 1994 transposant les directives de la troisième génération.

210 Réglementation n° 60 du 27 juin 1994 relative au choix de la loi de certains contrats d'assurance, précitée titre III, note 38, § 3, § 4 et § 5.

211 Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, précitée titre II, note 33, § 2, *litt. f*. Les grands risques sont définis dans l'annexe B, qui reprend la description communautaire.

212 Loi 91/1993 du 8 janvier 1993 sur la loi applicable à certains contrats d'assurance internationaux, précitée titre III, note 34, § 3, alinéa 1.

213 Décret-loi n° 52/91 précité titre II, note 61, dont les articles 1, § 1, 42, § 1 et 43, § 1 étaient toutefois ambigus quant aux possibilités d'extension du choix.

214 Loi 21/1990 du 19 décembre 1990 précitée titre II, note 56. Pour un bref commentaire, voy. D.A. COOPER, «The Spanish Insurance Market: some contractual issues», *European Insurance Market*, August (18), 1995, p. 78.

215 L'Irlande qui bénéficiait également de ce régime transitoire, n'en a toutefois pas tiré parti dans sa loi de transposition en ce qui concerne le droit international privé.

216 Loi n° 30/95 du 8 novembre 1995, précitée titre III, note 31, art. 107, § 1; l'article 107, § 1 contient la définition exhaustive des grands risques.

217 Décret-loi n° 102/94 du 20 avril 1994 précité, titre II, note 60, art. 80, § 1, 181, § 1 et 182, § 1.

218 Décret législatif du 15 janvier 1992, art. 17, précité titre II, note 60, devenu art. 22 depuis l'adoption du décret législatif n° 75 du 17 mars 1995.

Deux Etats membres, la *Belgique*²¹⁹ et l'*Allemagne*²²⁰, avaient immédiatement étendu le libre choix complet de la loi applicable à l'ensemble des grands risques sans attendre la troisième directive.

255. La *législation allemande* mérite une attention particulière par l'originalité et, à certains égards, la complexité du système mis en place²²¹. S'agissant de la transposition de la directive LPS non-vie, l'extension accordée était double. Elle étendait tout d'abord le libre choix à l'ensemble des grands risques tels que définis par l'article 1, § 1, *litt. a*²²². Pour tous les risques autres que les risques de transport, il s'agissait indéniablement d'une extension par rapport aux règles de la directive²²³. Aux termes de l'article 10 I EGVVG, cette liberté étendue n'était toutefois accordée qu'à la double condition que le preneur ait sa résidence habituelle ou son administration centrale en Allemagne et que le risque soit lui-même localisé en Allemagne. On retrouvait donc la configuration typique visée par l'article 1, § 1, *litt. a*, de la directive LPS non-vie. Cette référence troublante pouvait s'expliquer à l'époque comme l'expression du point de vue du législateur allemand sur la possibilité d'élargissement du choix au second degré, la liberté de choix complète accordée pour l'ensemble des grands risques ne pouvant être invoquée que lorsque l'ordre juridique allemand était celui qui était déclaré compétent en vertu de l'article 1, § 1, *litt. a* (règle de conflit primaire). Sur le plan de la conformité de la transposition de l'article 1, § 1, *litt. a* la double restriction résultant du lieu du risque et de la résidence habituelle ne suscitait donc pas, à ce moment, la critique.

Pour tout ce qui pouvait être compris comme une extension du choix accordé par la directive, c'est-à-dire pour les grands risques autres que les risques de transport, on concevait que le législateur allemand pût subordonner la faveur qu'il accordait aux parties à une certaine proximité de la situation avec l'ordre juridique allemand²²⁴. En revanche, la compatibilité de la législation allemande pouvait déjà être mise en doute dès lors que l'article 10 I EGVVG soumettait à ces mêmes conditions de proximité le libre choix de la

²¹⁹ Arrêté royal du 22 février 1991, précité titre II, note 60, art. 88ter, § 1.

²²⁰ Loi précitée titre II, note 54, EGVVG, art. 10 (1) et (3).

²²¹ Voy. J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, pp. 792-793; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 46; M. FRICKE, «Die Neuregelung des IPR der Versicherungsverträge im EGVVG durch das Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates des Europäischen Gemeinshaften», *IPRax*, 1990, p. 362; S. IMBUSCH, *op. cit.*, note 3, p. 1064.

²²² Pour la définition de la troisième catégorie de grands risques, le législateur allemand est passé sans transition aux seuils moins élevés de la seconde étape.

²²³ Ainsi le contrat conclu auprès d'une compagnie britannique par une entreprise ayant son siège social en Allemagne pour la couverture de différents sièges d'exploitation situés en Allemagne, en Irlande et au Portugal pouvait être soumis, si l'entreprise remplissait les conditions requises pour les grands risques, non seulement à la loi allemande, irlandaise ou portugaise, mais aussi à la loi d'un autre Etat membre ou non-membre.

²²⁴ En cas de dispersion de ces éléments dans deux Etats membres différents, il faut sans doute revenir aux règles formulées par les articles 3 et 9 EGVVG. Ainsi, l'élargissement du choix à titre secondaire ne peut être accordé dans les situations visées par l'article 1, § 1, *litt. a*.

loi applicable pour les risques de transport²²⁵. En effet, ces conditions étaient assurément restrictives par rapport à l'article 1, § 1, litt. a) L'article 10 I n'ayant pas été modifié lors de la transposition de la troisième directive non-vie, les conditions territoriales qu'il prévoit sont désormais contraires à la directive pour l'ensemble des grands risques visés par l'article 1, § 1, litt. f, nouvelle version.

La disposition prévue par l'article 1, § 1, litt. a) de la troisième directive non-vie étant claire et inconditionnelle, l'effet direct de la directive, sinon son effet utile, devrait permettre aux parties contractantes de se prévaloir du libre choix, même en dehors des conditions prévues par la loi allemande²²⁶ (sur la théorie de l'effet utile, voy. *supra*, n° 17 et ss.).

256. La loi allemande présente pour seconde particularité d'accorder aux parties le libre choix complet de la loi applicable lorsque le contrat est conclu par correspondance (*Korrespondenzversicherung*), y compris lorsque celui-ci porte sur des risques de masse (EGVVG, art. 9 IV). Cette extension est considérée comme licite par les auteurs allemands, car la directive LPS non-vie ne prête pas attention aux modalités particulières de souscription du contrat²²⁷.

L'exception relative aux contrats conclus par correspondance est traditionnelle en droit allemand. Elle est au surplus parfaitement cohérente avec le droit administratif qui n'a jamais soumis ce type de contrats au contrôle administratif. Cette exemption s'explique à la fois par les difficultés pratiques auxquelles se heurte l'exercice du contrôle dans de telles circonstances et par l'idée que le preneur qui prend l'initiative de s'adresser à l'étranger sans intermédiation est censé renoncer à la protection que lui accorde son pays de résidence pour s'en remettre à la protection accordée par la législation étrangère. On sait que ce raisonnement était à la base de la directive LPS vie.

Ni l'article 9 IV EGVVG, ni la loi de contrôle ne définissent précisément ce qu'il faut entendre par «contrats par correspondance». Selon la doctrine, il s'agit des contrats conclus directement à l'initiative du preneur (sans passer par un intermédiaire établi en Allemagne), à la suite d'un déplacement physique ou même sans déplacement (par écrit ou par tout autre moyen de communication), avec une entreprise établie à l'étranger (dans un Etat membre ou dans un Etat tiers)²²⁸. Cet assureur ne peut posséder aucun établissement

225 En ce sens, V. HAHN, *op. cit.*, note 6, pp. 48-49; P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 101, p. 66; U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 20; S. IMBUSCH, *op. cit.*, note 3, p. 1063.

226 V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 49, ne voit comme seule possibilité que le recours en manquement fondé sur l'article 69 TEU, sans envisager ni l'effet direct, ni l'effet utile de la directive.

227 V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 52.

228 Voy. J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 91; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 53; P. BIAGOSCH, *op. cit.*, note 100, p. 65. Voy. également U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 119 qui propose de recourir

dans le pays où réside habituellement le preneur, ni par lui-même, ni par l'intermédiaire d'un tiers. D'après la législation de contrôle, il semble que les circonstances concrètes de conclusion du contrat n'importent pas (publicité orientée, intermédiaire²²⁹): le représentant peut ne pas être impliqué directement dans la conclusion du contrat litigieux, seule sa présence importe sur le territoire national. Pour l'article 9 IV EGVVG en revanche, certains auteurs préconisent une application plus nuancée et *in concreto*²³⁰, ce qui paraît effectivement mieux adapté à la question du conflit de lois.

Suivant une formule comparable à celle de l'article 10 I EGVVG, la liberté de choix ouverte par l'article 9 IV EGVVG ne profite cependant qu'au preneur d'assurance qui a sa résidence ou son administration centrale en Allemagne. La même liberté ne bénéficie pas au preneur dont la résidence habituelle se trouve dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers qui contracterait par correspondance auprès d'une entreprise établie en Allemagne. De telles situations relèveraient dans l'ordre juridique allemand des articles 8, 9 I et 9 II EGVVG. Par la même occasion, le législateur allemand entend donner ainsi une réponse à la question de l'élargissement du choix au second degré. Lorsque l'ordre juridique allemand est désigné aux termes d'une règle de conflit nationale inspirée de l'article 1, § 1, *litt.* 1, l'élargissement peut être accordé au profit des contrats par correspondance, puisque par hypothèse le risque et la résidence habituelle du preneur sont situés sur le territoire allemand²³⁰. En revanche, si l'ordre juridique allemand est désigné aux termes d'une règle de conflit nationale inspirée de l'article 1, § 1, *litt.* 1 ou 7, § 1, *litt.* 1 le même élargissement n'est possible que si la résidence habituelle du preneur se situe en Allemagne.

Les règles de conflit autrichiennes aboutissent à une solution similaire par le biais du mécanisme d'élargissement du choix. On sait que lorsque le risque, la résidence habituelle ou l'administration centrale du preneur d'assurance est situé en Autriche, le contrat est soumis à la loi choisie par les parties (§ 1 (1)). L'application des dispositions impératives visant à la protection du preneur n'étant pas réservées lorsque le contrat est conclu à l'initiative du preneur (§ 1 (1)), les contrats conclus par correspondance ou à la suite d'un déplacement du preneur bénéficient ainsi d'une liberté de choix non limitée.

à l'article 29 EGBGB (analogue à l'art. 1 de la Convention de Rome) pour la définition des situations dans lesquelles le libre choix de la loi applicable serait ouvert.

229 J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 92.

230 L'insertion des contrats par correspondance sous l'article 9 pourrait laisser croire que l'extension du libre choix n'est applicable que dans les hypothèses de non-coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur. On ne voit cependant pas pourquoi la même extension ne pourrait pas être invoquée dans les hypothèses de coïncidence. En réalité, l'article 9 IV aurait été mieux à sa place dans l'article 10 qui traite de l'élargissement du choix. En ce sens, J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 93.

Par le biais de l'article 49 IV les législateur allemand et autrichien comblent une lacune dans la directive LPS non-vie. Celle-ci ne prête en effet aucune attention particulière aux contrats souscrits à l'initiative du preneur, en omettant du même coup une des modalités d'exercice de la liberté de prestation de services. Il est vrai que la définition de la libre prestation de services retenue par l'article 49 de la directive ne couvre pas elle-même ce genre de situations (voy. *supra*, n° 19). Sur le plan du droit communautaire, il est piquant de constater que la condition de résidence habituelle en Allemagne ou en Autriche revient à désavantager les entreprises allemandes ou autrichiennes qui, dans leurs relations avec des clients résidant à l'étranger, ne bénéficient pas de la même liberté de choix. Même si la technique utilisée paraît justifiée par la volonté de donner une réponse à l'élargissement du choix après la mise en œuvre de la règle de conflit primaire, on pourrait y voir du point de vue de l'entreprise d'assurance une discrimination à l'exportation des services et du point de vue du preneur d'assurance, une discrimination indirecte entre ressortissants de la Communauté prohibée par l'article 49 du Traité (voy. *infra* n° 26).

257. *Le législateur belge* avait, lui aussi, anticipé l'entrée en vigueur de la troisième directive non-vie en étendant d'entrée de jeu la liberté complète de choix à l'ensemble des grands risques visés par l'article 49, *litt. a*. L'article 28ter, § 1 renvoyait en effet aux grands risques «*tels qu'ils sont définis par le Roi*». Cette définition se déduisait de l'article 49 de l'arrêté royal du 22 février 1991 par référence à l'ensemble des grands risques.

A la différence de la législation allemande, cette extension se présentait comme une véritable dérogation à la règle de conflit primaire telle qu'elle était initialement prévue par l'article 49, § 1, *litt. a*. La question de sa compatibilité avec la directive pouvait donc être posée. Une réponse affirmative ne faisait guère de doute : dès lors que la directive LPS non-vie laissait à chaque Etat membre la possibilité d'aligner le régime de contrôle administratif des risques de masse sur celui, plus libéral, des grands risques, il aurait été curieux que dans le même temps ces mêmes Etats fussent empêchés d'étendre le libre choix à l'ensemble des grands risques²³¹. La question a évidemment perdu de son acuité depuis l'adoption de la troisième directive non-vie.

§ 2. CHOIX ILLIMITE EN ASSURANCE VIE

²³¹ En ce sens M. FRIGESSI DI RATTALMA, «*Osservazioni...*», *op. cit.*, note 74, pp. 74 à 76.

258. L'article 4 de la directive LPS vie ne prévoit, on le sait, aucune hypothèse dans laquelle les parties pourraient bénéficier d'une liberté complète de choix au titre d'une règle de conflit primaire.

Cette omission peut surprendre dans la mesure où les règles de conflit ne subissent ainsi aucune influence de la distinction retenue en matière administrative entre les engagements pris en LPS active qui nécessitent une protection dans le pays de la résidence habituelle du preneur, et les engagements pris en LPS passive qui ne nécessitent pas une telle protection (sur cette distinction, voy. *supra*). En ne modulant pas ou peu les restrictions au libre choix en fonction de cette distinction, on pourrait penser que l'article 4 pousse la protection du preneur au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de cet objectif, de sorte que sa compatibilité avec l'article 49 du Traité CE pourrait être mise en doute (voy. *infra* n° 39).

Cette incohérence est d'autant plus remarquable que l'application de la loi de résidence habituelle du preneur est destinée à satisfaire dans l'esprit de la Commission européenne, les exigences formulées par la Cour dans ses arrêts du 4 décembre 1986. Or, la Cour a clairement reconnu qu'il existait des cas où, en raison de la nature du risque ou de la qualité du preneur, la protection de la législation du pays du risque n'était pas nécessaire²³².

Le fait que la troisième directive vie ne revienne nullement sur les règles de conflit rigides prévues par l'article 4 accroît cette perplexité. Certes, le défaut d'harmonisation du droit du contrat d'assurance qui persiste au plan communautaire pourrait expliquer cette anomalie, mais on aurait pu s'attendre néanmoins à une ouverture même limitée du principe du libre choix, au moins pour certains engagements. Il n'en est rien. Il faudra donc s'interroger sur la compatibilité de l'article 4 de la directive LPS vie avec la liberté de prestation de services (voy. *infra* n° 12 et ss.).

La loi allemande a d'ores et déjà paré à cette difficulté en insérant directement les règles de conflit relatives à l'assurance vie dans le corps des règles précédemment adoptées en assurance non-vie. Dès lors, les contrats d'assurance vie bénéficient aussi de l'extension du libre choix de la loi applicable prévue pour tous les contrats souscrits par correspondance que nous venons de commenter. Il en va de même en Autriche pour des raisons identiques (voy. *supra* n° 1).

²³² CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ RFA*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755, attendu n° 49.

CHAPITRE III.

L'ABSENCE DE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

LE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE

259. L'ouverture d'un choix de la loi applicable au contrat d'assurance, aussi limité soit-il, suppose un rattachement subsidiaire lorsque ce choix n'a pas été exercé par les parties contractantes. Dans le domaine des règles de conflit communautaires, l'existence d'un rattachement impératif empiète, on l'a dit, sur le rôle de la règle de rattachement subsidiaire au point parfois de l'absorber. C'est apparemment le cas en assurance vie où la directive ne comporte aucune disposition visant à rattacher le contrat en l'absence de choix (section 2). En assurance non-vie en revanche, une disposition expresse a été prévue en ce sens (section 3). Pour terminer, on dira quelques mots des conflits inter-territoriaux auxquels les directives consacrent une disposition particulière (section 4).

SECTION 1. LE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE EN ASSURANCE NON-VIE

«Le choix visé aux points précédents doit être exprès ou résulter de façon certaine des clauses du contrat ou des circonstances de la cause. Si tel n'est pas le cas, ou si aucun choix n'a été fait, le contrat est régi par la loi de celui, parmi les pays qui entrent en ligne de compte aux termes des points précédents, avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre des pays qui entrent en ligne de compte conformément aux points précédents, il pourra être fait à titre exceptionnel, application à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec l'Etat membre où le risque est situé.»

(directive LPS non-vie, art. 4, § 3, litt. b)

§ 1. TECHNIQUE DU RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE

260. Si aucun choix n'a été formulé de façon expresse ou si ce choix ne résulte pas de façon certaine des clauses du contrat ou des circonstances de la cause (sur les modes d'expression du choix voy. *infra* n° 347 et ss.), le contrat d'assurance est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Dans un souci de sécurité et de prévisibilité, l'article 4, § 3, litt. b complète ce rattachement au moyen d'une présomption réfragable suivant laquelle ce lien est censé exister avec la loi de l'Etat membre où le risque est situé.

A première vue, le système de rattachement subsidiaire prévu par l'article 4, § 1, litt. a est assez proche de celui prévu par l'article 4 de la Convention de Rome. On y retrouve le souci d'un rattachement souple et flexible à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, inspiré de la méthode anglo-saxonne (recherche de la *proper law of the contract*), corrigé par une présomption permettant de garantir une certaine prévisibilité de la loi applicable à défaut de choix. Comme l'article 4 de la Convention de Rome, l'article 4, § 1, litt. a écarte le système fondé sur la recherche hypothétique de la volonté des parties qui procède d'une fiction. Il se distingue cependant de l'article 4 sur trois points fondamentaux : l'art. 4, § 1, litt. h limite les lois pouvant être prises en considération pour opérer le rattachement subsidiaire, modifie le facteur de rattachement destiné à concrétiser la présomption et ne comporte pas de clause d'exception.

261. *La limitation des lois pouvant être prises en considération.* Dans le souci de restreindre le pouvoir d'appréciation du juge et de réduire les incertitudes inhérentes à la recherche du centre de gravité du contrat, l'article 4, § 1, litt. a limite le nombre de lois qui peuvent être prises en considération au titre du rattachement subsidiaire, « a celles qui entrent en ligne de compte conformément aux points précédents ». En instaurant pour ainsi dire, un *numerus clausus* des lois susceptibles de régir le contrat, la directive travestit la méthode indiciaire : la localisation objective ne peut se faire qu'au moyen d'indices déterminés limitativement par les règles qui précèdent (lieu du risque, lieu de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur, lieu de survenance du sinistre). Cela signifie, en d'autres termes, que dans la recherche de la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, l'autorité administrative ou judiciaire ne peut tenir compte que des lois qui auraient pu faire l'objet d'un choix des parties²³³. Il y a fort à parier dans ces conditions, que la loi qui sera applicable au contrat d'assurance à défaut de choix sera celle du lieu où le risque est situé, comme y invite la présomption, de sorte que l'objectif de protection de la partie faible n'est pas absent non plus du rattachement du contrat à défaut de choix.

Le renvoi aux pays « qui entrent en ligne de compte aux termes des points précédents » pose néanmoins problème pour opérer le rattachement des contrats couvrant des risques pour lesquels les parties bénéficient d'une liberté de choix complète ou élargie. La formule manque de précision car il n'existe dans ces hypothèses aucun indice permettant une localisation objective du contrat. On s'est alors demandé si le juge ou

²³³ Voy. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 25, pp. 77-178; du même auteur, « Osservazioni... », op. cit., note 74, pp. 582-584; F. REICHERT FACILIDES, op. cit., note 8, p. 3; J. BASEDOW et W. DRASCH, op. cit., note 6, p. 93.

l'autorité administrative retrouvait dans ces conditions une liberté d'appréciation totale pour désigner la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits²³⁴. Il nous semble qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. L'idée qui fonde la méthode de rattachement subsidiaire du contrat d'assurance est en effet d'accorder au juge ou à l'autorité de contrôle, la même liberté d'appréciation que celle dont les parties auraient disposé si elles avaient songé à choisir la loi applicable à leur contrat²³⁵. Parmi les lois qui entrent en ligne de compte aux termes des points précédents, il faut donc compter les lois des Etats qui auraient pu faire l'objet d'un choix complet ou élargi (sur l'élargissement du choix voy. *supra* n°).

Cette technique originale, qui revient à calquer la liberté d'appréciation de l'interprète sur la liberté de choix ouverte aux parties, peut sans doute s'expliquer par le fait que le contrat d'assurance, dont le contenu est largement réglementé et susceptible d'être contrôlé administrativement, ne peut se satisfaire des incertitudes inhérentes à la recherche du centre de gravité du contrat. D'une part, les parties contractantes doivent connaître dès la conclusion de la convention la loi qui sera applicable à leur contrat, sans que son contenu puisse être remis en cause au gré du rattachement objectif. L'obligation d'information imposée à l'assureur par la troisième directive non-vie concernant la loi applicable reflète cette particularité (voy. *infra* n°13).

Par la sélection des critères de rattachement, la directive parvient du même coup à empêcher, dans la plupart des cas, que la loi du lieu d'établissement de l'assureur puisse être appelée à régir le contrat d'assurance en l'absence de choix des parties. Cette loi ne pourra en effet être retenue au titre d'une localisation objective que dans les cas où les parties auraient pu disposer d'un choix complet ou élargi. Cette tendance, dont il conviendra d'apprécier la légitimité au regard du droit communautaire (voy. *infra* n°43 et ss.) est encore renforcée par la présomption instaurée en faveur de la loi du lieu où se situe le risque.

262. *La présomption en faveur de l'Etat membre où le risque est situé.* L'article1, §1, litt.1 s'écarte résolument de la présomption prévue par l'article1, §1 de la Convention de Rome en faveur du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. La directive lui préfère la loi

²³⁴ M. FALLON, «La loi applicable au contrat d'assurance1.1», *op. cit.*, note 6, p.54, n°7.

²³⁵ En ce sens M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p.78; du même auteur, «Osservazioni...», *op. cit.*, note 74, p.83.

du lieu où le risque est situé – qui ne peut être que celle d'un Etat membre²³⁶ en soulignant ainsi le rôle central joué par ce critère dans le système communautaire.

Le contraste est saisissant. L'application de la présomption prévue par la Convention de Rome, qui trouve son inspiration dans la théorie de la prestation caractéristique, aurait inmanquablement conduit au rattachement du contrat d'assurance à la loi du lieu d'établissement de l'assureur²³⁶²³⁷. Au lieu de cela, la directive accorde une préférence à la loi du lieu où le risque est situé, qui sera le plus souvent, celle du pays où le preneur a sa résidence habituelle. Le choix du critère du lieu du risque s'explique une fois encore par l'influence du droit administratif sur le droit international privé et par la recherche d'une certaine cohérence entre l'action des autorités de surveillance dans l'exercice de leur contrôle matériel des conditions d'assurance, et la loi applicable au contrat. Dans le contexte des directives de la deuxième génération, seule la présomption de rattachement à la loi du lieu du risque donnait à l'autorité administrative suffisamment de certitude pour exercer ce contrôle, en même temps qu'elle garantissait une certaine coïncidence entre la compétence administrative et la compétence législative.

De plus, replacée dans le contexte de la liberté de prestation de services, cette présomption répond sans aucun doute à un objectif de protection du preneur, objectif estimé légitime par la Cour de Justice dans les arrêts du 4 décembre 1986, en l'absence d'harmonisation des conditions d'assurance²³⁸. Elle permet aussi de neutraliser les effets de distorsion de concurrence qui pourraient naître du degré divergent de protection accordée par les lois des Etats membres en matière contractuelle. Le caractère substantiel du rattachement subsidiaire prévu par l'article²³, §²³, *litt.*²³ ne fait donc aucun doute. Cette orientation inhérente à l'intégration de la règle de conflit dans un texte destiné à faciliter l'exercice d'une des libertés fondamentales du Traité CE, a déjà été constatée à propos du rattachement impératif et du choix de la loi applicable. Elle se confirme ici à propos du rattachement à défaut de choix.

²³⁶ Rappelons que la Convention de Rome (précitée titre II, note 7) est applicable aux contrats d'assurance couvrant des risques situés en dehors du territoire des Etats membres de la CE ou de l'EEE. Il n'est pas exclu cependant que même dans le cadre de cette Convention, les juges des Etats membres, influencés par les solutions de la directive LPS non-vie, se servent de la clause d'exception de l'article²³, §²³, pour rattacher le contrat à la loi de l'Etat où le risque est situé plutôt qu'à celle de l'Etat où l'assureur est établi.

²³⁷ CHESCHIRE and NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., p.²³⁹0; A.K. SCHNYDER, «²³Vertraagsfreiheit im nationalen und internationalen Versicherungsrecht der Schweiz²³», *R.S.A.*, 1994, p.²³⁰6; C. VAN GYSEL et J. INGBER, «²³ la recherche de la prestation caractéristique²³», *Rev. Dr. U.L.B.*, 1994, p.²³⁶, n°²³⁶ à 29; bien que la prestation de l'assureur en cas de sinistre soit, elle aussi, monétaire c'est sous l'angle de la couverture du risque qu'elle apparaît caractéristique.

²³⁸ En ce sens V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p.²³⁶. Le caractère substantiel du rattachement à la loi du lieu du risque rend à notre avis impossible toute référence à l'article²³ de la Convention de Rome par le biais du renvoi aux règles générales de droit international privé prévu par l'article²³, §²³ de la directive LPS non-vie. Déjà inspiré d'un but de protection, l'article²³, §²³, *litt.*²³ ne laisse aucune place à un règlement différent et fait radicalement obstacle à l'application d'un rattachement alternatif du type de celui prévu par l'article²³ de la Convention de Rome pour les contrats de consommation. *Contra* V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p.²³⁸.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que lorsque le contrat couvre plusieurs risques au sens de l'article 4, *litt. b* de la directive LPS non-vie, disséminés sur le territoire de plusieurs Etats membres²³⁹, l'utilisation de la présomption risque de conduire au dépeçage du contrat. Cette conséquence est malheureuse en dépit du fait que le dépeçage du contrat par le juge soit autorisé par l'article 4, § 1, *litt. b*. Une utilisation plus judicieuse de la méthode de rattachement subsidiaire devrait conduire le juge à écarter dans cette hypothèse la présomption de rattachement à la loi du lieu du risque²⁴⁰. Le critère du lieu d'établissement de l'assureur ne pouvant être retenu sous réserve de l'existence d'une possibilité de choix élargi dont auraient pu profiter les parties, le seul critère qui soit capable de préserver l'unité du contrat est celui de la résidence habituelle ou de l'administration centrale du preneur. Pour éviter les incertitudes de ce rattachement objectif, les parties seront bien inspirées en opérant formellement un choix de la loi applicable dans les limites prévues par l'article 4, § 1, *litt. a* ou *f*.

263. *L'absence de clause d'exception.* Contrairement à l'article 4, § 1 de la Convention de Rome, l'article 4, § 1, *litt. b* de la directive LPS non-vie ne prévoit pas de clause d'exception permettant au juge d'écarter la présomption lorsque le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. La différence n'est cependant pas déterminante, car la possibilité de renverser la présomption est implicitement contenue dans le principe premier du rattachement à la loi qui présente les liens les plus étroits, ainsi que dans le concept même de présomption²⁴¹. Cette omission témoigne néanmoins du souci de renforcer la prévisibilité du rattachement subsidiaire en vue d'accroître la sécurité juridique des parties et de faciliter la tâche des autorités de contrôle²⁴².

La présomption prend dès lors un poids plus important puisqu'elle ne peut être mise en cause que de façon limitée en fonction des indices pris en compte par les dispositions qui la précèdent. Dans la recherche de la loi applicable à défaut de choix, l'interprète disposera d'une marge de manœuvre assez étroite²⁴³ hormis les hypothèses où les parties auraient bénéficié d'un choix complet ou élargi, cette recherche se limitera à une comparaison des mérites respectifs de la loi du lieu du risque, de la loi du lieu de résidence

²³⁹ En ce sens, J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 90.

²⁴⁰ Voy. V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 38 qui se demande si du libellé de l'article 4, § 1, *litt. b*, on ne pourrait pas déduire qu'il se limite aux contrats couvrant un seul risque. Dans ce cas, la présomption pourrait être écartée dans l'hypothèse d'une pluralité de risques, au profit d'un autre critère, mais l'auteur reconnaît qu'un tel critère se dégage difficilement du texte. Il en revient alors à la scission du contrat.

²⁴¹ M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, *op. cit.*, note 25, p. 77.

²⁴² Il existe en effet un réel danger que la clause d'exception, telle qu'elle est prévue par la Convention de Rome, soit utilisée par le juge de chaque Etat contractant pour revenir aux solutions en vigueur dans son pays avant l'entrée en vigueur de la Convention.

habituelle ou d'administration centrale du preneur et de la loi du lieu de survenance du sinistre.

§ 2. DOMAINE D'APPLICATION DU RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE

264. L'intervention d'une règle de conflit impérative réduit considérablement, on l'a dit, le rôle du rattachement subsidiaire. Celui-ci ne s'applique en effet qu'en dehors des prévisions de l'article 1, § 1, *litt. a*, première phrase, si un choix (limité, élargi ou complet) était ouvert aux parties mais n'a pas été exercé. Il pourra également être mis en œuvre lorsqu'un choix limité était possible mais que les parties l'ont exercé en dehors des prévisions de l'article 1, § 1, *litt. a*, *c* ou *e* ou de la règle de conflit applicable au second degré²⁴³.

Le rôle du rattachement subsidiaire s'est encore considérablement réduit depuis l'entrée en vigueur de la troisième directive en assurance non-vie. L'article 31, § 1 de cette directive oblige en effet l'assureur à informer le preneur d'assurance avant la conclusion du contrat, «de la loi qui sera applicable au contrat au cas où les parties n'auraient pas de liberté de choix ou du fait que les parties ont la liberté de choisir la loi applicable et, dans ce cas, de la loi que l'assureur propose de choisir». Selon toute vraisemblance, le meilleur moyen pour l'assureur de s'acquitter de cette obligation sera d'insérer une clause écrite dans les documents préparatoires, clause qui sera reprise ensuite dans le contrat si les parties s'accordent sur le choix. Dans ces conditions, l'hypothèse d'une absence de choix devient très marginale (sur cette question, voy. *infra* n° 342 et ss.).

L'absence de choix ne se déduit pas seulement de l'absence d'une clause contractuelle expresse. Le rattachement subsidiaire sera aussi écarté lorsqu'un choix résulte implicitement mais de façon certaine, des clauses du contrat ou des circonstances de la cause (sur les modes d'expression du choix, voy. *infra* n° 347 et ss.).

§ 3. MISE EN ŒUVRE DU RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE

265. *Dépeçage.* Selon une formule directement inspirée de celle de l'article 1, § 1 de la Convention de Rome, l'article 1, § 1, *litt. a* autorise, à titre exceptionnel, le dépeçage en

²⁴³ Un cas particulier peut se présenter lorsque les parties disposaient d'une faculté de choix élargi qu'elles n'ont cependant pas utilisée, dans une situation de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle ou d'administration centrale du preneur. En l'absence de choix, le juge devra-t-il appliquer l'article 1, § 1, *litt. a* ou l'article 1, § 1, *litt. b* ? Il semble que l'article 1, § 1, *litt. a* doive être préféré, mais il sera difficile pour le juge, dans l'application qu'il fera de la méthode indiciaire, d'aboutir à une solution différente de celle prévue par l'article 1, § 1, *litt. a*.

l'absence de choix des parties, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays²⁴⁴. Toutefois, aux termes de l'article 17, § 1, *litt. a* il ne pourra être fait application à cette partie du contrat que de la loi d'un des pays qui entrent en ligne de compte «conformément aux points précédents».

Cette restriction déjà commentée contribue à donner un caractère exceptionnel au dépeçage lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat d'assurance. La seule hypothèse plausible serait celle d'un contrat couvrant plusieurs risques dispersés sur le territoire de plusieurs Etats membres²⁴⁵. Encore faudra-t-il que le contrat puisse être morcelé de façon cohérente, ce qui ne sera guère aisé s'il comporte des conditions communes à l'ensemble des garanties. Dans ce cas, le juge pourrait préférer faire usage d'un critère de rattachement permettant de sauvegarder l'unité du contrat (voy. *supra* n° 11).

Dans tous les autres cas, le dépeçage devrait avoir un caractère très exceptionnel. On rappellera à cet égard que le lieu de survenance du sinistre sur lequel s'appuie l'article 17, § 1, *litt. a* ne favorise pas le dépeçage puisqu'il suppose que la couverture soit territorialement limitée à un seul Etat membre dès la conclusion du contrat (voy. *supra* n° 53).

266. *Conflit mobile.* Contrairement à la Convention de Rome, dont l'article 17, § 1, prévoit que le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, *au moment de la conclusion du contrat*, sa résidence habituelle ou son administration centrale, la directive LPS non-vie ne résout pas la question du conflit mobile suscité par un éventuel changement de localisation du risque.

Nous avons déjà rencontré ce problème dans le contexte de la règle de conflit impérative prévue par l'article 17, § 1, *litt. a* (voy. *supra* n° 10). Rien ne justifie ici une solution différente de celle que nous avons proposée alors. Tous les arguments militent en faveur de la concrétisation du facteur de rattachement au moment de la conclusion du contrat²⁴⁶. Cette solution généralement retenue en matière contractuelle en vue de protéger

244 Sur le dépeçage contractuellement organisé par les parties, voy. *infra* n° 95 et ss.

245 U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 21.

246 En droit international privé allemand, la solution se déduit de l'article 28 II EGBGB (Convention de Rome, art. 17, § 1). Voy. F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 8, p. 6; J. BASEDOW et W. DRASCH, *op. cit.*, note 6, p. 91; V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 43; selon cet auteur, le renvoi général opéré par l'article 14 EGVVG (directive LPS non-vie, art. 17, § 1) ne pourrait pas jouer car l'article 11 I EGVVG (directive LPS non-vie, art. 17, § 1, *litt. a*) contiendrait une règle spécifique qui ne comporterait pas *stricto sensu* une lacune permettant de justifier l'application de l'article 28 II EGBGB. Le recours à cet article est néanmoins admis comme expression d'un principe général applicable à tous les contrats, ce qui revient au même.

la confiance légitime des parties s'impose d'autant plus pour les contrats d'assurance où la prévisibilité de la loi applicable est déterminante pour les deux parties. L'assureur couvrant l'aléa cherche à maîtriser ses engagements, tandis que l'assuré cherche à se procurer une sécurité²⁴⁷. On ne concevrait pas qu'à la faveur d'un changement du lieu du risque au sens de l'article 1, *litt. a*, le contenu des obligations et des droits respectifs puisse être modifié à l'insu des parties. Ce danger est d'autant plus important que le contrat d'assurance est largement réglementé et contrôlé dans la plupart des Etats membres. Une modification de la loi applicable aurait des conséquences déterminantes sur le contenu des garanties, car la plupart des clauses devraient être revues à la lumière des dispositions impératives de la loi subséquente.

267. En pratique, l'hypothèse d'un changement du lieu du risque suppose, conformément à la définition donnée par l'article 1, *litt. a* de la directive LPS non-vie, soit un changement du lieu de situation de l'immeuble assuré (assurance relative à un immeuble), soit un changement du lieu d'immatriculation du véhicule (assurance relative à un véhicule), soit un changement du lieu de conclusion du contrat (assurance voyage d'une durée inférieure à 4 mois), soit un changement du lieu de résidence habituelle ou du lieu d'établissement de la personne morale auquel le contrat se rapporte (dans tous les autres cas).

Dans les deux premières hypothèses, le changement entraînera le plus souvent la modification d'un élément essentiel du contrat, si bien que le preneur sera tenu de déclarer ce changement à l'assureur et qu'une nouvelle assurance répondant à la nouvelle localisation du risque devra être conclue. Dans l'intervalle, le contrat reste bien entendu régi par la loi du lieu du risque au moment de la conclusion. Le troisième cas ne peut se présenter en pratique. Le quatrième sera sans doute le plus fréquent. Le lieu de résidence habituelle du preneur à prendre en compte pour le rattachement du contrat d'assurance sera donc apprécié au moment de la conclusion du contrat. Ceci n'empêche évidemment pas les parties de rédiger un avenant ou de négocier un nouveau contrat régi par une nouvelle loi en fonction de la nouvelle situation et du nouvel environnement juridique du preneur. C'est même cette solution qu'il faut conseiller aux parties pour échapper à toute incertitude. Par contre, on sera réticent à accorder au juge le pouvoir d'apprécier dans la même hypothèse, si le changement de loi applicable est conforme ou non à l'intérêt du preneur²⁴⁸. Un tel pouvoir permettrait au preneur en cas de litige, de compter sur la loi qui lui est la plus favorable, ce qui ne se justifie pas. A défaut d'accord des parties, le contrat restera donc

²⁴⁷ En ce sens V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 43; F. REICHERT-FACILIDES, *op. cit.*, note 8, p. 13; U. HUBNER, *op. cit.*, note 24, p. 25.

²⁴⁸ *Contra* V. HAHN, *op. cit.*, note 6, p. 44.

régi par le droit de l'Etat membre où le preneur avait sa résidence habituelle au moment de sa conclusion.

On observera pour terminer que la solution du conflit mobile en matière de conflit de lois diffère de celle retenue en matière de compétence internationale où l'on tient compte de la résidence habituelle du demandeur ou du défendeur au moment du litige.

268. *Loi d'un Etat membre.* En définissant limitativement les indices susceptibles d'être retenus pour opérer le rattachement objectif du contrat d'assurance, l'article 17, § 1, litt. a favorise par la même occasion la désignation de la loi d'un Etat membre²⁴⁹.

Cette tendance a déjà été constatée en ce qui concerne le choix limité laissé aux parties par les articles 17, § 1, litt. a, b, c et e. Comme l'article 17, § 1, litt. a guide le rattachement objectif du contrat d'assurance vers une loi qui aurait pu être choisie par les parties et qu'il instaure de surcroît une présomption en faveur de la loi du lieu où le risque est situé qui ne peut être que celle d'un Etat membre, le phénomène de régionalisation du droit international privé se reproduit pour le rattachement du contrat en l'absence de choix de la loi applicable. Seules doivent être réservées les hypothèses dans lesquelles les parties auraient bénéficié d'un choix élargi ou complet, car dans ce cas le juge dispose de la même latitude pour opérer le rattachement subsidiaire et il peut dès lors parfaitement désigner une loi tierce.

§ 4. TRANSPOSITION DANS LES ETATS MEMBRES

269. La plupart des législateurs nationaux ont transposé l'article 17, § 1, litt. a de façon assez fidèle en y incluant la faculté de dépeçage, mais sans régler explicitement le conflit mobile²⁵⁰. L'une ou l'autre réglementations méritent toutefois une attention particulière.

²⁴⁹ En ce sens, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, op. cit., note 25, p. 176; du même auteur, « Osservazioni... », op. cit., note 74, p. 183.

²⁵⁰ *Décret-loi portugais* n° 52/91 du 20 septembre 1991, précité titre II, note 61, art. 4, §§ 3 et 4 remplacés par l'art. 83 § 1, § 2 et § 3 du décret-loi n° 02/94 du 20 avril 1994, précitée titre II, note 30; *Loi espagnole* 21/1990 du 19 décembre 1990, précitée titre II, note 51, art. 07, § 1 qui devient le § 6 dans la loi n° 0/1995 du 9 novembre 1995; *Loi irlandaise* SI n° 42 of 1991, précitée titre II, note 60, European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations, 1991, art. 1, (1), devenu art. 3, (1), litt. a dans la réglementation de 1994 également précitée; *Loi hollandaise* du 18 avril 1991, précitée titre II, note 57, art. 1, par référence directe aux règles de la directive; *Loi britannique*, 1990, n° 333, The Insurance Companies (Amendment) Regulations, 1990, précitée titre II, note 60, Schedule 3A, 2 (2) à (4); titre introductif de la *loi allemande* sur le contrat d'assurance, EGVVG, art. 1; *Loi française* n° 89-1014 du 31 décembre 1989, précitée titre II, note 50, art. 1.181-2 du Code des assurances; *Loi grand-ducale* du 9 décembre 1991, précitée titre II, note 52, art. 5, § 1; *Réglementation danoise* n° 60 du 27 juin 1994, précitée titre II, note 38, § 1 et § 2 par référence directe à la directive LPS non-vie et à la troisième directive LPS non-vie.

270. *Italie.* La loi italienne, on le sait, ne reprend aucune des hypothèses visées par l'article 4, § 1 de la directive LPS non-vie. En ce qui concerne la loi applicable à défaut de choix, l'article 22, § 1 renvoie aux dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 intégrée dans l'ordre juridique italien par la loi du 18 décembre 1984, en précisant toutefois que l'on présume pour son application, que le contrat présente le lien le plus étroit avec l'Etat membre dans lequel le risque est situé (et non avec celui où le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son administration centrale)²⁵¹.

Une telle transposition permet de combler la lacune relative au conflit mobile que l'article 4, § 1 de la Convention de Rome règle explicitement. Elle doit néanmoins être tenue pour incorrecte dans la mesure où par la référence à cette même Convention, le législateur italien contourne les limites qui assortissent la méthode indiciaire en vertu de l'article 4, § 1, *litt. a* et escamote ainsi l'originalité majeure du rattachement objectif du contrat d'assurance dans la directive LPS non-vie.

271. *Belgique.* L'arrêté royal du 22 février 1991 insérant un article 8ter, § 1 dans la loi de contrôle a tout d'abord transposé fidèlement l'article 4, § 1, *litt. a*²⁵². La difficulté provient d'une modification apportée ultérieurement par l'arrêté royal du 8 janvier 1993. En vue de combler les lacunes nées d'une transposition unilatérale des articles 4, § 1, *litt. a* et *b*, le législateur a cru bon de prévoir *a posteriori* un nouveau § 1 sous l'article 8ter rédigé de la façon suivante : « Lorsque le contrat est relatif à des risques situés dans un Etat membre des Communautés européennes, autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé »²⁵³.

Hormis le fait que cette transposition ne paraît compatible ni avec l'article 4, § 1, *litt. a*, qui prend pour hypothèse une coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur, ni avec l'article 4, § 1, *litt. b*, qui se fonde sur une dispersion de ces deux critères, elle contredit l'article 8ter, § 1, qui concerne précisément l'hypothèse d'une absence de choix. Il semble que le législateur belge ait mal négocié le passage entre la règle de conflit impérative malencontreusement formulée de façon unilatérale et la règle de conflit de lois en l'absence de choix. Il aurait été infiniment mieux inspiré en reprenant la formulation multilatérale de l'article 4, § 1, *litt. a* telle qu'elle figurait dans la directive, de façon à sauvegarder le domaine d'application du rattachement à défaut

²⁵¹ Décret législatif du 15 janvier 1992, précité titre II, note 60, art. 17, § 1, remplacé par l'art. 22, § 1 depuis l'adoption du décret législatif n° 175 du 17 mars 1995.

²⁵² Arrêté royal du 22 février 1991, précité titre II, note 61, art. 6, insérant un art. 8ter, § 1 dans la loi de contrôle.

²⁵³ Arrêté royal du 8 janvier 1993, précité titre II, note 50, art. 1.

de choix. Ceci lui aurait permis d'éviter ainsi une contradiction flagrante dans un système déjà fort complexe.

272. Les lois *autrienne* et *finlandaise* ont la particularité d'avoir transformé le rattachement impératif prévu par l'article 4, (4, *litt.* 4 en une hypothèse de rattachement à défaut de choix²⁵⁴. Ceci travestit la technique de protection utilisée par la directive car l'intention des autorités communautaires était clairement d'interdire tout choix de la loi applicable en cas de coïncidence entre le lieu du risque et le lieu de résidence habituelle du preneur. Au lieu de cela, l'hypothèse de coïncidence visée par la directive étant intégrée dans le système de rattachement *subsidaire* du contrat d'assurance prévu par l'article 4, § 4, *litt.* 4, ce qui laisse croire à une possibilité pour les parties d'exprimer un choix.

SECTION 2. LE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE EN ASSURANCE VIE

§ 1. ABSENCE DE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE

273. *Rattachement subsidiaire ou rattachement impératif.* L'article 4 de la directive LPS vie a pour particularité de ne comporter aucune disposition réglant spécifiquement le rattachement du contrat à défaut de choix. Cette lacune peut s'expliquer par l'importance déterminante donnée à la règle de conflit impérative (art. 4, § 4), dont le domaine est si largement défini qu'elle paraît absorber l'hypothèse même de l'absence de choix. On ne perdra pas de vue cependant que l'article 4, § 4 ouvre une faculté d'élargissement au choix aux Etats membres et que l'article 4, § 4 ouvre, quant à lui, un choix limité entre la loi nationale du preneur et la loi du lieu de l'engagement, ce qui peut encore justifier une technique de rattachement subsidiaire.

En l'absence d'indication, le contrat devrait donc être régi, à défaut de choix, conformément à l'article 4, § 4, par la loi de l'Etat membre où l'engagement est situé, c'est-à-dire par la loi du lieu où se situe la résidence habituelle du preneur ou, s'il s'agit d'une personne morale, l'établissement auquel le contrat se rapporte²⁵⁵. On ne saurait à notre avis se fonder sur le renvoi aux règles générales de droit international privé prévu par l'article 4, § 4, pour faire prévaloir une solution inspirée de l'article 4 de la Convention de Rome. Ce serait méconnaître l'intention du législateur communautaire qui a précisément voulu éviter l'application de la loi du débiteur de la prestation caractéristique. En revanche,

²⁵⁴ Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, précitée titre II, note 33, § 10 (1) et § 10 (2); *Loi finlandaise* n° 91/1993 du 8 janvier 1993 relative à la loi applicable à certains contrats d'assurance internationaux, § 4.

²⁵⁵ Dans le même 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, p. 32.

rien ne paraît interdire d'étendre à l'assurance vie le système de rattachement subsidiaire prévu en assurance non-vie, par l'article 4, § 1, *litt. a*. L'identité de la définition du lieu du risque et du lieu de l'engagement facilite assurément cette extension.

Comme aucune solution ne se déduit clairement du texte communautaire, il conviendra d'être attentif aux législations nationales. Au gré des méthodes de transposition, les législateurs nationaux pourraient soit retenir une méthode indiciaire identique à celle prévue en assurance non-vie, soit se contenter du rattachement rigide fondé sur la loi du lieu de l'engagement.

L'entrée en vigueur de la troisième directive vie, le 1er juillet 1994, réduit toutefois l'intérêt de la controverse, de même que la portée de l'intervention éventuelle du législateur national. En effet, comme en assurance non-vie, l'article 31 de la directive du 10 novembre 1992 impose à l'assureur d'informer le preneur, préalablement à la conclusion du contrat, de façon claire, précise et par écrit, de la loi qui sera applicable au contrat ou de la loi que l'assureur propose de choisir si les parties disposent d'une possibilité de choix²⁵⁶ (pour plus de détails, voy. *infra* n° 342 et ss.). L'utilité d'un rattachement subsidiaire est d'autant plus réduite en assurance vie que l'obligation d'information n'est pas limitée dans ce secteur, aux cas où le contrat est souscrit par une personne physique. Dans ces conditions, la question du rattachement subsidiaire ne devrait plus se présenter que dans les hypothèses où cette obligation a été méconnue par l'assureur ou si les parties n'ont pas pu s'accorder sur le choix laissé ouvert par la directive.

274. Mise en œuvre. L'absence de règle spécifique consacrée à l'absence de choix conduit aussi à laisser dans l'ombre les questions du dépeçage et du conflit mobile. Ces lacunes ne prêtent guère à conséquence, car elles pourront être comblées, à défaut de disposition expresse dans les lois de transposition, soit par le biais du renvoi aux règles générales de droit international privé en matière d'obligations contractuelles expressément prévu par l'article 4, § 1, de la directive LPS vie, soit par l'interprétation de la règle de conflit. En ce qui concerne le dépeçage, le renvoi aux règles générales autorise l'application des dispositions prévues par l'article 4 de la Convention de Rome. En ce qui concerne le conflit mobile, les arguments en faveur d'une cristallisation du critère de rattachement au moment de la conclusion du contrat ont déjà été largement développés lors de l'examen de l'article 4, § 1 de la directive LPS non-vie. Il est inutile d'y revenir sinon pour rappeler que les raisons de droit familial qui auraient prétendument inspiré le rattachement du contrat d'assurance vie à la loi du lieu de la résidence habituelle du preneur ne justifie aucunement

²⁵⁶ L'objet de cette information obligatoire figure dans la liste des informations concernant l'engagement à fournir avant la conclusion du contrat, fournie en annexe de la troisième directive vie (annexe III, a.16).

un rattachement à la loi du lieu de la nouvelle résidence habituelle du preneur (voy. *supra* n°193 et ss.).

§ 2. TRANSPOSITION DANS LES ETATS MEMBRES

275. Bien que l'article4 ne prévoie aucune disposition spécifique à cet égard, il est intéressant d'examiner comment les lois nationales ont traité le problème du rattachement à défaut de choix. Les solutions divergent en réalité selon que le législateur a choisi de transposer les règles de conflit relatives à l'assurance vie à l'intérieur du corps de règles consacrées à l'assurance non-vie (Allemagne, Portugal, Autriche) ou séparément dans une section, un paragraphe ou un article indépendant (Belgique, Finlande, France, Royaume-Uni, Luxembourg, Italie, Irlande, Espagne), ou encore par référence directe aux textes de la directive (Pays-Bas, Danemark). Dans le premier cas, le rattachement à défaut de choix pourrait subir l'influence de la méthode indiciaire prévue par l'article4, §1, *litt. h* de la directive LPS non-vie. Dans les autres en revanche, à défaut de dispositions précises en sens contraire, c'est le rattachement impératif prévu par l'article4, §1 de la directive LPS vie qui devrait prévaloir.

*Les lois française*²⁵⁷, *luxembourgeoise*²⁵⁸ et *espagnole*²⁵⁹ se contentent de reproduire les articles4, §1 et 4, §1 de façon unilatérale sans prévoir aucune disposition spécifique dans l'hypothèse d'une absence de choix. Au cas où les parties n'auraient pas exprimé de choix, il convient donc de revenir à la règle de conflit impérative transposant l'article4, §1.

Partant, lui aussi, d'une transposition unilatérale des articles4, §1 et §1 *le législateur belge* a tenté, comme en assurance non-vie, de combler les lacunes inhérentes à cette technique en précisant que lorsque le contrat est relatif à des risques (notion qui correspond à celle d'engagement dans la directive LPS vie) situés dans un Etat membre, autre que la Belgique et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé²⁶⁰. La confusion ainsi introduite entre le rattachement impératif et le rattachement objectif, déjà dénoncée à propos de l'assurance non-vie, porte moins à conséquence ici, précisément parce que l'article4 paraît lui-même superposer les deux types de rattachement. Le texte belge doit donc être interprété comme

²⁵⁷ Loi n°92-665 du 16 juillet 1992, précitée titre II, note 50, art.11.183-1 du Code des assurances.

²⁵⁸ Loi du 18 décembre 1993, précitée titre II, note32, art.30.

²⁵⁹ Loi n°30/1995 du 8 novembre 1995 précitée titre II, note31, art.108.

²⁶⁰ Arrêté royal du 8 janvier 1993, précité titre II, note 50, art.3, insérant un article28 nonies dans le chapitre31ter de la loi de contrôle.

imposant l'application de la loi du lieu où le risque est situé, même lorsque les parties n'ont pas fait usage de la liberté de choix qui leur était éventuellement laissée.

Dans la logique de la technique de transposition qu'ils ont adoptée consistant à ne se prononcer que sur les options ouvertes par la directive, les *législateurs néerlandais*²⁶¹ et *danois*²⁶² n'a prévu aucune règle de conflit spécifique en l'absence de choix des parties contractantes. Il en va de même pour le *Royaume-Uni*²⁶³ et l'*Irlande*²⁶⁴, qui ont transposé fidèlement l'article 4 sans rien y ajouter ni en retrancher.

Le législateur italien²⁶⁵ a, quant à lui, choisi une solution différente. Profitant du renvoi aux règles générales de la Convention de Rome pour tout ce qui n'est pas explicitement réglé, l'article 108, § 3 précise que pour l'application (de l'article 4) de cette Convention, on présume que le contrat présente le lien le plus étroit avec l'Etat membre dans lequel l'engagement est situé. En recourant à la méthode indiciaire telle qu'elle est organisée par la Convention de Rome, la loi méconnaît sans doute la portée du renvoi général prévu par l'article 4, § 4. Cette solution introduit en outre un élément de distorsion supplémentaire dans le système de droit international privé des Etats membres. La divergence s'accroît encore à la directive des *lois allemande*²⁶⁶, *portugaise*²⁶⁷ et *autrichienne*²⁶⁸ dont l'originalité consiste à avoir intégré les règles propres à l'assurance vie dans le système préexistant des règles de conflit issues de la directive LPS non-vie. Sans emprunter directement au système de rattachement subsidiaire prévu par la directive LPS non-vie, la loi autrichienne va même jusqu'à transformer le rattachement impératif en un rattachement à défaut de choix.

SECTION 3. CONFLITS INTERTERRITORIAUX DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES NON UNIFIES

276. Les directives LPS vie et non-vie comportent chacune une disposition particulière destinée à régler les conflits qui peuvent se produire lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations

²⁶¹ Loi du 13 décembre 1992, précitée titre II, note 57.

²⁶² Réglementation n° 60 du 27 juin 1994 relative au choix de la loi de certains contrats d'assurance, précitée titre III, note 38, § 4.

²⁶³ The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993 précitée titre III, note 30, Schedule 3A, 5 (6).

²⁶⁴ European Communities (Life Insurance) Framework Regulations, 1994, précitée titre III, note 30, part 5, art. 42, (1).

²⁶⁵ Décret-loi n° 74 du 17 mars 1995, précité titre III, note 30, art. 108.

²⁶⁶ EGVVG, art. 1, précité titre III, note 29.

²⁶⁷ Décret-loi n° 02/94 du 20 avril 1994, art. 83.

²⁶⁸ Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, précitée titre III, note 33, § 10 (3).

contractuelles (conflits interterritoriaux ou interprovinciaux) (directive LPS non-vie, art. 1, § 1, *litt. a* directive LPS vie, art. 1, § 1). Cette disposition constitue la réplique exacte de l'article 19 de la Convention de Rome, lui-même directement inspiré des dispositions généralement insérées dans les Conventions internationales de La Haye²⁶⁹. Elle comporte en réalité deux règles.

La première, adressée à tous les Etats membres, permet au juge du for saisi d'un tel conflit de considérer chaque unité territoriale comme un pays aux fins d'identifier la loi applicable (directive LPS non-vie, art. 1, § 1, *litt. a* al. 1; directive LPS vie, art. 1, § 1, al. 1).

La seconde, destinée particulièrement aux Etats dans lesquels existent plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles, permet à ceux-ci, selon leur choix, de ne pas appliquer les dispositions de la directive aux conflits qui surgissent entre les droits de ces unités. L'option se justifie par le fait qu'il s'agit là de conflits purement internes à un Etat membre qui ne présentent aucun lien avec un autre Etat. L'Etat concerné par ce conflit n'a donc aucune obligation internationale de le résoudre en appliquant les règles de la directive²⁷⁰.

277. On s'étonnera que plusieurs Etats membres (Italie, France, Allemagne, Espagne, Portugal et Finlande) n'aient pas cru utile de transposer la première partie de l'article 1, § 1, *litt. a*²⁷¹. Même si l'Etat du for ne connaît pas ce genre de conflits sur son territoire, il n'est pas exclu que le juge d'un tel Etat ait à connaître d'une situation où sa propre règle de conflit désignerait la loi d'un pays dont le système juridique n'est pas unifié. Cette omission peut toutefois être réparée par le biais du renvoi prévu par l'article 1, § 2 de la directive LPS non-vie et 4, § 2 de la directive LPS vie aux règles générales de droit international privé des Etats membres. L'article 19 de la Convention de Rome, qui contient une solution identique, pourrait sans doute être invoqué au titre de ce renvoi. L'application du droit international privé national n'entraînerait probablement pas une solution différente. Traditionnellement, on considère en effet que les conflits interterritoriaux sont de même

²⁶⁹ Voy. par exemple l'article 19 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, ainsi que l'article 18 de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux conclue à la même date.

²⁷⁰ Voy. le Rapport explicatif de M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*, note 161, *JOCE*, n° 1182, p. 8. Voy. également H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé des contrats...», *op. cit.*, note 159, p. 31, n° 4.

²⁷¹ Les pays suivants ont transposé cette règle à la fois en assurance vie et non-vie : Royaume-Uni (The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990, Schedule 3A, 4, (1); The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, 9 (1)); Pays-Bas (lois du 18 avril 1991 et du 13 décembre 1992 qui opèrent par référence directe aux règles de la directive); Irlande (European Communities (Non-life Insurance) (Framework) Regulations, 1994, art. 23, (1) (h) (iv); European Communities (Life Insurance) Framework Regulations 1994, art. 22 (1) (c)); Belgique (arrêté royal du 22 février 1991, art. 8ter, § 1; arrêté royal du 8 janvier 1993, art. 8 nonies, § 1), Luxembourg (loi du 6 décembre 1991, art. 5, § 1; loi du 18 décembre 1993, art. 10, § 1), Autriche (Internationales Versicherungsvertragsrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum, § 2 (2)); Danemark (Réglementation n° 60 du 27 juin 1994, par référence directe aux règles de la directive).

nature que les conflits internationaux et que le juge saisi peut utiliser le même critère de rattachement que celui retenu par sa propre règle de conflit pour désigner l'ordre juridique compétent à l'intérieur de l'Etat concerné. Ce système est d'ailleurs celui adopté par les Conventions internationales de La Haye les plus récentes²⁷².

278. Quant à la seconde partie de la règle qui permet aux Etats non unifiés qui le souhaitent d'étendre les solutions communautaires aux conflits interterritoriaux, elle n'a été transposée qu'au Royaume-Uni²⁷³. Le législateur britannique a ainsi étendu l'application des règles prévues par la directive aux conflits de lois qui peuvent surgir entre les différentes parties du Royaume-Uni (Angleterre, Ecosse, Irlande du Nord). Il avait d'ailleurs adopté une attitude similaire dans le contexte de l'article 19 de la Convention de Rome²⁷⁴.

Il est vrai que le Royaume-Uni était à première vue le seul Etat concerné par une situation de conflit interterritorial. Jusqu'il y a peu, une telle situation pouvait également se présenter en France. En effet, la loi du 6 mai 1991 avait prolongé la survie de certaines dispositions héritées de la loi allemande sur le contrat d'assurance (loi du 30 mai 1908) dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (art. 191-3)²⁷⁵. Cette mesure de sauvegarde a cependant été supprimée par la loi n° 4-5 du 4 janvier 1994 modifiant le Code des assurances.

CONCLUSION DU TITRE IV

²⁷² Voy. à cet égard P. MAYER, *Traité*, 5ème éd., 1994, n° 338 à 240; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, t. III, 8ème éd., 1993, n° 358 et 390; F. RIGAUX, *Précis*, t. III, 2ème éd., n° 384 à 386.

²⁷³ Pour l'assurance non-vie, The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1990, Schedule 3A, Part I, art. 2 (2); pour l'assurance vie, The Insurance Companies (Amendment) Regulations 1993, Schedule 3A, Part III, art. 2 (2).

²⁷⁴ Contracts (Applicable Law) Act, art. 2, § 2; voy. CHESCHIRE AND NORTH, *Private International Law*, 12ème éd., London, Butterworths, 1992, p. 461.

²⁷⁵ Il s'agissait principalement des dispositions concernant le manquement aux obligations de l'assuré après sinistre, le droit de résiliation, l'indemnité due en cas de règlement tardif du sinistre par l'assureur, la prescription en assurance vie, la suspension du contrat en cas d'aliénation d'un véhicule terrestre à moteur, la garantie du vol en cas d'incendie, et la protection des droits reconnus aux créanciers. Voy. à cet égard H. MARGEAT, « Bas-Rhin, Haut-Rhin, Moselle; Sphère d'application du Code des assurances et de la loi locale (Loi n° 91-412 du 6 mai 1991) », *R.G.A.T.*, 1991, p. 19.

279. L'examen des règles de conflit de lois communautaires relatives au contrat d'assurance révèle clairement que celles-ci sont davantage inspirées de finalités matérielles que du principe de proximité cher au droit international privé. Cette conséquence étonnante au plan de la théorie générale s'inscrit pourtant dans la logique de l'insertion des règles de conflit de lois dans un texte communautaire destiné à faciliter l'exercice de la libre prestation de services en assurance. Dès lors que la divergence des droits du contrat d'assurance est perçue comme un obstacle à l'exercice de cette liberté, les normes destinées à harmoniser le règlement des conflits de lois dans les Etats membres s'inscrivent nécessairement dans la dialectique propre au droit communautaire entre les exigences de la libre circulation et les impératifs de la protection du consommateur.

Transposée en droit international privé, cette dialectique conduit à une tension perpétuelle entre le principe d'autonomie des volontés et l'application de la loi de l'Etat du risque ou de l'engagement. Cette confrontation se résout dans les directives par un dosage subtil de la liberté de choix de la loi applicable, partant d'un rattachement impératif excluant toute possibilité de choix, passant par un choix limité dans des situations définies marquées par une dispersion des facteurs de rattachement significatifs, pour arriver à une liberté complète de choix dans les situations qui ne nécessitent pas une protection particulière du preneur. Afin de rencontrer les exigences des pays libéraux, un mécanisme complexe de renvoi vient compléter le système, permettant théoriquement aux parties de bénéficier d'un choix plus étendu au second degré lorsque l'Etat membre désigné par la règle de conflit primaire l'autorise. Même le renvoi prend dans ce contexte un caractère substantiel puisqu'il vise un objectif déterminé□ l'élargissement du choix de la loi applicable.

Le caractère substantiel des règles de conflit communautaires s'observe également dans l'organisation du rattachement du contrat à défaut de choix de la loi applicable. Les dérogations apportées par la directive LPS non-vie au système de rattachement subsidiaire prévu par l'article 4 de la Convention de Rome (limitation des indices pouvant être pris en considération, renversement de la présomption□.) démontrent que la détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties répond elle-même à un souci de protection du preneur et des assurés, à tel point qu'on en vient à un système inédit qui tend à donner à l'interprète chargé de déterminer cette loi, la même liberté que celle dont disposent les parties pour opérer le choix de la loi applicable. Le droit communautaire oriente donc très clairement la méthode conflictuelle vers des règles de rattachement à caractère substantiel.

280. L'importance déterminante donnée au critère du lieu du risque dans les règles de conflit de lois propres au contrat d'assurance confirme par ailleurs l'influence du droit

administratif sur le droit international privé déjà constatée dans les titres précédents. Combiné au critère de la résidence habituelle du preneur, ce critère issu directement des facteurs autrefois utilisés pour la délimitation du domaine d'application spatial des lois de contrôle, est celui qui permet de matérialiser l'objectif de protection du preneur ou des assurés, en même temps qu'il garantit l'application de la loi où l'entreprise d'assurances exerce ses activités.

L'existence d'un contrôle administratif des conditions contractuelles d'assurance dans plusieurs Etats membres a certainement orienté les solutions retenues. L'application de la loi du risque se justifie par la recherche d'une certaine cohérence dans la solution des conflits d'autorités et des conflits de lois, de façon que l'autorité de surveillance puisse exercer son contrôle par rapport à sa propre loi. L'influence du droit administratif se manifeste également dans les transpositions effectuées par plusieurs Etats membres. L'unilatéralisme de certaines lois nationales ne s'explique pas autrement que par référence aux méthodes d'application propres aux lois administratives. Hypnotisée par la mission de contrôle de l'autorité nationale, la loi des pays connaissant un contrôle matériel des conditions d'assurance a pris pour hypothèse du règlement des conflits de lois, la localisation du risque sur le territoire national, sans se soucier de l'hypothèse inverse où le risque est situé sur le territoire d'un autre Etat membre. Ce faisant, la loi occulte l'office du juge dans les litiges relatifs au contrat d'assurance. Or, en vertu des règles de compétence internationale, celui-ci peut parfaitement être saisi d'un contentieux relatif à un contrat couvrant des risques situés à l'étranger. Pour combler les lacunes de la règle de conflit nationale dans une telle hypothèse, la seule solution consiste dans la bilatéralisation de la règle de conflit formulée de façon unilatérale, au bénéfice d'un recours à la théorie de l'effet utile de la directive.

281. La transposition réalisée par les Etats membres révèle d'autres écueils sans doute plus lourds de conséquences. La marge de manœuvre laissée par les directives a été utilisée par les Etats dans des directions parfois très différentes, ce qui porte une atteinte grave à l'objectif d'uniformisation des solutions de conflits de lois dans la Communauté européenne et l'Espace économique européen. Les raisons de cette divergence doivent être attribuées essentiellement à la complexité du mécanisme de renvoi à caractère substantiel souvent mal compris par les Etats membres. Transposé correctement, le mécanisme d'élargissement du choix permettait de maintenir une certaine uniformité des solutions, pour ce qui relève de l'étendue du choix accordé aux parties□une même situation marquée par une localisation typique des facteurs de rattachement aurait ouvert aux parties un choix dont l'étendue aurait été comparable quel que soit le for saisi du litige. Au lieu de cela, les transpositions effectuées par les Etats membres, dont certaines procèdent à une véritable

amputation du mécanisme d'élargissement, réintroduisent le risque de *forum shopping* que les autorités communautaires avaient voulu précisément éviter.

282. Cette constatation conduit à mettre sérieusement en doute le choix de la directive comme technique d'uniformisation du droit international privé. Il est vrai que les articles 67, § 2, et 63, § 2, du Traité n'offraient pas d'autres possibilités, sauf à fonder les règles de conflit de lois des directives LPS vie et non-vie sur une base juridique différente permettant l'adoption d'un règlement (art. 100 A ou 235)²⁷⁶. Il n'en reste pas moins que le règlement est sans doute mieux approprié lorsqu'il s'agit d'uniformiser le droit international privé des Etats membres. Cette technique est assurément plus proche des procédés d'uniformisation du droit que la directive. Par nature, la directive n'oblige les Etats membres que quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Même si les directives ont tendance à acquérir un contenu de plus en plus précis et inconditionnel, les Etats membres sont enclins à prendre avec elles des libertés que le texte ne leur permet pas toujours. Aux incertitudes qui affectent l'interprétation de l'acte communautaire s'ajoutent alors celles de l'acte national lui-même. Au surplus, il peut paraître paradoxal de confier à une norme qui, selon la jurisprudence de la Cour, n'a pas d'effet direct entre les particuliers, le règlement de questions de droit privé dont les principaux destinataires sont précisément les particuliers.

283. Le caractère très réglementé du contrat d'assurance dans le droit interne des Etats membres accroît le besoin de sécurité et de prévisibilité de la loi applicable. Cette préoccupation contribue à éloigner les règles de conflit de lois communautaires du principe de proximité pour les orienter vers des rattachements plus rigides, que d'aucuns tiendront pour simplistes ou grossiers. La marginalisation de la méthode indiciaire au bénéfice d'un rattachement impératif dont le domaine est largement défini constitue une caractéristique fondamentale des règles de conflit propres au contrat d'assurance. L'obligation d'information imposée à l'assureur concernant la loi applicable au contrat, qui

²⁷⁶ L'exclusion des dispositions relatives à la libre circulation des personnes, prévue par l'article 100A, § 2, comprend le droit d'établissement mais non la liberté de prestation des services. La réserve, prévue par le § 2, selon laquelle l'harmonisation n'est soumise à l'article 100A que si le Traité n'en dispose pas autrement, tend à donner à cet article un caractère subsidiaire par rapport aux dispositions prévues par les art. 66, § 2, 57, § 2 et 66. La portée de l'article 100A est donc principalement centrée sur la libre circulation des marchandises. On observera, en outre, que lorsque toutes les conditions sont réunies, les Etats membres ont la possibilité d'appliquer des dispositions nationales plus sévères, si elles sont justifiées par des exigences comparatives au sens de l'article 66, moyennant le respect d'une procédure déterminée (art. 100A, § 2). Mais il ne semble pas possible d'invoquer sur cette base des raisons tenant à la protection des consommateurs.

s'inscrit parfaitement dans la ligne des exigences propres aux contrats réglementés, contribue à réduire encore davantage l'utilité du rattachement à défaut de choix.

Cette évolution typique pourrait servir de point de départ à une réflexion globale centrée sur le rattachement approprié des contrats réglementés. Il est clair en effet que les règles de conflit de lois traditionnelles conçues essentiellement pour les contrats commerciaux internationaux ne sont guère adaptées aux contrats dans lesquels l'autonomie des parties joue désormais un rôle mineur. L'internationalisation des contrats réglementés annoncée par l'ouverture du marché intérieur appelle des rattachements différents et appropriés à leur nature. Comme leur contenu fait l'objet en droit interne d'une réglementation impérative à laquelle les parties ne peuvent déroger par convention, le rattachement de ces contrats ne peut s'accommoder des incertitudes de la méthode indiciaire. Les parties doivent connaître dès la conclusion du contrat à quelle loi ils doivent se conformer, aux fins d'adapter le contenu matériel de ce contrat aux exigences impératives de la loi applicable. Le choix de la loi applicable donne aux parties cette sécurité, mais sans se soucier des besoins de protection ressentis en droit interne. La seule alternative consiste dès lors dans l'adoption d'une règle de conflit à finalité protectrice faisant appel à un rattachement objectif écartant ou se conciliant avec le choix de la loi applicable. Les règles de conflit relatives au contrat d'assurance offrent l'exemple d'un système de droit international privé censé tenir compte des exigences propres à un type de contrats réglementés.