

VOLUME XLII — N.º 1

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 1



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLII — N.º 1 - 2001

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 797 7053/54 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Fevereiro de 2002

I Doutrina

- José de Oliveira Ascensão* — A liberdade de referências em linha e os seus limites 7
- Ruy de Albuquerque* — Reflexões assistemáticas sobre a moderna românica espanhola 29
- Paulo de Pitta e Cunha* — As cooperações reforçadas 51
- Paulo de Pitta e Cunha* — A política económica dos anos 70 59
- Luís de Lima Pinheiro* — A lei aplicável aos direitos de propriedade intelectual 63
- Ana Maria Guerra Martins* — A emergência de um novo direito comunitário da concorrência — As concessões de serviços públicos..... 77
- Sílvia Alves* — *O espírito das leis* — Para uma teoria da interpretação da lei no século XVIII 105
- Luís D. S. Morais* — Droit des Assurances — L'intégration juridique dans l'espace de l'Union Européenne en matière d'assurances 201
- Eduardo André Folque Ferreira* — Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos..... 229
- Izabel Cristina Moreira dos Santos* — As lacunas e o pensamento sistémático (na virada para a «era autopoiética») 287
- Mônica Sifuentes* — Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no direito português 315
- Carla Amado Gomes* — Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa 353
- Mafalda Carmona* — Conflitos armados não internacionais — em especial, o problema dos crimes de guerra..... 361

II Legislação

- António Menezes Cordeiro* — A Reforma do Direito Material de Seguros: o anteprojecto de 1999 481
- Luís Barbosa Rodrigues* — Regime do Referendo de Âmbito Local — Anteprojecto de proposta de lei orgânica 533
- Luís Duarte d'Almeida* — Sobre leis penais em branco..... 597

III Vida Universitária

- Manuel G. Cavaleiro de Ferreira* — Filosofia do Direito 609

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — O Relatório do Doutor Luís de Menezes Leitão sobre “O Ensino do Direito das Obrigações” — Parecer.....	619
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o <i>Curriculum vitae</i> do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes.....	631
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Programa de um Curso sobre Feitura de Leis	635

IV Recensões

<i>José Oliveira Ascensão</i> — Luis Humberto Clavería Gosálbez, <i>La causa del Contrato</i>	641
A. <i>Marques dos Santos</i> — Crónica de Direito Internacional Privado — breve resenha de algumas obras recentes e relevantes nesta matéria	643
<i>Miguel Nogueira de Brito</i> — Marcel Gauchet, <i>La Religion dans la Démocratie, Parcours de la Laïcité</i> ; Robert Audi, <i>Religious Commitment and Secular Reason</i> ; Gian Enrico Rusconi, <i>Come se Dio Non ci Fosse: I Laici, i Cattolici e la Democrazia</i>	651

DROIT DES ASSURANCES — L'INTÉGRATION JURIDIQUE DANS L'ESPACE DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'ASSURANCES (*)

LUÍS D. S. MORAIS (**)

1. ENCADREMENT GÉNÉRAL

1.1. Après quatre décennies d'évolution, il est intéressant d'essayer un bilan du processus d'intégration juridique dans l'espace communautaire en matière d'assurances. En effet, on est conscient de l'importance et complexité de la construction juridique sur laquelle le mouvement d'intégration des systèmes financiers s'est basé et de la puissance de ce mouvement, en particulier après l'introduction de l'Euro. Celui-ci est clairement un catalyseur fondamental d'un tel mouvement, lequel, pendant un période considérable, a été largement sous-estimée.

De toute façon, l'analyse de ce processus juridique d'intégration communautaire des systèmes financiers est, en général, fondée sur le secteur bancaire, ou même sur les questions particulières concernant les marchés de capitaux, laissant parfois le secteur des assurances dans une sorte de zone grise, qui n'a pas aucune correspondance avec l'importance économique réelle du secteur dans l'Union Européenne (UE) ⁽¹⁾ et avec le poids et l'importance technique des problèmes soulevés dans le processus de construction juridique du marché unique des assurances.

(*) Texto de Relatório Nacional (Portugal / Jornadas 2000). Associação HENRI CAPITANT.

(**) Advogado. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

(1) Voir sur l'importance économique indubitable du secteur de l'assurance dans l'Union Européenne, European Commission, «The Single Market Review — Impact on Services — Insurance» (Subseries II, volume 1), 1998, pp. 9 s: «The EU insurance sector is remarkably dynamic and of great economic significance in the Community (...) the investments it makes, notably through the use of its technical reserves, represented some 30% of the gross domestic product (GDP) of its 15 members in 1995". Voir, dans le même sens, DIETER FARNY, «The Development of the European Private Sector Insurance over the Last Twenty Five Years and the Conclusions that can be drawn for Business Management Theory of Insurance Companies», in The Geneva Papers on Risk and Insurance, 1999, pp. 145 ss; JAN HOLSBOER, «Repositioning of the Insurance Industry in the Financial Sector and its Economic Role», in The Geneva Papers on Risk and Insurance, 1999, pp. 243 ss.

Voir, également sur l'importance des transactions de marché — fusions et acquisitions — regardant le secteur des assurances dans l'UE, BARBARA HADLEY, «Mergers and Acquisitions in the Global Insurance Industry», Financial Times Finance — Management Reports, 1999, et FRANK ALTEMOLLER, «European Merger Control in Liberalized and Deregulated Insurance Markets — The Decision-Making Practice of the European Commission and the Future Outlook for the Delineation of the Market», in Geneva Papers on Risk and Insurance, vol. 25, n.º 3, July 2000, p. 369 s.

Il est vrai que, pour des raisons circonstancielles diverses, les étapes essentielles de l'intégration communautaire du secteur bancaire ont — règle générale — précédé de plusieurs années les étapes correspondantes («mutatis mutandis») dans le secteur des assurances (2). Ça pourrait nous amener à considérer que les coordonnées juridiques qu'il a fallu créer pour battre le marché unique des services financiers sont relativement uniformes et que celles-ci ont été «découvertes» dans le cadre du fonctionnement du secteur bancaire, et reproduites pour le développement de l'intégration communautaire dans les autres secteurs financiers. En réalité, une telle idée serait complètement fallacieuse, dans un double sens.

D'abord, et pour ce qui est du passé, les spécificités de la réglementation matérielle du secteur des assurances (3) dans les plusieurs Etats Membres de l'UE — marqué par un très intense degré d'intervention des autorités publiques — ont demandé des paramètres juridiques (et de technique financière) spéciaux et ont provoqué une transformation qualitative des réglementations nationales du secteur des assurances comparativement plus importante que laquelle qui s'a produit pour le secteur bancaire.

Dans une perspective d'avenir, on peut considérer qu'un des prochains plus grands défis du processus permanent d'intégration juridique des systèmes financiers des Etats Membres de l'UE — la construction d'un vrai droit de surveillance des conglomerats financiers, avec un encadrement communautaire minimum, conforme au principe de la subsidiarité (4) — subira, probablement, une influence technique décisive de l'approche adoptée en matière de supervision complémentaire des groupes d'entreprises d'assurance, avec la Directive 98/78/CE, du 27 Octobre 1998, sur la Surveillance Complémentaire des Entreprises d'Assurance Faisant Partie d'un Groupe d'Assurance (5).

En fait, les besoins actuels de contrôle de groupes d'entreprises dans le secteur financier — dans l'espace de l'UE, progressivement intégré — demandent un nouveau effort d'intégration juridique en ce qui concerne le fonctionnement du secteur financier, globalement aperçu, lequel profitera — comme on verra — des concepts et techniques introduits, et mis au point dans la Directive 98/78/CE, précité.

(2) Voir sur les raisons diversifiées qui peuvent expliquer cette situation, ALBERTO GIOVANNINI, COLIN MAYER (Editors), «European Financial Integration», Cambridge University Press, 1991. Voir, également, HERVÉ KAUFFER, «L'Europe des Banquiers», Presses Universitaires de Nancy, 1990.

(3) Voir, sur les spécificités de la réglementation matérielle du secteur des traditions et la, déjà, longue tradition d'intense 'interventionnisme' juridique dans ce domaine, JEAN-LOUIS BELLANDO, «La Réglementation et le Contrôle de l'Assurance au Niveau Mondial», in «Encyclopédie de l'Assurance», FRANÇOIS EWALD, JEAN-HERVÉ LORENZI, Editeurs, Economica, Paris, 1998, p. 235 s. Voir, également, HERMAN COUSY, «Les Différents Cadres Juridiques de l'Assurance», in «Encyclopédie de l'Assurance», ibidem, p. 207 s.

(4) Voir sur cet objectif de construction d'un vrai droit de surveillance des conglomerats financiers, avec un encadrement minime communautaire, le «Plan d'Action pour les Services Financiers», de la Commission (COM(1999)232, 11.05.99).

(5) Voir sur l'encadrement juridique associé à la Directive 98/78/CE, du 27 Octobre, 1998 (JOCE L 330/1, 5.12.98), «sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance», dans une perspective essentiellement descriptive, GILBERT PARLEANI, «Directive 98/78 sur la Surveillance Complémentaire des Entreprises d'Assurance Faisant Partie d'un Groupe d'Assurance», in Revue Générale du Droit des Assurances, 1999-2, p. 283 s. Pour une perspective analytique de la matière, voir, PATRICK PEARSON, «Supplementary Supervision of Insurance Undertakings in a Group», in «Insurance and EC Law — Commentary», MARTIJN VAN EMPEL, HUMBERT DRABBE (Editors), Amsterdam Financial Series, Kluwer (loose-leaf).

Malgré la priorité qui a été donnée — une autre fois — dans la réglementation communautaire au contrôle des groupes d'entreprises bancaires et d'investissement — en particulier par l'adoption de la Directive bancaire sur la Surveillance d'Institutions de Crédit sur une Base de Consolidation (Directive 92/30/CEE, qui a été précédé par une autre Directive de 1983 ⁽⁶⁾) — les *techniques essentielles de supervision sur une base de consolidation*, qui supposent la création des *règles harmonisées imposant critères de solvabilité communs*, ne seront pas suivies pour le contrôle des conglomérats financiers.

Au contraire, la nouvelle construction juridique aboutissant à un processus de contrôle de ces groupes d'entreprises financières sera édifiée sur les techniques et concepts d'échange d'informations et de contrôle des risques développés dans le contexte de la Directive 98/78/CE, précité (*c'est à dire, et du moins dans cet aspect particulier, dans le contexte de l'intégration juridique développée dans le domaine des assurances*).

D'un autre côté, les techniques essentielles pour la construction du marché unique des services financiers, dans les décennies quatre-vingt et quatre-vingt-dix — reconnaissance mutuelle de réglementations nationales, surveillance par les autorités de l'Etat Membre d'origine des institutions financières et harmonisation minimale de règles techniques ⁽⁷⁾ — sont devenues progressivement insuffisantes pour permettre un fonctionnement équilibré des plusieurs systèmes financiers dans l'UE, surtout après la très puissante accélération de l'intégration financière dans le cadre de l'introduction de l'Euro.

Le modèle qui a permis cette construction du marché unique des services financiers suppose un processus dynamique et efficace de coopération entre les autorités nationales de surveillance. Or, des analyses très récentes, comme celle produite par le Rapport Brouwer (Rapport sur La Stabilité Financière du Comité Brouwer créé par le Conseil «Ecofin» de Turku, en Septembre de 1999 pour vérifier l'adéquation des structures de surveillance au maintien de la stabilité financière) ont montré plusieurs insuffisances d'un tel processus de coopération entre les autorités nationales ⁽⁸⁾.

En particulier, il a été remarqué qu'en ce qui concerne les *conglomérats financiers avec prépondérance des entreprises d'assurance* il y a des lacunes dans le processus de coopération entre les autorités nationales, en vertu — au delà d'autres raisons — de la

⁽⁶⁾ Directive Bancaire 92/30/CEE, «sur la Surveillance d'Institutions de Crédit sur une Base de Consolidation» (JOCE, n.° L 110/52, 1992), qui a été précédé par la Directive Bancaire 83/350/CEE (JOCE n.° L 193/18, 1983), sur la même matière. Voir sur ces Directives, «Banking and EC Law — Commentary», Amsterdam Financial Series, Kluwer (loose-leaf), Chapter 12.

⁽⁷⁾ Voir, en général, sur cette triade de techniques, comme fondement de la construction du marché unique des services financiers, «Banking and EC Law — Commentary», cit. Voir sur cette matière, et en particulier, pour le secteur des assurances, MANUEL DE FRUTOS, «EC Insurance Law — General Introduction», in «Insurance and EC Law — Commentary», cit. (Chapter 2).

⁽⁸⁾ Voir le Rapport préparé par le Comité Brouwer, «Report on Financial Stability» (Prepared by the ad hoc group of the Economic and Financial Committee), Economic Papers, n.° 143, May 2000 (à la date de conclusion du présent travail il est seulement disponible le text en langue anglaise). Voir en particulier p. 6 et s.: «The practical functioning of the institutional framework (of financial supervision) is firstly constituted by memoranda of Understanding (MOUs). In particular, MOUs serve to specify the bilateral cross-border co-operation between sectoral supervisors that is obliged in the context of 'home country control' and 'consolidated supervision'. Where large cross-border financial institutions have emerged, cross-sector MOUs have been signed to provide clarity on the supervisor(s) responsible for consolidated supervision. Incidentally, it appears from a survey conducted by the working group that the information exchange and co-operation through MOUs is more elaborate in the banking sector than in the insurance sector».

manque de définition d'un rôle de coordinateur des actions des autorités de surveillance en ce type de situations.

Cela signifie, tout probablement, que le secteur des assurances demandera des efforts d'innovation juridique et institutionnel spéciaux en matière de réévaluation des procédures de coopération entre les autorités de surveillance financière nationales, laquelle s'avère décisive pour un renouvellement équilibré de l'encadrement juridique de l'intégration communautaire dans le secteur financier (malgré la constatation provisoire du Comité Brouwer — qui, en tout cas, n'est pas excessivement catégorique — selon laquelle il n'y aura pas une nécessité immédiate de grands changements institutionnels des structures de surveillance financière, mais seulement la nécessité d'introduire plusieurs perfectionnements dans les accords de coopération actuels).

1.2. Un autre trait saillant du processus d'intégration juridique communautaire dans le domaine des assurances c'est la très claire prédominance des aspects de droit institutionnel et de surveillance. En fait, *si l'on considère, selon un point de vue systématique, et général, les deux domaines fondamentaux du droit des assurances — le droit du contrat d'assurance et le droit institutionnel ou droit de surveillance* ⁽⁹⁾ — *on vérifie que la réglementation communautaire des assurances est essentiellement fondée sur ce deuxième volet.*

Il y a des raisons méthodologiques décisives qui sont à l'origine de cette évolution du processus juridique communautaire. La réglementation communautaire dans le domaine des assurances correspond 'ab initio' à *un processus d'harmonisation des réglementations nationales conçu avec le propos (le 'telos') d'établir un vrai marché intérieur dans ce secteur économique.*

Dans ce contexte, et comme remarque très justement — dans une perspective générale —, C. D. EHLERMANN ⁽¹⁰⁾, *ce genre d'harmonisation orientée vers la construction d'un marché unique est caractérisée pour quatre objectifs essentiels, à savoir, (1) «l'élimination des obstacles aux libertés fondamentales, (2) la protection d'intérêts essentiels qui sont menacés pour cette élimination d'obstacles, (3) l'élimination de distorsions de la concurrence que, malgré ne correspondant pas à des obstacles dans le sens précité, occasionnent des différences sérieuses de coût, et (4) rendre plus facile, pour les entreprises individuelles ou pour les groupes d'entreprises, la réalisation d'opérations économiques dans le marché commun».*

Or, l'accomplissement de ces quatre objectifs essentiels a dépendu fondamentalement de l'harmonisation de règles nationales de droit des assurances dans le domaine du droit institutionnel ou de surveillance au détriment du droit du contrat d'assurance, malgré le fait que le «déficit» d'harmonisation dans ce deuxième volet peut affecter

⁽⁹⁾ Voir sur cette distinction structurelle, consacrée, en matière de droit des assurances — droit du contrat d'assurance et droit institutionnel ou droit de surveillance —, HERMAN COUSY, «Les différents Cadres Juridiques de l'Assurance», cit., p. 207 s.; JEAN-LOUIS BELLANDO, «La Réglementation et le Contrôle de l'Assurance au Niveau Mondial», cit., p. 235 s.; FRANÇOIS EWALD, «Les Valeurs de l'Assurance», in «Encyclopédie de l'Assurance», cit., p. 399 s.

⁽¹⁰⁾ Voir, dans ce sens: C.D. EHLERMANN, «Harmonization versus Competition Between Rules», *European Review*, 1995, 333, s.

l'efficacité des objectifs concernant la protection d'intérêts essentiels potentiellement menacés par l'élimination d'obstacles aux transactions communautaires ou même l'élimination de distorsions qui peuvent influencer sur le coût des transactions.

Paradoxalement, cette «lacune» a probablement un double effet contradictoire, en affectant soit les opérateurs économiques d'assurances qui sont confrontés avec des coûts très divers dans les différents marchés nationaux — et avec des obstacles potentiels correspondants à la disparité de normes invoquées pour la protection de l'intérêt général en chaque ordre juridique national ⁽¹¹⁾, soit les consommateurs d'assurances.

Ces derniers, en particulier, sont confrontés avec des encadrements juridiques de protection de leurs intérêts très divers, ce qui peut être spécialement troublant en ce qui concerne les «risques de masse» (de toute évidence, il y a des situations qualitativement très dissemblables en ce qui concerne les intérêts diffusés des consommateurs individuels et les intérêts de grands groupes d'entreprises qui sont aussi consommateurs de produits d'assurances). Ces consommateurs sont nommément confrontés avec l'absence d'un «jus commune» européen (dans le domaine général du droit privé, avec l'exception significative du droit des sociétés, téléologiquement déterminé par les besoins d'intégration économique ⁽¹²⁾), et avec les particularités nationales du droit privé des assurances.

D'ailleurs, et comme on verra (infra 2.), les méthodes qui ont finalement été suivies pour construire la partie essentielle du marché unique d'assurances (d'après les Troisièmes Directives d'Assurances), ont déterminé dans plusieurs Etats Membres de la UE le remplacement des processus de surveillance 'a priori' des entreprises d'assurance (portant sur les garanties financières de ces entreprises, mais aussi sur les conditions contractuelles et autres de divers produits d'assurance) pour des processus de surveillance 'ex post' ⁽¹³⁾.

Cela a traduit, pour l'essentiel, l'adoption de techniques juridiques typiques de ce que, suivant HERMAN COUSY ⁽¹⁴⁾, on peut appeler la culture d'assurance «maritime»

⁽¹¹⁾ En cette matière voir la "Communication Interpretative de la Commission sur la Liberte de Prestation de Services et l'Intérêt Général dans le Secteur des Assurances" (2000/C 43/03), JOCE, C 43/5, 16.2.2000) sur laquelle on reviendra plusieurs fois dans notre analyse.

⁽¹²⁾ Voir, en particulier, sur les raisons puissantes du mouvement d'intégration communautaire vers l'harmonisation du droit des sociétés, «Integration Through Law — Europe and the American Federal Experience», MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE, JOSEPH WEILER, Editors, vol 4, «Legal Harmonization and the Business Enterprise», RICHARD M. BUXBAUM, KLAUS J. HOPT, 1988, Walter de Gruyter, Berlin, New York. Voir, spécialement p. 167 s., et les deux pressuppositions y nommées, «The attempt to harmonize the company and capital market laws of the member states of the European Economic Community (EEC), begun at the end of the 1960's, is based on two premises. The first assumes that companies are the most important economic actors within the individual member states, and that they are becoming increasingly active on a transnational basis. The second premise assumes the existence of a substantial connection between the harmonization of company and capital market laws on the one hand, and the advancement of economic integration, as defined in the Treaty of Rome, on the other".

⁽¹³⁾ Voir sur ce procès de transition en plusieurs États Membres de la CEE, déterminé pour les Troisièmes Directives d'Assurances, MANUEL DE FRUTOS, «EC Insurance Law — General Introduction», in «Insurance and EC Law — Commentary», cit. (Chapter 2), p. 14 s. Voir aussi sur cette transition, HERMAN COUSY, «European Private Insurance Law», Paper, «10th Scientific Meeting of the Bund der Versicherten», June 2000, Katholieke Universiteit Leuven, Tiesestraat.

⁽¹⁴⁾ Voir A. cité, «European Private Insurance Law», précité, p. 6 s.: «Maritime is the model of insurance which is practised in the countries around the (North-) Sea, that is England and (remarkably) the Nether-

(appartenant à des ordres juridiques comme celles du Royaume Uni ou des Pays Bas), au détriment des modèles juridiques typiques de la tradition juridique «alpine» (Allemagne, Italie du Nord et aussi, comme modèles voisins, ces des ordres juridiques de la France, de l'Espagne ou du Portugal), lesquels privilégient non seulement le contrôle des garanties financières des entreprises d'assurance, mais aussi le contrôle des conditions d'assurance, et des tarifs pratiqués par les assureurs («contrôle matériel»).

Un autre aspect sensible en matière de protection des consommateurs c'est le «déficit» de mécanismes alternatives au contrôle légal 'a priori' des activités des assureurs, pour cette protection, dans les États appartenant à la culture d'assurance «alpine».

En effet, les ordres juridiques appartenant à la dite culture «maritime» d'assurance (et en particulier aux systèmes de 'common law') ont développé des pratiques de 'self-regulation' dans le secteur financier et des 'codes de conduite' relativement strictes qui apportent d'une façon effective un certain degré de protection aux consommateurs de services financiers. Dans l'absence de ce genre de mécanismes spécifiques — lesquels dépendent de contextes économiques et juridiques très particuliers —, en plusieurs ordres juridiques continentaux, l'élimination des processus de contrôle 'matériel' et 'a priori' des entreprises et des produits d'assurance a parfois conduit à une réduction potentielle du niveau de protection des consommateurs d'assurance.

Si on admet, suivant VON HIPPEL ⁽¹⁵⁾, qu'il faut considérer cinq catégories de problèmes potentiels, fondamentaux, regardant, en particulier, le consommateur de produits d'assurance — des conditions de polices d'assurances peu raisonnables ou peu claires, des primes excessivement lourdes, des décisions irréfléchies de contracter, la possible insolvabilité des compagnies d'assurance et l'éventuelle déloyauté des assureurs — il sera pour nous relativement claire qu'*une tutelle juridique efficace des intérêts du consommateur exige un corps juridique diversifié*, encadrant non seulement les garanties financières des compagnies d'assurance, le droit de faillite de ces compagnies ⁽¹⁶⁾, les particularités du droit du contrat d'assurance, y compris les régimes de clauses abusives, et même des procédures spéciales d'application des normes de concurrence dans le secteur des assurances.

Cela veut dire qu'un processus d'intégration juridique communautaire — comme ce qui a été édifié, en tout hâte, dans la transition de la décennie quatre-vingt pour la

lands(...) In the maritime tradition insurance is a product which is bought in a competitive market at a bargained for price. Since premium levels are competitive and thus sharp, the insurer has to watch out not to underwrite bad risks. Selectivity is necessary. And so is segmentation of tariffs between good and less good risks. Government supervision is rather loose, and certainly doesn't concern tariffs. In such a competitive insurance market bankruptcies of insurance companies are not excluded, but guarantee funds are set up to cover those who were insured by a failing insurer. Insurance contracts are of short duration, so as to allow clients to move on from one insurer to a hopefully better one".

⁽¹⁵⁾ Voir, VON HIPPEL, "Verbraucherschutz", Tubingen, 1986, l.c. Cette perspective sur les intérêts typiques des consommateurs d'assurance nous paraît un bon point de départ pour une compréhension complète de la protection juridique de ces consommateurs.

⁽¹⁶⁾ Le droit de faillite des compagnies d'assurance correspond à une des lacunes majeures du droit communautaire en matière d'assurance, lorsqu'il s'a montré compliqué le procès de négociation d'une Directive communautaire sur la restructuration et liquidation d'entreprises d'assurance. Heureusement, et comme on verra — infra 4. — pendant le semestre de la présidence portugaise de l'UE il a été possible l'obtention de l'accord politique du Conseil CE, à l'unanimité, sur une position commune concernant cette Directive, laquelle, selon toute probabilité, recevra son approbation finale dans un très court délai.

décennie quatre-vingt-dix —, *fondamentalement conçu comme harmonisation des réglementations nationales sur l'accès à l'activité d'assurance et sur l'exercice de cette activité, dans la perspective prédominante de la sauvegarde des garanties financières des compagnies d'assurance*, ne correspond pas, encore, à ce type de corps juridique diversifié, globalement cohérent, ce qui donne lieu à des «segmentations» juridiques nationales très dissemblables.

En revanche, s'il faut reconnaître qu'il y a des lacunes à combler dans ce domaine sensible de la *procédure communautaire d'intégration juridique, en matière d'assurance*, on doit, en tout cas, faire attention à l'importance des catégories de normes juridiques, diverses, qui n'ont pas la nature spécifique — 'stricto sensu' — de normes de droit des assurances pour la protection effective des types d'intérêts précités des consommateurs de produits d'assurance. *Il y a des normes communautaires de droit de concurrence, et de protection juridique, général, du consommateur qui peuvent être l'objet d'interprétations et de concrétisations spéciales, dans le domaine des assurances, lesquels, 'lato sensu', font aussi partie de cette procédure d'intégration juridique communautaire en matière d'assurance.*

En réalité, dès la décennie quatre-vingt il s'est produit un nouveau mouvement juridique vers l'application effective des normes communautaires de concurrence dans les domaines de la banque et de l'assurance (17). En ce qui concerne ce dernier secteur, la Commission européenne a même adopté, le 21 Décembre 1992, un Règlement d'Exemption par Catégories (18), qui reconnaît la légitimité d'une série d'accords, et de pratiques concertées entre compagnies d'assurance dont l'importance pour la sauvegarde des intérêts des consommateurs et pour le développement équilibré du marché des assurances est reconnue.

En ce qui concerne les normes communautaires de protection juridique générale du consommateur on doit nommer, en particulier — en vertu de son importance en matière de protection des intérêts spécifiques du consommateur de produits d'assurance — la Directive 93/13/CEE (19), sur les clauses déloyales dans les contrats avec les consommateurs — malgré l'option très discutable sous-jacente à cette Directive, concernant son applicabilité limitée aux contrats d'assurance —, or le Project de Directive couramment en discussion concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (20) (lequel permettra de combler la lacune de la Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 Mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, que ne visait pas les services financiers (21)).

(17) Voir sur ce nouvelle impulsion vers une application effective des normes communautaires de concurrence dans les secteurs de la banque et de l'assurance, R. GREAVES, «EC Competition Law — Banking and Insurance Services», Wiley Chancery, 1992; voir encore, ANTHONY FITZSIMMONS, «Insurance Competition Law», Graham & Trotman, 1994.

(18) Voir sur ce Règlement communautaire, A. FITZSIMMONS, op. cit.

(19) Directive 93/13/CEE, du 5 Avril de 1993, JOCE, L 95/29.

(20) Project de Directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, en discussion au cadre du Conseil en Septembre de 2000.

(21) Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 Mai 1997 — JOCE L 144/19.

Ce dernier projet (commercialisation à distance de services financiers) concerne tous les secteurs du système financier et ne prendra pas nécessairement en considération les spécificités de plusieurs questions de protection des consommateurs d'assurance, mais, de toute façon, pourvu que le degré d'harmonisation approuvé dans un Projet de ce genre soit suffisamment flexible — c'est à dire une harmonisation minimale, ou dans un degré semblable — il fournira une base équilibrée pour le développement de réglementations nationales d'inspiration communautaire — et dans le cadre du processus d'intégration juridique communautaire — en matière de protection des consommateurs de produits d'assurance dans un domaine de plus en plus sensible (l'importance des relations commerciales à distance n'ira que s'accroître dans le futur prochain, même dans un secteur comme celui de l'assurance, caractérisé par une importance spéciale des canaux traditionnels de distribution et que pour cette même raison subira des transformations plus radicales que celles que se produiront dans les autres secteurs du système financier).

Le même Projet va probablement marquer *une nouvelle tendance de réglementation communautaire dans le sens de la production de réglementation plurisectoriel (banque, assurance, marché de capitaux), concernant, globalement, le système financier, en particulier en ce qui s'agit de la protection des consommateurs, laquelle, dans ce cas, fera aussi partie — 'lato sensu' — du processus d'intégration juridique communautaire dans le domaine de l'assurance* et qui permettra probablement des interventions réglementaires plus opportunes et efficaces — vu la dynamique de l'évolution des plusieurs secteurs du système financier dans le double cadre de l'accélération de l'intégration communautaire et de l'influence progressive de la 'nouvelle économie' dans ces domaines.

Ces avantages, de toute façon, pourront être contre-carrés, si on succombe à des possibles 'tentations' futures de pousser à un degré excessivement intense l'harmonisation développée à travers ces normes communautaires plurisectorielles, ne prenant pas en compte, dans une juste mesure, les spécificités des plusieurs secteurs financiers.

Considérant encore la perspective de la protection juridique générale du consommateur — et de l'importance des normes communautaires générales dans ce domaine pour le processus d'intégration juridique communautaire en matière d'assurance — on doit regretter le relief limité de la Directive 93/13/CEE, cit. en ce contexte. En réalité, les contrats d'assurance sont exclus du champ d'application de cette Directive — dans les termes et pour les effets des Considérants et de l'article 4 de la Directive (en particulier, les termes qui définissent le risque assuré et la responsabilité de la compagnie d'assurance ne sont pas soumis à la vérification d'un possible caractère déloyale).

De toute façon, nous soutenons que cela ne signifie pas que les contrats d'assurance sont globalement et complètement exclus du champ d'application de la Directive (du moins, en ce qui concerne les exigences prévues dans les articles 3 et 5 de la Directive (22)). Cette question fondamentale devrait, en tout cas, être plus clairement réglée

(22) Voir, dans ce sens, JAC RINKES, «The Consumer Perspective on the Completion of the Single Market in Insurance», in «The Law and Practice of Insurance in the Single European Market», Editors, ANDREW MCGEE, WOLFGANG HEUSEL, 1995, Bundesanzeiger, p.15 (volume 11, series of publications by the Academy of European Law in Trier).

dans la Directive et dans un sens plus favorable à son application dans le domaine des assurances.

2. L'ÉVOLUTION DU PROCESSUS D'INTÉGRATION JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE DANS LE DOMAINE DE L'ASSURANCE DANS LA PERSPECTIVE DE LA CONSTRUCTION DU MARCHÉ UNIQUE DE L'ASSURANCE

Une compréhension adéquate des bases fondamentales, situation présente, et perspectives d'avenir du processus d'intégration juridique communautaire, dans le domaine de l'assurance, demande une révision synthétique du processus de construction juridique du marché unique de l'assurance, comprenant, en particulier, les Directives communautaires d'assurance dites de première, deuxième et troisième génération, et les principales initiatives connexes entre chacune de ces Directives.

Dans une perspective générale, on peut considérer une première phase distincte du processus de construction de ce marché unique d'assurances — jusqu'au milieu de la décennie quatre-vingt — caractérisé par la prévalence des objectifs des Programmes Générales de 1961⁽²³⁾, concernant, d'abord, l'institution de la liberté d'établissement et, en second, la liberté de prestation de services et, d'un autre côté, marqué par une vision ambitieuse d'harmonisation très détaillée des réglementations nationales (de façon à prévenir les distorsions de la concurrence entre les divers marchés nationaux).

Ce programme ambitieux d'harmonisation détaillée a compris, entre autres aspects, la présentation d'un Projet de Directive communautaire d'harmonisation du droit du contrat d'assurance (Projet de Directive du Conseil publié au JOCE C 190/2 et ultérieurement amendé — JOCE C 355/30). En effet, on admettait à cette époque que l'harmonisation nécessaire pour la construction graduelle du marché unique d'assurance concernerait non seulement le droit de la surveillance financière (dans la perspective de la manutention des garanties financières des compagnies d'assurance), mais aussi — et d'une façon développée (fondamentalement comme moyen de faciliter la liberté de prestation de services) — le droit du contrat d'assurance. L'Évolution ultérieure à 1980 a déterminé un échec très clair de cette stratégie juridique. Le processus de construction du marché unique de l'assurance a connu une situation d'impasse, laquelle n'a été surmontée qu'à travers l'adoption d'une approche globalement nouvelle à partir du Livre Blanc de la Commission sur l'Achèvement du Marché Interne⁽²⁴⁾.

Cette nouvelle approche pour le secteur des services, en général, reposait essentiel-

⁽²³⁾ Voir sur l'incidence des ces Programmes Générales dans le domaine de l'assurance, MANUEL DE FRUTOS, «EC Insurance Law — General Introduction», cit., pp. 24 ss. Voir aussi, FRANCIS LOHÉAC, «À Propos du Marché Unique de l'Assurance et de Quelques Questions Connexes», in *Revue du Marché Commun*, 1992, pp. 781 ss.

⁽²⁴⁾ Voir sur ce «Livre Blanc» et ses répercussions pour la construction du marché unique dans plusieurs secteurs économiques, EMMANUEL GAILLARD, DOMINIQUE CARREAU, WILLIAM LEE, «Le Marché Unique Européen», Paris, Pedone, 1989.

lement sur trois facteurs (déjà considérés supra) — harmonisation limitée aux règles essentielles, reconnaissance mutuelle des lois nationales des États Membres, et attribution des pouvoirs fondamentaux de contrôle aux autorités du pays d'origine de l'entité qui développe les activités économiques en question.

Cela a produit comme répercussion plus frappante, en termes de méthodologie juridique du processus d'intégration, la renonciation à des objectifs d'harmonisation juridique détaillée, laquelle a déterminé une concentration du processus — en ce qui concerne le domaine de l'assurance — dans le volet du droit de surveillance financière, avec l'abandon, pour l'essentiel et en des termes pratiques, du volet de l'harmonisation du droit du contrat de l'assurance (le Project de Directive de 1979, cit. a, ainsi, resté bloqué pour un période considérable et a, récemment, été formellement soulevé par la Commission).

Les options d'harmonisation sous-jacentes au Project de 1979 ont probablement contribué aussi pour un tel échec. En effet, ce Project visait seulement certains aspects, délimités, de la régulation du contrat d'assurance (c'était une *harmonisation limitée*, versant certains éléments de la régulation du contrat d'assurance et non la totalité des éléments saillants de cette régulation), mais, en contrepartie, par rapport aux éléments de régulation spécifiquement visés — et sauf des exceptions très circonscrites — c'était une harmonisation totale.

En ce qui concerne *les aspects (limités) du contrat d'assurance réglementés dans le Project de Directive* — à savoir, nommément, le contenu du document du contrat d'assurance, la déclaration par le preneur d'assurance sur les circonstances qui peuvent influencer sur l'évaluation ou l'acceptation du risque pour la parte de l'assureur, la déclaration par le preneur d'assurance après la conclusion du contrat sur les éventuelles augmentations du risque, les conséquences juridiques pendant la période de validité du contrat des diminutions du risque, les conséquences juridiques de la manque de paiement de la prime, l'obligation de communication du preneur d'assurance sur l'occurrence des «claims», terme, durée et renouvellement du contrat — *l'harmonisation poursuivie est totale, et n'a pas les caractéristiques d'une harmonisation minimale, qui permettrait aux États Membres, dans le cadre de la transposition de la Directive, l'adoption de dispositions nationales plus favorables au preneur d'assurance* (le Project admettait seulement — chose tout à fait différente — que les parties dans le contrat d'assurance pourraient adopter dispositions contractuelles plus favorables pour le preneur d'assurance que celles qui découleraient des dispositions légales nationales de transposition de la Directive).

Avec le recul du temps, on peut comprendre l'intention sous-jacente à ce Project de 1979, à travers duquel se poursuivrait non seulement des propos essentiels de protection du preneur d'assurance, mais aussi l'intégration des marchés nationaux d'assurance par la 'standardisation' — poussée jusqu'à un niveau très exigeant — des dispositions de droit du contrat d'assurance.

Cette intention ne s'est pas avéré réaliste, et, conséquemment, cette méthodologie de construction juridique du marché unique d'assurance a été complètement dépassé par la nouvelle stratégie de libéralisation poursuivie à travers les Directives d'assurance de deuxième et de troisième génération (Directives communautaires 88/357/CEE et 90/619/CEE, du 22 Juillet 1988 et du 8 Novembre 1990, d'un côté, et Directives 92/49/CEE et 92/96/CEE, du 18 Juin 1992, et du 10 Novembre 1992, d'autre côté).

Nous admettons que la 'leçon' de cet échec des efforts d'intégration et d'harmonisation qui ont été entrepris en 1979-1980 sont aujourd'hui, dans une large mesure, encore valides. En général, les 'tentations' d'harmonisation totale conduisent, trop facilement, à des situations d'impasse, soit pour l'harmonisation poursuivie dans un seul domaine (v. g. le droit des assurances), soit en ce qui concerne l'harmonisation poursuivie dans une optique plurisectorielle, comme laquelle cherchée par le Projet de Directive, cit., sur la commercialisation à distance des services financiers.

Dans ce dernier cas, et au côté de possibles situations de blocage ou de retardement du processus d'harmonisation, l'harmonisation totale — bien que sélective ou limitée — peut aussi amener — sous le déguisement d'un apparent renforcement de la protection des consommateurs — à des distorsions importantes provenant de l'impossibilité de tenir compte de la spécificité des intérêts des consommateurs dans les plusieurs secteurs du système financier.

La stratégie d'intégration juridique plus équilibré et efficace — dans le cadre d'un processus plus vaste d'intégration communautaire d'un secteur financier, globalement considéré — sera probablement, à notre avis, basée sur une harmonisation sélective, aussi ample que possible — à partir d'un noyau fondamental (lequel dans le cas du secteur de l'assurance correspond à l'harmonisation du droit de surveillance financière, versant essentiellement la sauvegarde des garanties financières des compagnies d'assurance) —, mais limitée, en ce qui concerne la plupart des aspects en dehors de ce noyau fondamental (et même pour une partie des aspects y comprises), à des formes d'harmonisation minimale, ou à un niveau d'intensité proche de celui-ci ⁽²⁵⁾.

En ce qui concerne le secteur de l'assurance, le marché unique édifié dès le début de la décennie quatre-vingt-dix repose sur le noyau fondamental de l'harmonisation du droit de surveillance financière (harmonisation limitée à un domaine spécifique du droit de l'assurance et même dans ce cercle restreint de normes, harmonisation du type minimale) — en particulier des normes attachées au contrôle des garanties financières des compagnies d'assurance —, et de la reconnaissance mutuelle des normes nationales non harmonisées dans ce domaine (dans un cadre de fond de conduite de la surveillance financière des compagnies d'assurance par les autorités nationales des États Membres d'origine de ces compagnies).

En s'agissant du deuxième volet essentiel du droit de l'assurance — le droit du contrat d'assurance —, la surveillance de l'accomplissement des règles de comportement connexes avec le contrat d'assurance et des conditions prévues dans les polices d'assurance appartient essentiellement aux autorités des États Membres d'accueil sur la base de son propre droit national (lequel, pour l'essentiel, n'a pas été soumis à un processus systématique d'harmonisation communautaire). Il s'agit, donc, *d'un domaine caractérisé par l'application du droit national, lequel règle la conduite des affaires d'assurance selon des critères fondamentaux «d'intérêt général»*.

⁽²⁵⁾ Sur les concepts fondamentales d'harmonisation totale et d'harmonisation minimale, voir JOE VERHOERVEN, «Communautés Européennes et Rapprochement des Législations», Lisboa, 1983; voir aussi, P. KAPTEYN, VERLOREN VAN THEMAAT, «Introduction to the Law of the European Communities», edited by LAWRENCE GORMLEY, Kluwer, 1990.

La concrétisation normative de ces impératives d'intérêt général, réglant la conduite des affaires d'assurance présente, naturellement, des disparités importantes entre les plusieurs États Membres et produit potentiellement des obstacles et un espace de risque, fertile pour la création artificieuse de distorsions aux échanges entre les États Membres (le problème a toujours été reconnu par la Commission dans le cadre des Directives d'assurance de troisième génération et ce potentiel pour la création d'entraves au fonctionnement du marché unique d'assurances a récemment conduit la Commission à produire une importante Communication Interprétative, parmi laquelle il est essayé de clarifier cette situation — «Liberté de Prestation de Services et Intérêt Général dans le Secteur des Assurances» (26)).

C'est, quand-même, curieux de vérifier que la transition qualitative du processus d'intégration juridique communautaire de l'assurance, associée à la vraie rupture introduite dans les méthodologies juridiques d'harmonisation — avec le double abandon d'une harmonisation globale du droit de l'assurance (au détriment du droit du contrat d'assurance) et d'une harmonisation détaillée, qui s'est produit à travers l'adoption des Directives communautaires de troisième génération — n'a pas, à la rigueur, correspondu à une réglementation communautaire, versant exclusivement le contrôle des garanties financières des compagnies d'assurance (il ne faut pas confondre un vrai objet prédominant de régulation normative avec un objet unique — en réalité inexistant — de régulation).

En effet, une analyse plus attentive de ces matières nous démontre que des aspects fondamentaux de la régulation des relations contractuelles entre preneurs d'assurance et compagnies d'assurance — couvrant nommément la matière, cruciale pour l'équilibre de ces relations, relative à l'information à prêter aux preneurs d'assurance avant la conclusion des contrats ou en d'autres situations — ont été, du moins partiellement, réglés dans les Directives communautaires de troisième génération.

Ainsi, cette matière vraiment capitale, concernant l'encadrement de l'information à prêter aux consommateurs d'assurance, était symptomatiquement comprise dans la réglementation prévue dans le *Project de Directive sur le droit du contrat d'assurance, de 1979*, cit. (ce qui correspond à une logique cohérente, lorsqu'il s'agit d'un aspect essentiel pour le volet de l'harmonisation du droit du contrat d'assurance), mais, en contrepartie, a été reprise dans la réglementation prévue dans les Directives de troisième génération (voir, nommément, les articles 31 et 43 de la Directive 92/49/CEE et l'article 31 de la Directive 92/96/CEE).

2.1. La Construction Juridique du Marché Unique de l'Assurance — Rétrospective Synthétique et Perspectives d'Avenir

En synthèse, on peut admettre, au présent, que la perspective de libéralisation sous-jacente aux Directives communautaires de troisième génération, du début de la décennie quatre-vingt-dix — basée sur l'harmonisation, de type minimale, du droit de surveillance financière et la reconnaissance mutuelle des normes nationales réglant cette matière — a correspondu à une option correcte, visant dépasser les blocages antérieu-

(26) Communication Interprétative publiée dans le JOCE C 43/5 (2000/C 43/03), du 16 Février 2000.

res du processus d'intégration (des décennies soixante-dix et quatre-vingt) et qui a permis, avec succès, la création des bases primordiales du marché unique de l'assurance.

En tout cas, cette indiscutable réussite contient, en soi même, les semences de son insuffisance et d'un nouveau impasse de type différent, au présent, et en ce qui concerne le futur proche. Cette insuffisance du cadre normatif communautaire actuel — malgré le succès inhérent à la construction célèbre des bases essentielles du marché unique de l'assurance — se vérifie, selon notre avis, dans une double perspective.

D'un côté, la puissante accélération de l'intégration des différents systèmes financiers nationaux et la formation en cours — en termes de réalité de marché — de conglomerats financiers avec des positions de marché importantes dans des parties significatives de l'UE (et non seulement à l'échelle nationale ⁽²⁷⁾) — phénomène que possiblement entraîne des transformations plus radicales pour le secteur des assurances que pour le secteur bancaire — rend progressivement et dangereusement insuffisants les processus de surveillance financière basés sur la compétence des autorités de l'État Membre d'origine et la simple coopération avec les autorités des États Membres d'accueil.

D'un autre côté, l'intensification des échanges de produits et services d'assurance fait apparaître à une lumière plus claire les blocages et, surtout, les distorsions résultantes des lacunes d'harmonisation dans le domaine du droit du contrat d'assurance. La Commission a bien essayé de faire front à cette situation, limitant les possibles distorsions associées au vaste espace qui est laissé aux États pour l'invocation des impératives d'intérêt national, définis selon les normes et principes juridiques nationaux à travers sa récente Communication Interprétative de Février de 2000 (cit.), mais cela ne correspond qu'à une solution de recours.

De toute façon, et selon notre avis, cette situation ne veut pas dire, pour le moment, qu'on sera contraint à introduire une nouvelle rupture dans la méthodologie juridique du processus d'intégration dans le domaine de l'assurance (comme celle qui s'a produit avec l'abandon des perspectives d'harmonisation détaillée poursuivies jusqu'à la décennie quatre-vingt). Le cadre juridique de base de la réglementation communautaire d'assurance possède encore des virtualités qui peuvent permettre une transition pas trop brusque vers une nouvelle phase de l'intégration.

Il s'agira d'approfondir l'intégration juridique dans ce domaine à travers une révision sélective des processus de surveillance financière — y compris sur le plan institutionnel avec nouvelles formes d'interaction entre les instances nationales et les instances communautaires — et, bien aussi, à travers l'approfondissement et le complément sélectif des dispositions versant les règles de conduite des assureurs vis à vis les preneurs d'assurance, déjà présentes — comme on a vérifié — dans les Directives com-

(27) Voir dans ce sens les observations judicieuses de FRANCESCO PAPADIA et CARLO SANTINI, «La Banque Centrale Européenne», Banque d'éditeur, 1998. Ces auteurs ont pris en compte le secteur bancaire, mais son évaluation et, à notre avis, valide pour tous les institutions du secteur financier (assurance y compris):

«Il est probable que dans le système bancaire européen trois différents types de banques finissent par être présents: les banques continentales, difficiles à identifier avec l'un ou l'autre des États de l'Union, les banques nationales et les banques proprement locales. Dans ce cas, au moins pour ce qui est des banques du premier type, un contrôle prudentiel qui serait encore effectué sur le plan national pourrait s'avérer inadéquat (...)» (op. cit., p. 52).

munautaires de troisième génération (ce volet d'approfondissement de l'intégration juridique dans le domaine du contrat d'assurance peut aussi résulter d'une meilleure et plus complète interaction avec les normes communautaires générales de protection des consommateurs et avec les normes plurisectorielles de protection des consommateurs de services financiers).

3. LE PROCESSUS COMMUNAUTAIRE D'INTÉGRATION VERS L'ACHÈVEMENT DU MARCHÉ UNIQUE D'ASSURANCE — BRÈVE RÉTROSPECTIVE DESCRIPTIVE — LES PREMIÈRES PHASES

Avant d'analyser d'une façon conclusive — bien que très schématique — les prochaines perspectives d'approfondissement de l'intégration juridique dans la matière d'assurance, prenant compte des insuffisances de réglementation que nous venons de soutenir au point précédent, il est important de dresser une vision globale — essentiellement descriptive — de l'évolution de ce processus d'intégration juridique, afin de mieux situer le contexte général de tous ces transformations.

Initialement, le calendrier entrevu pour la réalisation d'un marché unifié de l'assurance, selon les programmes généraux adoptés en Décembre de 1961, prévoyait pour 1964 la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services pour les activités de réassurance. En ce qui concerne les autres domaines de l'assurance, la liberté d'établissement devait être achevée en 1966 pour l'assurance directe de dommages et en 1968 pour l'assurance directe vie; la liberté de prestation de services pour ces deux secteurs d'activité devait être achevée, respectivement, en 1968 et 1970.

Cette planification n'était pas très réaliste, et ne prenait pas en compte les immenses difficultés posées par l'harmonisation préalable des législations des États Membres, laquelle serait, en tout cas, nécessaire pour achever ces libertés fondamentales dans le cadre d'un grand marché commun européen. D'un côté, la méthodologie juridique d'harmonisation, à l'époque, pendait vers une perspective d'harmonisation détaillée, comprenant en ce qui concerne plusieurs matières une vraie harmonisation totale.

Ces ambitions sur le plan de l'harmonisation choquaient avec une grande diversité de modèles d'encadrement juridique de l'activité d'assurance dans les États Membres (le choc plus visible concernait les cultures d'assurance dites «alpine» et «maritime», qu'on a déjà référé, *supra* 1.2.). Ce considérable déséquilibre entre les objectifs de l'harmonisation juridique et les disparités des réglementations nationales qu'il fallait surmonter ont conduit à une moindre célérité du processus communautaire d'intégration, dans le domaine de l'assurance, et ont même provoqué des situations d'impasse dans ce processus.

De toute façon, un premier pas dans ce processus a été accompli avec l'adoption en Février de 1964 de la Directive concernant la suppression, en matière de réassurance, des restrictions à la liberté d'établissement et à la liberté de prestation de services. Cette réalisation a clairement apparu comme la moins compliquée, en raison de l'absence de contrôles nationaux très exigeants (le caractère nettement international de l'activité de réassurance rend dispensable des procédures de contrôle national très lourdes dans ce domaine).

En ce qui concerne l'assurance directe, le processus de libéralisation a été beaucoup plus lent et compliqué. Ce processus s'est accompli en trois phases distinctes du début

de la décennie soixante-dix au début de la décennie quatre-vingt-dix et, parmi ces étapes, il a fallu surmonter des situations de vrai blocage de cette évolution.

Le premier pas vers la libéralisation du marché de l'assurance s'est traduit en l'adoption des Directives relatives au droit d'établissement — Directive du 24 Juillet 1973 (en matière d'assurance non vie) et Directive du 5 Mars 1979 (assurance vie) ⁽²⁸⁾. Ces Directives couramment désignés comme Directives de la « première génération » prévoyaient un système d'ouverture d'agences ou de succursales de compagnies d'assurance à travers l'obtention d'un agrément administrative — complémentaire vis à vis de celui accordé à les entreprises d'assurance par les États de son siège social.

Ce système présupposait encore un pouvoir de contrôle essentiel à exercer par les autorités nationales du pays d'accueil des agences ou succursales d'entreprises d'assurance. En tout cas, la procédure visant, en chaque État, l'obtention de l'agrément administrative pour l'ouverture d'agences ou de succursales devrait obéir à des conditions juridiques et techniques qui ont subi un certain degré d'harmonisation communautaire.

Un mouvement vers le transfert de compétences de contrôle pour les autorités nationales de l'État du siège social des compagnies d'assurance a, de toute façon, été initié avec ces Directives de « première génération ». Ainsi, ces Directives prévoyaient une harmonisation de règles nationales concernant l'encadrement d'une marge de solvabilité et d'un fonds minimum de garantie pour l'ensemble des activités des entreprises d'assurance. Sur la base de cette harmonisation il a été établi un principe de contrôle de ces aspects par les autorités nationales de l'État du siège social des entreprises d'assurance (c'est à dire un contrôle comprenant les activités des agences ou succursales de ces entreprises dans le territoire d'autres États membres).

L'activité des autorités nationales de surveillance financière des États d'accueil d'agences ou succursales couvrait tous les autres volets de contrôle prudentiel — notamment la constitution et représentation de provisions techniques, selon la réglementation national respective —, et tous les autres domaines d'application des réglementations nationales techniques, comprenant l'approbation et fiscalisation des conditions contractuelles et tarifaires des produits d'assurance (la plupart de ces aspects fondamentaux pour l'encadrement global de l'activité d'assurance — comme activité lourdement réglementée — n'étaient pas, à l'époque, harmonisés au niveau communautaire) ⁽²⁹⁾.

3.1. Une Deuxième Phase — La Réalisation de la Libre Prestation de Services

La coordination des conditions d'établissement des compagnies d'assurance dans les plusieurs États membres — visé par les Directives de « première génération » susmention-

⁽²⁸⁾ Directives 73/239/CEE, JOCE L 228/3, du 16 Août 1973, et 79/267/CEE, JOCE L 63/1, du 13 Mars 1979; Voir en générale sur ces Directives de « première génération », FRANÇOIS LOHÉAC, « Le Marché Unique Européen de l'Assurance », in « Encyclopédie de l'Assurance », cit., pp. 131 ss.

⁽²⁹⁾ Il faut encore prendre en compte que la Directive d'assurance de « première génération » en assurance non vie a été complétée par des Directives à la portée spécifique en assurance touristique (Directive du 10 Décembre 1984, JOCE L 8, du 11 Janvier 1984), en assurance protection juridique (Directive du 22 Juin 1987, JOCE L 185, du 4 Juillet 1987) et en assurance crédit/caution (Directive du 22 Juin 1987, JOCE L 185, du 4 Juillet, 1987), lesquelles ne peuvent être objet d'analyse dans le contexte limité de ce travail.

nées — ne permettait pas, évidemment, la réalisation d'un vrai marché unique de l'assurance. Ça ne correspondait qu'à un premier pas vers cet objectif final, car le volet concernant la libéralisation de prestation de services d'assurance n'avait pas été touché par ces Directives. Dans ce contexte, la commercialisation de produits d'assurance dans plus qu'un État membre demandait la concrétisation de situations effectives d'établissement dans ces États, et, conséquemment, l'obtention d'agrément préalables sur les territoires de ces États.

L'étape suivante vers un effectif décloisonnement des marchés nationaux d'assurance exigeait, donc, le début d'un mouvement visant la libéralisation de la prestation de services dans le domaine de l'assurance et s'est montrée très problématique. En réalité, on peut considérer l'existence d'une vraie parenthèse dans le processus communautaire d'intégration juridique tendant à l'achèvement du marché unique de l'assurance — tant les difficultés inhérents à la libéralisation de la prestation de services ont apparu comme un obstacle apparemment insurmontable pendant une période excessivement longue. Bref, la transition de la décennie soixante-dix pour la décennie quatre-vingt a largement correspondu à une phase d'impasse.

Il faut, quand-même, reconnaître que cet impasse dans le processus d'intégration juridique en matière d'assurance s'est produit pendant une période de «immobilisme» et d'indécisions du processus communautaire d'intégration, globalement considéré⁽³⁰⁾ — associé à la succession de crises économiques de la même époque — lequel n'a été surmonté qu'avec la nouvelle impulsion gérée par l'adoption de l'Acte Unique Européen⁽³¹⁾.

De toute façon, on a connu — à notre avis — des raisons intrinsèques au processus d'intégration juridique de l'assurance qui ont renforcé cette tendance vers l'«immobilisme» dans ce domaine. En particulier, la perspective d'associer le volet de l'harmonisation du droit du contrat d'assurance — sur une base d'harmonisation complète de certains aspects délimités⁽³²⁾ — à la construction des piliers de réglementation commune, ou harmonisée, essentiels pour la libéralisation des transactions a manqué de réalisme et s'est montrée excessivement ambitieuse.

Dans ce contexte, le premier pas vers la libéralisation de la prestation de services a compris seulement — dans un premier moment — le domaine de la coassurance. En effet, la Directive du 30 Mai 1978, en matière de coassurance⁽³³⁾ a permis aux assureurs communautaires de participer en coassurance à l'assurance des grands risques situés sur le territoire de la CEE, même s'ils n'étaient pas établis dans le territoire de plus d'un État membre.

Il a fallu un double «choc» positif — s'adressant, en général, au processus communautaire d'intégration et, en spécial, au secteur spécifique de l'assurance — pour

⁽³⁰⁾ Voir sur ce période d'immobilisme du processus communautaire d'intégration, globalement considéré (que certains auteurs ont appelé d'«Europessimisme»), «The Single European Market and Beyond», Editor DENNIS SWANN, Routledge, 1992.

⁽³¹⁾ Voir, en générale, sur cette nouvelle impulsion gérée par l'Acte Unique Européen, JEAN DE RUYT, «L'Acte Unique Européen — Commentaire», Éditions de l'Université de Bruxelles, 1987.

⁽³²⁾ Voir sur cette matière nos observations précédents sur la Proposition de 1979, concernant l'harmonisation du droit du contrat d'assurance (sur lesquelles on ne va pas revenir), supra, 2.1.

⁽³³⁾ Directive du 30 Mai 1978, en matière de coassurance communautaire, JOCE L 151 du 7 Juin 1978.

interrompre le «parenthèse» qui bloquait l'avancement de la libéralisation de la prestation de services, concernant la globalité des transactions d'assurance.

Ce double «choc», aux effets vertueuses, a compris, d'un côté, l'adoption (déjà susmentionnée) de l'Acte Unique Européen, et, de l'autre côté, l'adoption d'un important conjoint d'arrêts, en matière de coassurance, pour la Cour de Justice des CE en Décembre de 1986 ⁽³⁴⁾.

Sous l'impulsion de ce double «choc» la libéralisation de la prestation de services a, donc, progressé à travers l'adoption des Directives d'assurance, dites Directives de «deuxième génération», comprenant notamment, la Directive 88/357/CEE en assurance non vie, et la Directive 90/619/CEE en assurance vie ⁽³⁵⁾ (entrées en vigueur en Novembre 1992 et en Mai 1993).

La particulière complexité du processus de libéralisation de la prestation de services a été démontrée d'une façon paradigmatique par la technique juridique suivie dans ces Directives. Celles-ci ont, en effet, introduit deux degrés de libéralisation, déterminés selon le besoin de protection du preneur d'assurance.

En matière d'assurance non vie, la libéralisation totale a été réalisée seulement pour les grands risques ⁽³⁶⁾, comprenant fondamentalement les risques concernant les grandes entreprises industrielles ou commerciales. L'activité d'assurance liée à ce type de risques a été soumise au contrôle des autorités nationales du pays du siège social de l'entreprise d'assurance (principe de contrôle par le pays d'origine — «home country control»). Ce nouveau système a complètement éliminé le besoin d'agrément préalable des États Membres d'accueil — États où le risque était situé — en ce qui concerne les activités d'assureurs communautaires de commercialisation de produits d'assurance dans le territoire de plusieurs de ces États. Pour cela, il suffira, dès ce moment, des simples procédures de notification relatives à l'intention d'initier des transactions dans un territoire quelconque, sous le régime de la libre prestation de services. Conséquemment, les autorités nationales des États membres d'accueil ont été dépourvues de pouvoirs d'approbation préalable de conditions contractuelles et tarifaires des produits d'assurance commercialisés sous le nouveau régime.

Le contrôle par le pays du siège social des compagnies d'assurance signifie, entre autres choses, l'attribution aux respectives autorités nationales des pouvoirs concernant la détermination du montant des provisions techniques, leur représentation par des actifs équivalents et congruents, et, bien aussi, la localisation de ces actifs.

En réalité, on peut parler de l'existence d'un vrai système mixte en ce qui concerne le contrôle des activités réalisées sous le régime de la libre prestation de services (cou-

⁽³⁴⁾ Voir sur l'importance décisive de ces Arrêts de la Cour de Justice de Décembre de 1986, MANUEL DE FRUTOS, «EC Insurance Law — General Introduction», cit., pp. 49 ss. (il s'agit des cases suivants: p. 220/83, *Commission v. France* (1986), ECR 3663; p. 252/83, *Commission v. Denmark* (1986), ECR 3713; P. 205/84, *Commission v. Germany* (1986) ECR 3755; p. 206/84, *Commission v. Ireland* (1986), ECR 3817.):

«The European Court of justice made a point of detailing precisely in these judgments the principles governing the effective exercise of freedom of services in insurance. Moreover, the jurisprudence has proved to be crucial for the completion of the internal market in all the financial services sectors» (op. cit., p. 49).

⁽³⁵⁾ Directive 88/357/CEE, JOCE L 172/1, du 4 Juillet 1988, et Directive 90/619/CEE, JOCE L 330/50, du 29 Novembre 1990.

⁽³⁶⁾ Voir sur le concept de «grands risques», ANNETJE OTTOW, «An Internal Insurance Market Before the Turn of the Century?», in *Common Market Law Review*, 1992, pp. 511 ss.

ramment, désigné de «LPS»), comprenant l'intervention des autorités de contrôle du pays d'accueil (voir article 19.^o, 3 de la Directive 73/239/CEE, selon le texte modifié par l'article 10.^o de la Directive 88/357/CEE; voir aussi l'article 22.^o de la même Directive 88/357/CEE), et du pays de l'État du siège social de la compagnie d'assurance, prestant un service quelconque.

La base juridique pour ce système mixte comprend nécessairement un important degré d'harmonisation des réglementations nationales encadrant les aspects essentiels du contrôle prudentiel des assureurs. Ainsi, parmi d'autres aspects, la Directive 88/357/CEE, prenant en compte les observations de la Cour de Justice formulées dans les Considérants 35 à 39 de l'arrêt de 4 de Décembre 1986 (affaire Commission c. Allemagne) prévoit un important conjoint de règles de congruence, en matière de provisions techniques, lesquelles visent limiter l'espace de pouvoir discrétionnaire des États en ce qui concerne le choix des actifs qui représentent les provisions techniques des compagnies d'assurance (voir, en spécial, article 6.^o de la Directive 88/357/CEE).

Cette harmonisation des règles de congruence est absolument fondamental, soit afin d'accomplir l'objectif directeur de la reconnaissance mutuelle des réglementations nationales — en ce domaine vital pour le contrôle prudentiel des assureurs — soit afin d'empêcher l'introduction par les États membres de nouvelles restrictions aux transactions sous le régime de «LPS», créés à partir de nouvelles exigences en matière d'approvisionnement des compagnies d'assurance.

Une autre base pour cette construction d'un premier niveau de concrétisation de la libre prestation de services, dans le domaine de l'assurance, a correspondu, avec ces Directives de «deuxième génération», au début de l'abandon — confirmé en toute sa plénitude plus tard — de la stratégie de réaliser une harmonisation communautaire ambitieuse sur le plan du droit du contrat d'assurance, laquelle — comme on a déjà soutenu — a manqué de réalisme juridique et économique. Celui-ci a été le «prix» à payer — en ce qui concerne le processus d'intégration juridique de l'assurance — pour surmonter une situation d'impasse qui durait depuis une décennie et qui bloquait la réalisation du marché unique de l'assurance.

Ainsi, mise à part, la stratégie d'harmonisation du droit du contrat d'assurance, la résolution des problèmes concernant le droit applicable aux contrats d'assurance a, surtout, été laissée aux règles de droit international privé

Il s'agit, bien entendu, d'un domaine complexe, lequel ne peut pas subir une analyse 'ex professo' dans ce Travail. En tout cas, le critère plus commun — visant l'encadrement juridique de ces situations — correspond à celui prévu dans l'article 7.^o, n.^o 1, al. a), de la Directive 88/357/CEE.

Dans les situations y prévues, où le preneur d'assurance est résident, ou a l'administration centrale de ses activités dans l'État Membre où est, simultanément, localisé le risque à assurer, la loi applicable au contrat d'assurance sera la loi de cet État Membre du risque, ce qui n'empêche pas les parties de choisir la loi d'un autre État, dès que ce soit permis par la loi de ce premier État. De toute façon, la loi éventuellement choisie par les parties ne pourra pas violer aucune disposition ayant caractère impératif de l'ordre juridique national de l'État membre du risque.

Il faut reconnaître que cette solution est vulnérable à des critiques importantes, conçues selon la perspective du consommateur final de produits d'assurance, parce que

— surtout, comme on constatera tout de suite, dans le domaine des risques dites «de masse» — des exigences impératives, ou des considérations d'intérêt général, imposées par l'ordre juridique national, peuvent gêner, de façon significative, la concrétisation de l'objectif, visé par les Directives, de permettre aux preneurs d'assurance communautaires le recours — sans obstacles — à des services de compagnies d'assurance qui ne soient pas établies dans son État. Pourtant, ça a correspondu à la conséquence inévitable de l'impraticabilité d'un processus d'harmonisation substantielle du droit du contrat d'assurance et a été une sorte de 'condition sine qua non' pour faire sortir de son impasse le processus global d'intégration juridique dans le domaine de l'assurance et le mouvement réflexe d'achèvement d'un marché unique de l'assurance.

L'obstacle résiduel aux transactions de produits d'assurance — et vraie conséquence ultime de la manque d'harmonisation du droit du contrat d'assurance — résulte, spécifiquement, de la disposition clé de l'article 18.°, n.° 1, de la Directive 88/357/CEE, laquelle reconnaît aux États membres, en ce qui concerne les risques de masse, le droit de maintenir ou introduire dispositions législatives, réglementaires ou administratives, notamment pour l'approbation des conditions générales ou spéciales des polices d'assurance, pourvu que les dispositions de l'État Membre de l'établissement de la compagnie d'assurance ne soient pas suffisantes pour obtenir le niveau de protection nécessaire du consommateur d'assurance et que les exigences (exigences d'intérêt général) résultant de l'ordre juridique de l'État Membre où se vérifie la prestation de service ne dépassent ce qui est nécessaire pour cet effet (cette compétence résiduelle des États Membres est donc assujettie à un principe de proportionnalité).

En ce qui concerne l'assurance vie, la Directive de «deuxième génération» applicable — Directive 90/619/CEE — ne prévoit pas des régimes juridiques différenciés selon le type de risque. En contrepartie, cette Directive établit des régimes différents selon une autre distinction clé — le type de preneur d'assurance.

Cette distinction clé est basée, en spécial, sur l'article 13.° de la Directive et comprend deux types fondamentaux de preneurs d'assurance — le preneur actif et le preneur passif. Il s'agit dans le premier cas d'un preneur d'assurance qui a l'initiative d'acquérir un produit d'assurance vie, sous le régime de «LPS», auprès d'une compagnie d'assurance qui n'est pas établie dans l'État Membre où ce preneur est résident. Logiquement le preneur d'assurance passif correspond à celui qui est le destinataire d'une offre de produits d'assurance vie, qu'il n'a pas cherché de son propre initiative.

L'activité des compagnies d'assurance comprenant l'intervention de preneurs d'assurance passifs serait encore soumise à un agrément administratif préalable de l'État Membre où la prestation de services tenait place. L'attribution de pouvoirs essentiels de contrôle aux autorités nationales du pays du siège social de la compagnie d'assurance était fondamentalement limitée aux situations caractérisées par l'intervention de preneurs d'assurance actifs.

3.2. La Troisième Phase — l'Achèvement du Marché Unique de l'Assurance — Le Système de Passeport Unique

Les Directives de «deuxième génération» ont permis de surmonter un longue période d'immobilisme dans le processus d'intégration juridique communautaire en

matière d'assurance — au prix, comme on a constaté, de la subalternité de la dimension d'harmonisation du droit du contrat d'assurance — et ont, presque dès le début, revêtu un caractère transitoire dans le processus à nouveau accéléré de concrétisation du marché unique de l'assurance.

Une fois définie la claire prééminence de l'harmonisation minimale («level playing field») du droit de surveillance financière (prudentiel) de l'assurance, pour cette construction juridique et économique, on a très vite passé à la négociation et conclusion des Directives d'assurance, dites Directives de «troisième génération», sur lesquelles reste encore, au présent, le cadre juridique basique du fonctionnement du marché unique de l'assurance (Directive 92/49/CEE, en matière d'assurance non vie et Directive 92/96/CEE, en matière d'assurance vie, lesquelles trouvaient sa base juridique dans les articles 57.^o, n.^o 2, et 66.^o du Traité CE ⁽³⁷⁾).

On a déjà référé que ces Directives accueillent les principes primaires directeurs du processus d'intégration de marchés nationaux, conçus, en spécial, pour le secteur financier (et, en particulier, pour le secteur bancaire) dès le milieu de la décennie quatre-vingt. Il s'agit de l'harmonisation minimale, en spécial couvrant le droit de surveillance financière (prudentiel), de l'utilisation de la technique de la reconnaissance mutuelle des réglementations nationales (ayant comme conséquence réflexe une sorte de concurrence entre ordres juridiques nationaux ⁽³⁸⁾) et le contrôle par le pays d'origine («home country control»). La pleine application de ces principes structurants a permis le remplacement du système dualiste d'encadrement des risques de masse et des grands risques (d'un côté) et du preneur d'assurance actif et passif (de l'autre côté) — sur lequel s'était édifié, de façon incomplète, la libéralisation de la prestation de services dans l'assurance avec les Directives de 1988 et 1990 — par un système global et cohérent de libéralisation des transactions d'assurance.

À la rigueur, le méthode juridique adopté dans les Directives de 1992 rend nettement moins importante la distinction entre liberté d'établissement et liberté de prestation de services. Globalement, l'issue crucial va être, maintenant, la définition, dans un cadre général, de limites relatifs à l'accès et à l'exercice des activités économiques d'assurance dans le contexte d'un marché communautaire unifié. Ainsi, au contraire de la solution adopté dans la version originaire de l'article 7.^o de la Directive 72/239/CEE (Directive

⁽³⁷⁾ Directive 92/49/CEE, JOCE L 228/1, du 11 Août 1992, et Directive 92/96/CEE, JOCE L 360/1, du 9 Décembre 1992.

⁽³⁸⁾ Voir, en général, sur ce phénomène normative complexe de concurrence entre ordres juridiques nationales, au cœur de plusieurs secteurs fondamentaux de l'intégration juridique communautaire, en particulier en ce qui concerne les secteurs financiers — encadrés sur la base de la technique juridique de la reconnaissance mutuelles des législation nationales —, NORBERT REICH, «Competition Between Legal Orders — A New Paradigm of EC Law», in *Common Market Law Review*, 1992, pp. 861 ss. (l'auteur analyse, en particulier, le secteur de l'assurance comme un cas paradigmatique de concurrence entre ordres juridiques nationaux. N. REICH met judicieusement l'accent sur l'extrême difficulté qu'on aura pour trouver les justes équilibres possibles dans un procès d'intégration juridique de ce genre, car la flexibilité que celui-ci apporte, amène ici des risques pour le processus d'intégration: «Competition between legal orders may be an element of workable competition — but it may also distort competition». REICH considère aussi le degré d'harmonisation du droit du contrat d'assurance comme un point critique pour le fonctionnement d'un espace d'intégration juridique d'assurance ouvert à formes de concurrence entre ordres juridiques nationaux applicables (voir op. cit., p. 877).

de «première génération»), une autorisation nationale, concernant l'accès à l'activité d'assurance est valide pour tout le territoire de la CE, et, conséquemment, légitime la compagnie d'assurance autorisée à exercer son activité dans la CE, soit en régime de libre établissement (établissement secondaire, comprenant agences ou succursales), soit en régime de libre prestation de services.

L'autorisation est octroyée par l'État du siège social de la compagnie d'assurance — couvrant certaines branches en spécial — et, cumulativement, la surveillance financière de l'activité de cette compagnie appartient aussi à cet État d'origine de la compagnie (les respectives autorités nationales ont aussi le pouvoir de révoquer l'autorisation d'activité en question). Il s'agit, donc, d'un système de licence unique ou passeport unique des compagnies d'assurance.

Tout simplement, l'établissement d'une compagnie dans un autre État est assujéti à une notification à l'autorité compétent de l'État Membre d'origine, laquelle pour sa part doit établir un contact, concernant cet établissement, avec l'autorité de l'État Membre d'accueil de la succursale ou agence en question. Ce dernier État peu, en tout cas, établir certaines conditions, suivant lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, les activités d'assurance doivent être exercées dans son territoire (selon la jurisprudence claire et stable de la Cour de justice, ce pouvoir de l'État d'accueil devra être exercé de façon non discriminatoire et les conditions à imposer ne devront surmonter, en aucun cas, le minimum nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt qui leur apporte sa base de légitimité).

Le potentiel d'abus résultant de ce pouvoir résiduel des États d'imposition de conditions d'exercice d'activité, justifiée par des intérêts légitimes, est une conséquence inévitable d'une unification du marché communautaire d'assurance qui, d'une façon tout à fait intentionnel, coexiste avec une lacune juridique fondamentale dans le domaine de l'harmonisation du droit du contrat d'assurance.

La récente Communication Interprétative de la Commission (cit., supra 2.) vise, en tout cas, l'établissement de critères juridiques prévisibles et claires, aptes à soutenir un droit de regard permanent sur ce même potentiel d'abus. À notre avis, d'autres évolutions juridiques peuvent également contribuer à restreindre, sinon à effacer, ce risque d'abus, nommément des mesures, sans caractère général, d'harmonisation communautaire de certains aspects — très spécifiques — du droit du contrat d'assurance, comme complément ponctuel des dispositions relatives à cette matière (droit du contrat d'assurance) qui, malgré tout, sont déjà intégrés dans le texte des Directives de 1992; l'évolution de l'encadrement général de la protection des consommateurs de services financiers peut aussi présenter une contribution appréciable dans ce sens.

La coordination communautaire des systèmes communautaires d'accès et d'exercice de l'activité d'assurance introduite par les Directives de 1992 a eu des conséquences complexes, et même des effets contradictoires, dans les ordres juridiques nationaux des États Membres. On l'a déjà souligné — mais le caractère crucial de cette question justifie d'en revenir —, *la directrice d'allègement de la réglementation («deregulation effect») qui a apporté le soutien juridique fondamental afin de débloquent l'impasse relatif à la construction juridique du marché unique de l'assurance — prévue dans l'article 8.º, n.º 3, de la Directive 73/239/CEE, modifiée selon la Directive de 1992 — a produit des effets parfois contradictoires en plusieurs ordres juridiques nationaux (d'accord avec la pré-*

éminence d'aspects de culture juridique d'assurance «alpine» ou «maritime» que nous avons caractérisé *supra*).

D'accord avec cet article 8.^o, cit., les États Membres ne peuvent pas prévoir dans sa réglementation nationale des dispositions afin d'exiger l'approbation préalable ou la communication systématique des conditions générales ou spéciales des polices d'assurance, des tarifs, ou d'autres documents que les compagnies d'assurance emploient dans le cadre de ses relations avec les preneurs d'assurance.

Cela veut dire que la coordination communautaire des systèmes nationaux d'accès et d'exercice de l'activité d'assurance a typiquement deux effets contradictoires. Dans le contexte des marchés nationaux d'assurance traditionnellement plus lourdement réglementés ⁽³⁹⁾ — à savoir, l'Allemagne ou même le Portugal (si on prend compte de sa réglementation nationale préalable à 1992) — cette coordination a provoqué un mouvement puissant de déréglementation («deregulation»), soulevant problèmes d'adaptation très complexes, et des bouleversements des formes de protection des consommateurs qui, même aujourd'hui ne sont pas encore complètement stabilisés. Par contre, dans le contexte de marchés plus libéraux — comme ces du Royaume Uni ou des Pays Bas — la coordination communautaire peut souvent entraîner des phénomènes d'accroissement de réglementation de l'État.

Dans une autre perspective, la conjonction d'une coordination communautaire basée sur une harmonisation minimale, essentiellement circonscrite au domaine du droit de la surveillance financière — au détriment du droit du contrat d'assurance —, gérant ce type d'effets contradictoires dans les ordres juridiques nationaux, avec la reconnaissance de l'exercice concurrent de compétences nationales ⁽⁴⁰⁾, peut stimuler la naissance de tendances centrifuges dans le secteur d'assurance, comprenant, éventuellement — parmi d'autres phénomènes — la prolifération de dispositions nationales diverses justifiées par la protection du consommateur d'assurance et autres possibles distorsions, gênant ou limitant l'efficacité, la solidité, ou l'équilibre du fonctionnement du marché unique d'assurance. Il faudra être attentif à ce type de risques et adopter, en temps utile — dans plus d'un domaine — quelques mesures — même de portée limitée — complémentaires du cadre juridique basique des Directives de troisième génération.

Le système de contrôle de l'activité d'assurance institué par les Directives de 1992 comprend fondamentalement trois domaines clés — lesquels ne seront pas analysés 'ex professo' ici ⁽⁴¹⁾ —, à savoir, le contrôle des actionnaires («a priori» et «a posteriori»),

⁽³⁹⁾ Voir sur les différences essentielles entre les niveaux de réglementation nationale existants en des États membres avec une tradition plus «interventionniste» dans le domaine de l'assurance, et États avec une tradition plus libéral, HERMAN COUSY, «Les Différentes Cadres Juridiques de l'Assurance», in «Encyclopédie de l'Assurance», cit., pp. 225 ss.

⁽⁴⁰⁾ Voir, une autre fois, sur les problèmes résultants de la concurrence entre ordres juridiques nationaux, NORBERT REICH, op. cit.

En tout cas, un lent mouvement de «rapprochement» de la «lex contractus» et de la «lex mercatoria» dans les plusieurs États Membres peut minorer certains des effets moins positives de la concurrence entre ordres juridiques nationales. Voir dans ce sens, «Towards a European Civil Code», A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON (Editors), kluwer, 1998; HEIN KOTZ, AXEL FLESSNER, «European Contract Law», Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁽⁴¹⁾ Pour des analyses des domaines fondamentaux couverts par le système de contrôle de l'activité d'assurance institué par les Directives de coordination de 1992, entre plusieurs œuvres, voir, MANUEL DE

la surveillance financière («*stricto sensu*»), et la fiscalisation des activités exercées sous le régime de libre prestation de services. En ce qui concerne en particulier les deux derniers, il y reste un champs très large pour mesures communautaires complémentaires — la Directive de 1998 sur la surveillance complémentaire de compagnies d'assurance faisant partie de groupes d'assurance représentant, indiscutablement un exemple important, mais pas forcément unique (l'adoption proche de la Directive sur la restructuration et la liquidation des compagnies d'assurance, qui a été objet d'une position commune, à l'unanimité, sous la présidence portugaise de l'UE pendant le premier semestre de 2000 — que nous allons encore référer — constituera un autre exemple, mais il en restent encore d'autres espaces d'intervention communautaire, comme on verra plus loin).

4. L'INTÉGRATION JURIDIQUE EN MATIÈRE D'ASSURANCE — UN COURT BILAN ACTUEL ET NOUVELLES PERSPECTIVES

4.1. Comme nous l'avons déjà constaté, l'adoption des Directives communautaires de 1992 a permis l'achèvement du marché unique de l'assurance, suivant un modèle tout à fait différent de celui qui pouvait s'esquisser à la fin de la décennie soixante-dix. L'allègement et la limitation du processus d'harmonisation ont été la voie suivie pour surmonter les blocages subis dans la construction du marché unique de l'assurance — suivant de près les traits fondamentaux de la méthodologie juridique adoptée pour la création du marché unique bancaire (mais déclenchant probablement des processus d'adaptation plus drastiques et avec plus d'effets contradictoires au sein des plusieurs ordres juridiques nationaux que ces expérimentés dans la sphère des réglementations applicables aux secteurs bancaires).

Les conditions du succès de cet achèvement du marché unique d'assurance — dans la première moitié de la décennie quatre-vingt-dix — déterminent, un peu paradoxalement, un bon nombre d'impasses et d'incertitudes qui pèsent sur celui-ci à l'heure actuelle.

À notre avis, ces incertitudes actuelles ont un double sens. D'un côté, la renonciation délibérée à une dimension plus importante d'harmonisation du droit du contrat d'assurance et le phénomène conséquent de concurrence entre les ordres juridiques nationaux, ont créé un espace potentiel pour la formation de nouveaux types d'obstacles aux transactions d'assurance et pour tout le sort de déséquilibres en ce qui concerne la protection efficace du consommateur.

D'autre côté, la reconnaissance de compétences fondamentales de surveillance financière aux autorités du pays d'origine des assureurs, les limitations évidentes — au-delà d'un certain niveau — du processus de coopération entre les autorités nationales et la formation en cours — accélérée après l'introduction de l'Euro — de groupes d'entreprises d'assurance transnationaux (et au-delà de ça, de conglomérats financiers transnationaux), créent des risques importants d'affaiblissement des systèmes de surveillance financière (prudentiel) des compagnies d'assurance.

4.2. *En ce qui concerne les problèmes résultant de la manque d'harmonisation du droit du contrat d'assurance, sous la forme d'obstacles aux transactions d'assurance et de déséquilibres des niveaux de protection des consommateurs d'assurance, il y a plusieurs évolutions possibles aptes à prévenir des tendances centrifuges dans le domaine de l'intégration juridique communautaire de l'assurance.* Nous n'essaierons uniquement que les énoncer — selon notre jugement critique —, car son analyse spécifique demanderait des études autonomes que ce bref travail de synthèse ne peut pas couvrir.

En Bref, il nous semble que les voies désirables d'évolution seront essentiellement trois, à savoir:

- a) le développement d'un cadre systématique et aussi rigoureux que possible — comprenant des critères juridiques stables et prévisibles — de détection et de contrôle de potentielles utilisations abusives des compétences concurrentes attribuées aux États sur la base de la protection d'intérêts légitimes (la définition d'orientations de caractère général dans la Communication de la Commission, cit., de 2000, sur l'intérêt légitime est une concrétisation typique de cette alternative);
- b) l'adoption 'ex novo' de régimes communautaires qui peuvent dans des domaines limités — et parfois concernant des dispositions très spécifiques — compléter le cadre juridique basique des Directives de 1992, surtout concernant certaines de ces dispositions déjà existantes — bien que fort peu nombreuses — ayant une répercussion directe sur la protection des intérêts des consommateurs d'assurance, comme succède, malgré tout, avec les dispositions relatives à l'information à prêter aux consommateurs prévues dans les Directives de «troisième génération».

Au-delà de ces compléments limités au cadre de référence de ces troisièmes Directives, l'adoption de nouvelles Directives, comme celle concernant la restructuration et liquidation des entreprises d'assurance (laquelle, on le rappelle, a été objet d'une position commune du Conseil pendant la présidence portugaise de l'UE du premier semestre de 2000), ou, bien que sur un autre plan et n'ayant pas la même importance, celle concernant l'intermédiation d'assurance (qui vient d'être proposée par la Commission en Septembre 2000 ⁽⁴²⁾), peut — toujours sur une base d'harmonisation minimale — renforcer, de façon considérable, les garanties des consommateurs d'assurance;

- c) L'amélioration et l'approfondissement de l'articulation avec les régimes communautaires de protection général du consommateur, en spécial en ce qui concerne la protection du consommateur de services financiers, tout en évitant la tentation de pousser trop loin le degré d'harmonisation communautaire établie sur une base plurisectorielle (couvrant les secteurs de la banque, de l'assurance et des marchés financiers, en général). Dans ce sens, il doit aussi être évitée, à l'avenir, l'adoption dans le cadre des régimes communautaires, de caractère

(42) Proposition de Directive présentée par la Commission Européenne le 25 Septembre 2000, laquelle doit encore subir une longue discussion.

générale, visant la protection des consommateurs, de solutions similaires à celles prévues à la Directive, cit., sur les clauses abusives, laissant — complètement ou sur une large mesure — de côté les régimes contractuels des contrats d'assurance.

En ce qui concerne la deuxième voie possible d'évolution (b), *supra*) on doit rappeler l'existence dans le cadre des troisièmes Directives d'assurance de dispositions — bien que ponctuelles — qui visent directement la protection des consommateurs d'assurance. Il s'agit, en spécial, des dispositions concernant le droit à l'information attribué au preneur d'assurance — droit à être informé avant la conclusion d'un contrat d'assurance sur la législation applicable à ce contrat et sur l'encadrement de possibles réclamations (voir articles 31.° de la Directive 92/49/CEE, cit., et de la Directive 92/96/CEE, cit.; l'article de la première de ces Directives — assurance non vie — ayant la particularité d'être applicable uniquement à des personnes individuelles, ce qui dénote une intention de protection du preneur «passif» d'assurance, si on retient cette idée des Directives de «deuxième génération»).

On admet qu'il serait possible — et désirable — l'adoption de compléments — même fort limités et circonscrits — à ce type de dispositions, concernant cette matière cruciale pour la protection du preneur d'assurance — les garanties résultant d'un droit à l'information, dûment réglementé —, ou autres matières également importantes (dans de cadres de révisions à la portée fort limitée des Directives de «troisième génération»). L'éventuelle future codification officielle des Directives d'assurance de «Troisième génération» pourrait fournir l'opportunité pour l'adoption de ce type de dispositions complémentaires. En effet, on sait que la Commission s'est proposé de faire la codification de dispositions communautaires qui ont été modifiées à plusieurs reprises et qui restent disperses ⁽⁴³⁾, comme succède — d'une façon frappante — avec les trois «générations» de Directives d'assurance.

Dans ce contexte, et parmi autres initiatives, la Commission a inclus dans son programme législatif pour 1994 la codification officielle des trois Directives d'assurance vie (de 1979, 1990 et 1992) et vient de présenter une proposition de texte codifié de ces Directives («Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil, concernant l'assurance directe sur vie» — Bruxelles, 28-06-2000 — COM (2000) 398 final), laquelle ne correspond pas — tout simplement — à une codification pure et simple (conforme à l'accord interinstitutionnel du 20 Décembre 1994, relatif à l'adoption d'une méthode de travail accélérée pour la codification officielle de textes législatifs). Cette proposition de Juin 2000 prévoit, en réalité, quelques modifications aux Directives existantes, en termes de contenu (bien que fort peu nombreuses) lesquelles iront au-delà de ce qui était convenu pour une codification pure et simple. Il nous semble que dans le cadre de

⁽⁴³⁾ Voir sur les questions relatives à la codification officiel de textes législatives ayant subi des modifications importantes et fréquentes, le Rapport SLIM de 1998 (SLIM — «Initiative de Simplification de la Législation du marché intérieur»); voir, en particulier, le Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen — «Résultats de la Troisième Phase de SLIM et Suivre de la Mise en Œuvre des Recommandations des Première et Deuxième Phases» (doc (COM) 1999, 88 final 25.2.1999); voir aussi le Rapport de la Commission, «Mieux Légiférer 1998 — Une Responsabilité à Partager» (COM (1998) 715 final — 1.12. 1998).

ces travaux — et dans le cadre de travaux semblables, concernant les Directives assurance non vie — il serait possible l'introduction prudente et équilibrée de quelques dispositions complémentaires, visant sélectivement le renforcement de la protection des consommateurs d'assurance (ça permettrait même de renforcer le sens utile de cette initiative de codification, laquelle se situerait dans une perspective de politique normative qui ne serait pas uniquement formelle ⁽⁴⁴⁾).

4.3. *En ce qui concerne les risques d'affaiblissement des systèmes de surveillance financière (prudentielle) des compagnies d'assurance, dans le cadre de coordination des troisièmes Directives d'assurance, et d'une situation nouvelle à plusieurs dimensions — juridique, économique et de marché — caractérisé par une unification à vitesse vertigineuse sur le plan spatial et territorial — unification des marchés nationaux et convergence des secteurs financiers — des marchés et secteurs financiers (à une échelle qui n'est même pas connu dans un marché comme celui des États Unis ⁽⁴⁵⁾), il sera absolument nécessaire trouver des solutions normatives et institutionnelles nouvelles à l'échelle communautaire.*

Une partie de ce nouveau processus d'intégration juridique communautaire en matière d'assurance et dans le volet de la surveillance financière (au présent, inévitablement connexe avec l'intégration à construire dans les autres secteurs financiers) est déjà en marche. Une autre partie de cette nouvelle construction reste encore à démarrer et un retard excessif pourra avoir des conséquences inattendues.

Par rapport à des initiatives déjà entreprises, il faut tenir compte — en spécial — le nouveau régime communautaire résultant de la Directive 98/78/CEE, cit., sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance, laquelle développe des techniques visant l'encadrement prudentiel de situations de consolidation financière (Car la perspective unique de surveillance financière de chaque compagnie d'assurance, individuellement considérée, se montrait de plus en plus insuffisante, en face des situations prédominantes dans l'actuel système financier).

On a déjà remarqué le caractère de nouveauté de l'approche juridique suivie dans cette Directive par rapport avec les Directives précédentes d'encadrement de situations de consolidation dans le secteur bancaire et on doit revenir sur ce point pour mettre l'accent, une autre fois, sur le fait de que, pour la première fois, l'intégration juridique dans le domaine de l'assurance aura la priorité en ce qui concerne l'introduction de

⁽⁴⁴⁾ Il serait nécessaire — comme succède déjà dans la proposition cit., du 28 Juin 2000 — une distinction formelle entre les dispositions correspondantes à une codification pure et simple et celles correspondantes à des vraies modifications.

⁽⁴⁵⁾ Voir dans ce sens, en mettant l'accent sur le caractère plus limité de l'intégration du marché d'assurance dans les États Unis, FRANCIS LOHÉAC, «Le Marché Unique Européen de l'Assurance», cit., pp. 137 ss.:

«Au terme de cette troisième génération de directives, l'assurance bénéficie au même titre que les autres secteurs de services financiers — à l'exception pour l'instant des institutions de retraite — d'un cadre d'activité à la mesure du marché intérieur européen — exemple d'intégration économique unique au monde, puisque nulle part ailleurs — pas même aux États Unis de l'Amérique — il n'existe de libertés formelles d'établissement et de prestation de services, ni de système de passeport unique, comparables à ceux consacrés à l'échelle européenne».

nouvelles approches juridiques, lesquelles seront progressivement applicables dans autres secteurs financiers, le secteur bancaire y compris ⁽⁴⁶⁾ (dénotant aussi possiblement la fin du «retard» traditionnel de l'intégration juridique communautaire de l'assurance par rapport à celle vérifiée sur le plan du secteur bancaire, se perspective l'adoption — en parallèle et sans aucun décalage temporel — de Directives sur la restructuration et liquidation d'entreprises d'assurance et d'entreprises bancaires, après les travaux de la présidence portugaise de l'UE du premier semestre de 2000).

En réalité, les techniques mises au point dans cette Directive de 1998, en matière d'assurance, seront, selon toute probabilité, utilisées et adaptées pour la construction d'un nouveau encadrement communautaire concernant la surveillance des conglomérats financiers, dans le cadre des travaux — déjà en cours — de préparation d'une nouvelle Directive ayant cet objet. Sans trop de détail, on doit remarquer que la Directive de 1998 est axée sur quatre volets fondamentaux, à savoir, l'élimination du double emploi du capital (afin de calculer la solvabilité dite «ajustée» des entreprises d'assurance), l'évaluation du niveau de fonds propres des groupes d'assurance, prenant en compte les ressources de la société mère du groupe, la surveillance des transactions internes au groupe d'assurance, et l'obligation de coopération entre les autorités de contrôle national pour l'obtention de l'information nécessaire à la surveillance complémentaire (en spécial, dans le cas de groupes présents dans plusieurs États Membres).

En ce qui concerne de nouvelles initiatives communautaires à entreprendre, il y a un vaste espace de réalisations à considérer sur le plan crucial du renforcement ou renouvellement qualitatif de la coopération entre les autorités nationales de surveillance en matière d'assurance. Le système de coordination établi par les troisièmes Directives d'assurance demande un processus permanent et intense d'échanges d'information et de coopération entre ces autorités nationales. Or, on admet que les exigences accrues résultantes de la formation de vrais groupes transnationaux rendent, progressivement ce processus de plus en plus précaire, ce qui apporte des risques considérables.

Cette coopération a, au présent, une double base essentielle — celle de l'activité du Comité de l'Assurance, institué par la Directive 91/675/CEE, et celle des Protocoles de Coopération accordés dans le cadre de la Conférence des Autorités de Contrôle des États Membres des CE. Ces Protocoles ne correspondent pas à des actes juridiques communautaires, mais établissent des procédures afin de réglementer les échanges d'information et autres formes de coopération résultantes du système de coordination institué par les troisièmes Directives d'assurance. Le Comité de l'Assurance (CA), composé de représentants des autorités nationales de surveillance, sous la présidence de la Commission Européenne, encadre aussi les besoins de coopération entre ces autorités (au-delà d'autres fonctions relatives à l'articulation avec d'autres Comités communautaires représentant autres secteurs financiers, et à une procédure allégée d'introduction de modifications techniques dans les troisièmes Directives d'assurance).

En tout cas, cet organisme n'a pas les conditions pour soutenir des nouveaux degrés de coopération entre autorités nationales, ou la formation graduelle de nouvelles procé-

⁽⁴⁶⁾ Voir dans ce sens, PATRICK PEARSON, «Supplementary Supervision of Insurance Undertakings in a Group», in «EC Insurance Law», Kluwer, cit.

dures de surveillance fonctionnant à une échelle communautaire, de façon à encadrer les activités des groupes transnationaux (d'ailleurs le CA n'a même pas compétence pour s'occuper de problèmes spécifiques, concernant des compagnies d'assurance, individuellement considérées).

Sur le plan stricte des hypothèses de construction institutionnelle communautaire — dans le futur plus proche — on pourrait admettre la «tentation» d'étudier la création d'une nouvelle institution, à laquelle seraient attribuées quelques compétences choisies en matière de surveillance de certaines activités de groupes d'assurance qui dépasseraient le cadre des marchés nationaux. À notre avis cette hypothèse reste encore prématurée, ce qui est démontré par l'échec récent d'idées concernant la possible création d'une autorité communautaire pour la surveillance et réglementation des marchés de capitaux ⁽⁴⁷⁾.

De toute façon, cela ne devra pas empêcher la recherche de nouvelles solutions créatives sur le plan communautaire. Une solution possible pourrait comprendre la création d'un Comité communautaire de surveillance financière — encadrant, tout simplement, les Comités sectoriels déjà existants — composés de membres permanents et aussi de représentants des autorités nationales de contrôle financier, mais recevant, dans une première phase, des compétences renforcées — bien délimitées en tout cas — dans le domaine des risques systémiques pour les secteurs financiers de la CE ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ Voir sur les perspectives du groupe de travail LAMFALLUSSY, créé pendant la présidence française de l'UE (deuxième semestre de 2000), *Financial Regulation Report*, August 2000.

⁽⁴⁸⁾ Voir, pour des propositions comparables, KAREL LANNON, «Challenges to the Structure of Financial Supervision in the EU», Centre for European Policy Studies (CEPS), Working Paper, 1999.