

Quand vous êtes en conflit avec votre assureur «protection juridique»...

Catherine PARIS¹

1. Une question préoccupante pour l'assuré en protection juridique est de savoir quand il a droit au paiement des honoraires de son avocat. Dans cette branche d'assurance, deux grands principes gouvernent le mode d'exécution de la garantie; ils ont été définis par la directive européenne du 22 juin 1987 et sont à présent consacrés dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre². D'un côté, l'assureur a le droit de fournir des services (article 90 de la loi). De l'autre, l'assuré a le droit de choisir un avocat en cas de procédure ou de conflit d'intérêts (article 92, 1^o et 2^o). L'Europe a également demandé aux États membres de prévoir une procédure arbitrale ou qui offre des garanties comparables d'objectivité pour résoudre les divergences d'opinion entre assureur et assuré sur l'attitude à adopter pour régler le sinistre.

Quand peut-on dire qu'il y a un conflit d'intérêts qui légitime le recours immédiat à un avocat? Qui décide quand il faut introduire une action en justice? Comment régler la question qui se pose si fréquemment de l'opportunité de l'intervention de l'avocat? En d'autres termes, comment s'articulent les droits respectifs de l'assureur et de l'assuré? C'est à l'examen de ces questions qu'est consacrée la présente contribution. On étudiera d'abord les conflits d'intérêts (section 1) avant d'examiner la procédure d'objectivité que la loi du 25 juin 1992 organise en son article 93 (section 2).

Introduction

2. Lorsqu'une personne est tenue à un titre quelconque de défendre les intérêts d'autrui, il se peut que l'intérêt à défendre soit contraire à son intérêt personnel ou à d'autres inté-

¹ Collaboratrice à la Faculté de droit de l'U.L.g.

² Il s'agit de la directive du Conseil n° 87/344 du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique, *J.O.C.E.*, n° L 185 du 4 juillet 1987, p. 77. Elle a été transposée dans l'ordre juridique belge par l'arrêté royal du 12 octobre 1990 relatif à l'assurance protection juridique (*M.B.*, 8 novembre 1990, p. 21201). Certaines dispositions ont ensuite été intégrées dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (articles 90 à 93). L'arrêté royal du 12 octobre 1990 a en conséquence été modifié par celui du 24 décembre 1992.

rêts qu'elle doit protéger ou dont elle doit tenir compte dans une affaire déterminée. On dit qu'il y a un conflit d'intérêts, expression définie comme «la contrariété des intérêts que diverses personnes ont dans une même opération (contrat, procès), qui empêche un intéressé d'en représenter ou d'en assister un autre dans cette opération»³. L'exemple le plus topique est celui qui met la personne chargée de défendre les intérêts d'autrui (par exemple, le mandataire, le commissionnaire, le représentant d'un incapable, l'administrateur d'une société anonyme) aux prises entre son intérêt et celui qu'elle doit servir. Dans la sphère de la représentation, les conflits d'intérêts sont souvent explicités par la notion de contrat avec soi-même. Cela dit, ils débordent largement ce domaine. En somme, l'opposition d'intérêts se caractérise «tantôt par la double contrainte qui s'impose à une personne soumise à plusieurs obligations contradictoires ou investie de différentes responsabilités incompatibles entre elles, tantôt par la confrontation, à l'occasion d'un même acte juridique à poser, de visées personnelles et d'exigences liées à une fonction déterminée»⁴.

On trouve, éparpillés dans différentes branches du droit, plusieurs mécanismes qui permettent de régler les difficultés liées aux conflits d'intérêts. Tous obéissent à la même logique de suspicion envers une activité qui ne pourrait être exercée ou envers un acte qui ne pourrait être accompli dans des conditions normales en raison du cumul dans le chef de leur auteur de deux qualités incompatibles.

Tantôt, la loi prévoit des mesures préventives qui visent à éviter le conflit. Parmi ces mesures, on peut citer l'obligation d'informer le titulaire de l'intérêt menacé, l'obligation de requérir une autorisation ou de faire intervenir un tiers *ad hoc*, et enfin, moyen radical, l'interdiction d'accomplir l'acte jugé trop dangereux⁵. Souvent, la loi impose à la personne aux prises entre deux intérêts contraires de s'abstenir. C'est le cas de l'administrateur de la société anonyme ou du tuteur qui se fait substituer par le subrogé tuteur. Même en l'absence d'obligation légale, l'abstention constituera le meilleur moyen d'éviter une action ultérieure en responsabilité.

Tantôt, des mesures répressives sont instaurées. L'acte accompli sans pouvoir est inopposable (par exemple, en cas de contrepartie non autorisée) ou annulable lorsque la loi y a vu une cause spécifique de nullité. Quelquefois, le législateur prévoit une sanction parti-

³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Association H. CAPITANT, Presses universitaires de France, 1998, p. 579. L'intérêt s'entend, est-il précisé, de la considération d'ordre moral ou économique qui, dans une affaire, concerne, attire ou préoccupe une personne.

⁴ M. GRÉGOIRE, «Les conflits d'intérêts dans le cadre des procédures de liquidation collective», in *Les conflits d'intérêts*, Les conférences du Centre de droit privé (vol. VII), collection de la Faculté de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 247, n° 1.

⁵ Par exemple, le tuteur ne peut acquérir un bien du mineur, même en se faisant remplacer par un tiers non intéressé à l'acte (article 411 du Code civil).

culière de responsabilité à charge de celui qui a fait prévaloir son intérêt⁶. En dehors des hypothèses où un régime de protection et de sanction est légalement organisé, le droit commun de la responsabilité est applicable⁷. Donner la prééminence à ses intérêts alors qu'on est tenu de défendre ceux d'autrui s'analyse en un dépassement de pouvoir et heurte le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, pour autant bien entendu que l'obligation de défense procède d'un contrat. En somme, le pouvoir de représenter autrui dans un acte juridique et, plus généralement, celui de s'exprimer au nom d'autrui s'accompagnent d'un devoir de loyauté; l'un et l'autre doivent s'exercer dans l'intérêt «représenté».

I. Les conflits d'intérêts «spécifiques» à la protection juridique

3. Les conflits d'intérêts concernent aussi l'assureur protection juridique. Cet assureur n'est ni le mandataire ni le représentant de l'assuré – il ne doit pas accomplir un acte juridique pour le compte de ce dernier – mais il s'est engagé à l'assister dans la défense de ses droits contre un tiers. Il intervient par conséquent toujours au nom de l'assuré. C'est donc l'objet même de la prestation d'assurance – l'obligation de défendre les intérêts de l'assuré – qui rend compte du risque de conflits d'intérêts.

Dans quelles circonstances pareil risque est-il à craindre? Dans quels cas faut-il prendre des mesures pour éviter que l'assureur ne soit tenté de privilégier son intérêt? Il ne suffit pas d'alléguer que l'intérêt de l'assureur consisterait nécessairement à comprimer ses frais si bien qu'il serait toujours incompatible avec le rôle de défenseur de l'assuré. Ainsi qu'on le précisera ultérieurement, un tel raisonnement contredit le texte et l'esprit de la directive européenne du 22 juin 1987.

En réalité, le législateur communautaire s'est principalement intéressé aux conflits d'intérêts qui sont propres à l'assureur multibranche, ceux qui résultent de la circonstance qu'une même entreprise exploite simultanément les branches «protection juridique» et «responsabilité civile»⁸. Il a constaté que l'intérêt de l'assuré est menacé lorsque l'assureur est appelé à régler un même sinistre en deux qualités distinctes. Dans cette hypothèse, il y a un risque que l'assureur fasse prévaloir son intérêt. Ce risque tient au fait que

⁶ Le cas échéant, la mesure répressive se combine avec la mesure préventive. Ainsi l'article 529 du Code des sociétés prévoit un cas spécifique de responsabilité des administrateurs d'une société anonyme alors que toute la procédure destinée à maîtriser le conflit d'intérêts a été scrupuleusement respectée.

⁷ Voy. V. SIMONART, «Conclusions générales», in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, p. 319, n°s 27 à 37.

⁸ L'assureur multibranche est, comme ce qualificatif l'indique, celui qui pratique plusieurs branches d'assurance. La garantie «protection juridique» y est offerte en complément d'une autre assurance qui, le plus souvent, est une assurance de la responsabilité. On parle d'entreprise multibranche par opposition à l'entreprise spécialisée, laquelle se limite à la protection juridique. Dans la nomenclature des différentes branches d'assurance, la protection juridique occupe le numéro 17.

les deux garanties qu'il accorde – responsabilité et protection juridique – ont des finalités différentes.

D'un côté, l'assureur de la responsabilité couvre l'éventuelle dette de responsabilité de l'assuré. Si celle-ci est établie, il doit indemniser la personne lésée. Il est donc le premier intéressé à l'issue du procès entre l'assuré et la victime. Aussi, est-il normal qu'il dirige ce litige et qu'il choisisse lui-même l'avocat qui assurera avant tout la défense de ses propres intérêts⁹. En dehors de l'hypothèse où l'action directe est engagée par la victime, l'assuré apparaît seul en nom dans la procédure. L'assureur se cache derrière lui et prend les décisions de nature à préserver son propre patrimoine.

De l'autre côté, l'assureur protection juridique doit défendre «le seul honneur ou patrimoine de l'assuré»¹⁰. Le rôle de cet assureur est de protéger les droits de l'assuré et non les siens si bien qu'en théorie, le résultat du litige avec le tiers ne l'intéresse pas en premier chef. En cas d'échec de la procédure, il ne supporte pas le montant de la condamnation prononcée à charge de l'assuré. Si l'action aboutit, il n'a aucun droit sur les sommes qui sont allouées à l'assuré, à l'exception des dépens et de l'indemnité que le juge peut accorder afin de compenser spécifiquement le préjudice né de la nécessité de consulter un avocat¹¹. En résumé, l'assureur de la responsabilité défend ses propres intérêts tandis que l'assureur protection juridique protège ceux de l'assuré.

Très logiquement, l'assureur qui réunit les deux qualités risque d'être aux prises entre son intérêt et celui de l'assuré. S'il fait prévaloir son propre intérêt dans le règlement du sinistre, la garantie «protection juridique» ne remplit pas son rôle. On peut donc douter de l'efficacité de cette garantie ou, pour le dire autrement, craindre que l'assuré ne soit pas bien défendu. Il y avait des raisons de se préoccuper de ce problème car, à la veille de l'adoption de la directive européenne, le nombre d'entreprises multibranches implantées

⁹ Voy. *infra*, n° 7.

¹⁰ Voy. les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 83.

¹¹ On sait que la Cour de cassation estime désormais que les honoraires et frais d'avocat exposés par la victime d'une faute contractuelle peuvent constituer un élément de son dommage donnant lieu à indemnisation dans la mesure où ils sont la suite nécessaire de l'inexécution de la convention (Cass., 2 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, note M. GOUDEN et D. PHILIPPE; *J.T.*, 2004, p. 684, note B. DE CONINCK; *R.G.A.R.*, 2005, 13946). Lorsque cette victime est assurée en protection juridique, la partie des dommages et intérêts qui lui sont alloués pour réparer ce préjudice spécifique doit revenir à l'assureur protection juridique de manière à garantir le respect du principe indemnitaire. En ce sens, voy. C. PARIS, *Le régime de l'assurance protection juridique*, Bruxelles, Larcier, Collection de thèses, 2004, p. 129, n° 87; V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK, «La répétibilité des frais et honoraires d'avocat après l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004 : responsabilité et assurance», *R.G.A.R.*, 2005, 13944, n°s 35 et s.

dans l'ensemble des États membres dépassait de loin celui des entreprises spécialisées¹². C'est cette situation qui a justifié l'adoption de mesures préventives des conflits d'intérêts. Et c'est en raison de la fréquence du cumul des branches que l'on a pu parler de conflits d'intérêts «spécifiques à la protection juridique»¹³.

Cela étant, l'intérêt de l'assuré n'est pas nécessairement menacé lorsqu'il a conclu avec une entreprise multibranche. Il l'est dans certaines hypothèses que la Commission européenne a énoncées dans l'exposé des motifs accompagnant la première proposition de directive du 23 juillet 1979¹⁴. Trois cas de figure sont évoqués. Les deux premiers concernent sans surprise l'assureur multibranche (§§ 1 et 2). Le cas de l'assureur spécialisé est également mentionné (§ 3).

A. L'assureur multibranche couvre le responsable en responsabilité civile et la victime en protection juridique

4. Il n'est pas difficile d'imaginer le conflit qui naît lorsque l'assureur couvre à la fois la responsabilité de l'auteur du dommage et la protection juridique de la victime. Celle-ci risque de ne pas être défendue avec toute l'ardeur voulue parce que l'assureur veillera à ne pas devoir lui payer des indemnités trop élevées. Il lui proposera, par exemple, un partage des responsabilités alors qu'elle estime n'avoir commis aucune faute et entend être indemnisée intégralement. Or, pour ce faire, l'assureur protection juridique devrait développer tous les moyens de nature à démontrer l'entière responsabilité de l'adversaire. L'efficacité de la couverture accessoire risque d'être compromise sans même que son bénéficiaire ne s'en rende compte¹⁵. La doctrine mentionne aussi les difficultés liées au fait que l'assuré a l'obligation de communiquer toutes les circonstances du sinistre, y compris celles qui lui sont défavorables, si bien que cet assuré transmet à son adversaire des armes contre lui¹⁶.

B. L'assureur multibranche couvre un même assuré en responsabilité civile et en protection juridique

5. Les problèmes nés de la coexistence des deux garanties dans le même contrat, et bénéficiant au même assuré, demandent davantage d'explications. Ici, l'assureur s'est engagé

¹² En 1984, on avait recensé 70 sociétés spécialisées et 420 multibranches. Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, «Le contrat d'assurance protection juridique», actes du colloque A.L.D.A. sur la protection juridique du 26 octobre 1984, *Rev. gén. ass. terr.*, 1984, p. 539. La disproportion est toujours d'actualité.

¹³ E. CHOUX, «La directive CEE du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique», *Bull. ass.*, p. 9.

¹⁴ Voy. le rapport de la Commission, COM(79) 396 final, du 19 juillet 1979, point 4 de l'exposé des motifs.

¹⁵ Pour une illustration, voy. Comm. Bruxelles, 16 juin 1989, *J.T.*, 1989, p. 623, obs. MM.

¹⁶ G. LEVIE, «La directive sur l'assurance de la protection juridique du 22 juin 1987», in *Mélanges Roger O. Daleq - Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 368.

à l'égard de l'assuré à des prestations de nature différente. L'une s'exécute principalement dans son intérêt tandis que l'autre doit s'accomplir dans l'intérêt exclusif de l'assuré. La Commission européenne a relevé trois hypothèses dans lesquelles ces intérêts distincts peuvent se heurter : l'assureur de la responsabilité envisage un recours contre l'assuré à la suite d'une faute grave (1) ou il propose un partage de responsabilité que l'assuré refuse (2) ou, enfin, il indemnise lui-même le dommage de son assuré (3).

1. *Projet de recours de l'assureur de la responsabilité contre l'assuré*

6. Le législateur européen cite l'exemple où l'assureur de la responsabilité entend exercer une action récursoire en raison de la faute grave de l'assuré.

L'article 8, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 permet à l'assureur de la responsabilité de s'exonérer pour certains cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement dans le contrat. Si l'assurance en cause est obligatoire, l'exception n'est pas opposable à la personne lésée (article 87, § 1^{er}). Tenu d'indemniser celle-ci, l'assureur peut ensuite réclamer le remboursement de ses décaissements à l'assuré, auteur du comportement justifiant une dispense de garantie¹⁷.

Dans ce cas, le succès du recours projeté dépend d'une décision judiciaire défavorable à l'assuré (il faut que la faute lourde soit établie). Or l'assuré espère être reconnu innocent ou à tout le moins atténuer la gravité des griefs portés à son encontre. Il espère aussi échapper à toute obligation de remboursement envers l'assureur de la responsabilité. Comme c'est le même assureur qui le couvre aussi en protection juridique, le risque est grand qu'il privilégie son intérêt à récupérer l'indemnité versée. Il sera peu enclin à mettre tout en œuvre du côté «protection juridique» pour que la faute lourde de l'assuré soit écartée¹⁸.

a. *Perte de la direction du litige par l'assureur de la responsabilité – Entrée en jeu de la garantie protection juridique*

7. On se trouve ici à la frontière entre les deux couvertures. L'une et l'autre ont vocation à fournir la même prestation et c'est l'intérêt en jeu qui détermine laquelle des deux sera effectivement mise en œuvre.

Quand seul l'intérêt de l'assureur de la responsabilité est en cause dans le différend avec la victime, cet assureur se charge de la défense civile, éventuellement par l'intermédiaire

¹⁷ Pour une analyse récente et approfondie, voy. B. DUBUISSON, «L'action directe et l'action récursoire», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre – Dix années d'application* (sous la direction de B. DUBUISSON et P. JADOT), Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, pp. 177 et s., n^{os} 39 à 68.

¹⁸ M.-A. CRUINS, *Le droit du contrat d'assurance*, Bruxelles, Servais-Créadif, 1996, p. 178.

d'un avocat qu'il désigne. Ainsi en dispose l'article 79, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 : «(...) dans la mesure où les intérêts de l'assureur et de l'assuré coïncident, l'assureur a le droit de combattre, à la place de l'assuré, la réclamation de la personne lésée». En pareil cas, on peut dire que l'intérêt de l'assuré se fonde dans celui de l'assureur. L'assuré conteste sa responsabilité mais, à supposer qu'elle soit établie, il sait qu'il ne devra jamais payer dès lors qu'il est entièrement couvert.

Toutefois, il arrive que l'assuré et l'assureur de la responsabilité aient un intérêt distinct à la solution du litige. C'est le cas lorsqu'ils ne s'accordent pas sur la part de responsabilité imputable à l'assuré ou lorsque ce dernier court le risque de supporter tout ou partie de la dette, en particulier quand l'assureur a notifié son intention d'exercer un recours.

Pour le professeur Cousy, le «conflit d'intérêts» au sens de l'article 79 doit recevoir un sens large visant les situations où les intérêts des deux parties ne sont pas parallèles, par exemple, lorsqu'un plafond de garantie a été fixé¹⁹. Dans ce cas, l'assureur n'aurait aucun intérêt à contester la réclamation qui dépasse le plafond dès lors que cette contestation ne profiterait qu'à l'assuré²⁰. La doctrine se demande aussi si l'on peut tenir compte d'intérêts de nature sentimentale et considérer que les intérêts des deux parties ne coïncident pas dans l'hypothèse où, le dommage ayant été causé à un parent, l'assuré voudrait que l'assureur indemnise alors que sa responsabilité est contestable²¹. Les avis sur ce point sont partagés²².

Dans les cas où les intérêts respectifs de l'assureur et de l'assuré ne concordent pas, la loi ôte à l'assureur le droit de prendre seul toutes les décisions relatives à la demande de la victime et à son indemnisation²³. Elle l'empêche d'orienter ces décisions dans le sens qui lui conviendrait le mieux, sans que l'assuré ne puisse faire valoir son point de vue²⁴. Le

¹⁹ H. COUSY, «Omvang en duur van de waarborg in de (professionele) aansprakelijkheidsverzekering», in *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, Kalnhout, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1996, p. 66.

²⁰ H. DE RODE, «Les assurances de responsabilité», in *Responsabilités -- Traité théorique et pratique*, titre VII, livre 70, Diegem, Kluwer, 1999, p. 26, n° 32.

²¹ Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 138, n° 184.

²² Voy. R. O. DALCQ, «Les assurances de responsabilité - Questions générales», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre* (sous la direction de M. FONTAINE et J.-M. BINON), Bruxelles - Bruylant, Louvain-la-Neuve - Academia, 1993, p. 197, n° 26, qui estime que cette situation n'est pas visée par l'article 79 de la loi. Il est vrai qu'elle illustre plutôt le désir et moins l'intérêt de l'assuré de voir l'autre partie indemnisée. Il ne s'agit pas d'un cas où l'assuré risque de devoir supporter une partie de la dette. Comp. P. VAN DE SYFÉ, «Over het leiden en lijden van de verzekeraar - Artikel 79 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst», in *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, *op. cit.*, 1996, p. 46.

²³ Voy. Comm. Bruxelles, 6 janvier 1971. *R.G.A.R.*, 1974, 9211.

²⁴ Voy. H. DE RODE, «Les assurances de responsabilité», *op. cit.*, p. 26, n° 32, qui précise que si l'assuré peut s'opposer à ce que l'assureur dirige les négociations ou la procédure, «il peut aussi estimer que l'assureur exécute de façon objective son obligation de défense et lui laisser la direction du procès». Notre hypothèse

droit de l'assureur de la responsabilité de diriger le litige, créé principalement pour protéger ses intérêts, n'est pas absolu; il ne peut aller au-delà de ce qu'exigent ces intérêts²⁵. En l'absence de garantie protection juridique, l'assureur de la responsabilité devra se montrer prudent et demander l'accord de l'assuré aux diverses phases du litige. Lorsqu'une garantie protection juridique a été souscrite – c'est notre hypothèse de départ – la défense de l'assuré relèvera de cette couverture.

Tel est le sens de l'article 90, alinéa 2, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. Ce dernier exclut du champ de la protection juridique «la défense de l'assuré assumée par l'assureur de la responsabilité en application des articles 79 à 82». En d'autres termes, la défense assumée par l'assureur de la responsabilité dans le cadre de sa garantie et dans son propre intérêt est étrangère à la protection juridique. Celle-ci intervient quand l'assuré a un intérêt distinct à la solution du différend. Voilà pourquoi, dans certaines polices d'assurance, il est précisé que le volet «défense civile» de l'assurance protection juridique sortira ses effets «à la condition expresse qu'il y ait un conflit d'intérêts entre l'assuré et l'assureur R.C.». C'est dire autrement que la défense de l'assuré contre le tiers relève en principe de l'assurance de la responsabilité et subsidiairement de l'assurance protection juridique.

b. Rôle de l'assureur au titre de la garantie connexe

8. Lorsque la couverture protection juridique prend le relais de l'assurance de la responsabilité, l'assureur ne peut imposer son point de vue ni comme assureur de la responsabilité, puisque la direction du litige lui échappe, ni comme assureur protection juridique, puisque cette qualité l'oblige à servir sans réserve l'intérêt de l'assuré. En cette dernière qualité, il doit guider l'assuré dans son choix entre l'une ou l'autre stratégie de défense, l'informer de l'étendue de ses droits et, si le différend est porté en justice, en principe, prendre en charge les honoraires du conseil et les frais de la procédure.

S'agissant de ce dernier point, il eût été normal que, devant assumer la défense civile en lieu et place de l'assureur de la responsabilité, l'assureur protection juridique prenne en charge les frais qui en découlent. Néanmoins, dans l'article 82, alinéa 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, le législateur rompt avec la logique en contraignant l'assureur de la responsabilité à supporter les frais afférents aux actions civiles ainsi que les honoraires et les frais des avocats et experts «en cas de conflit d'intérêts qui ne soit pas

étant celle où un contrat de protection juridique a été souscrit auprès de l'assureur multibranche, il faut considérer que l'assuré, conscient de la difficulté, requerra l'exécution de la garantie complémentaire.

²⁵ E. BEYENS, «L'assurance des véhicules automoteurs», in *Les Nouvelles*, v° Droit commercial, t. V («Les assurances»), vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1966, 638, n° 382.

imputable à l'assuré, pour autant que ces frais n'aient pas été engagés de manière déraisonnable».

La compatibilité de cette disposition avec la directive du 22 juin 1987 a déjà été mise en doute²⁶. S'il est vrai qu'elle n'est pas parfaitement orthodoxe, il faut relever qu'elle n'a trait qu'à la prise en charge des frais du procès et d'autres dépenses, telle la rémunération de l'expert et de l'avocat. Elle ne remet pas en cause le fait que l'assureur de la responsabilité ne dirige plus le litige quand les intérêts des deux parties ne concordent plus. Du reste, cette entorse à la logique est subordonnée à deux conditions : les frais doivent être raisonnables et le conflit d'intérêts ne peut être imputable à l'assuré²⁷.

c. Fondement du recours de l'assureur de la responsabilité

9. Notre exemple de conflit d'intérêts «spécifique à la protection juridique» se résume à la situation suivante : un seul contrat garantit à titre principal la responsabilité de l'assuré et accessoirement la protection juridique. En sa qualité d'assureur de la responsabilité, l'assureur notifie son intention d'exercer un recours. Dès cet instant, il n'a plus le même intérêt que l'assuré au règlement du différend avec le tiers. Il perd la direction du litige et la garantie protection juridique doit sortir ses effets. Et c'est parce que le même assureur doit intervenir à ce titre qu'on parle d'un conflit d'intérêts entre l'assureur protection juridique et l'assuré. En l'absence d'assurance protection juridique, on ne pourrait nier l'opposition d'intérêts entre l'assureur de la responsabilité et l'assuré. C'est que, dans ses rapports avec la victime, l'assureur ne peut se désintéresser du sort de l'assuré même s'il n'a plus le droit de diriger seul le litige²⁸. Avec une garantie protection juridique, l'oppo-

²⁶ En ce sens, voy. N. DENOËL, «Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre», *Bull. ass.*, 1991, p. 47.

²⁷ L'assureur de la responsabilité doit couvrir ces frais, par exemple, quand il se réserve à tort l'exercice d'une action récursoire ou dans l'hypothèse où la garantie est insuffisante. En revanche, le conflit serait imputable à l'assuré si le recours se révélait justifié. En ce sens, voy. P.-H. DELVAUX, «Les assurances de responsabilité – Questions spéciales», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre* (sous la direction de M. Fontaine et J.-M. BINON), Bruxelles – Bruylant, Louvain-la-Neuve – Academia, 1993, p. 228; J.-L. FAGNART, «L'étendue de la garantie», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1995, p. 50; du même auteur, «Les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992», in *Questions de droit des assurances*, éd. Jeune barreau de Liège, 1996, vol. II, p. 356; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, p. 318, n° 640), auquel cas les frais de la défense contre le tiers seront supportés par la branche «protection juridique».

²⁸ Si le procès contre l'assuré est porté devant la juridiction répressive, l'assureur de la responsabilité, qu'il soit mis en cause par la victime ou l'assuré ou qu'il soit intervenu volontairement, n'est pas autorisé à plaider la faute lourde du prévenu : l'article 89, §5, de la loi dispose que le juge pénal ne peut statuer sur les droits que l'assureur peut faire valoir contre l'assuré ou le preneur d'assurance. La compétence du juge ne peut s'étendre au-delà de ce qui est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la partie lésée et de l'assuré. Voy. entre autres, L. SCHUERMANS, «Action directe, exceptions, déchéances et recours – Quelques réflexions sur l'opposition d'intérêts entre assureur et assuré devant le juge répressif», *R.G.A.R.*, 1982, 10458; du même auteur, «De verzekeraar in het strafproces», in *Actuele problemen van strafrecht*, XIV^e postuniversitaire cyclus Willy

sition est plus intense dès lors qu'en cette qualité, l'assureur a l'obligation de défendre l'assuré. La divergence est totale car la décision d'entreprendre le recours et le succès de celui-ci dépendent de l'issue du litige entre l'assuré et la victime. Souvent, quand des griefs aussi graves sont dirigés contre l'assuré, le principe même de la responsabilité est difficilement contestable. En sa qualité d'assureur de la responsabilité, l'assureur pressent qu'il devra verser l'indemnité et il compte sur l'action récursoire. Il s'ensuit que la bonne exécution de son obligation née de la garantie de protection juridique lui portera préjudice. Mieux il défend l'assuré, plus il conteste le fondement de son recours et moins il a de chances de récupérer ses débours.

10. La situation est différente, semble-t-il, lorsque le motif de l'action récursoire est étranger à la discussion sur la responsabilité de l'assuré. Dira-t-on qu'il y a un conflit d'intérêts lorsque l'assureur de la responsabilité notifie à l'assuré son intention de récupérer le montant de la franchise²⁹ ?

Ce scénario illustre davantage un manque de coïncidence entre les intérêts de l'assuré et de l'assureur, au sens de l'article 79, alinéa 2, de la loi, qu'un réel conflit d'intérêts au sens de la directive européenne. En effet, les intérêts de l'assureur de la responsabilité et de l'assuré vis-à-vis de la victime ne sont pas totalement parallèles. Le premier n'a pas le même intérêt que le second à contrer la part de la réclamation qui avoisine le montant de la franchise. Craignant que l'assureur ne combatte cette réclamation avec moins d'entrain que s'il devait assumer la charge intégrale du sinistre, l'assuré peut l'empêcher de diriger seul le litige. Par hypothèse, c'est le même assureur qui va exercer la défense civile³⁰, au titre de la garantie protection juridique. En cette qualité, il n'a *a priori* aucune raison de négliger ses obligations. Mieux il défend l'assuré, plus il conteste le principe et la hauteur de la dette, moins il court le risque de devoir payer et, par conséquent, celui de ne pas être remboursé. Si, avec sa casquette d'assureur protection juridique, il parvient à démontrer l'innocence de l'assuré ou à réduire la réclamation de la victime, il sert en même temps son intérêt en sa qualité d'assureur de la responsabilité. La dette diminuant, peut-être jusqu'à un montant inférieur à celui de la franchise, les risques liés au remboursement en font autant. L'assureur n'exerce pas la défense civile en sa qualité d'assureur de la responsabilité vu que ce n'est plus son seul et unique intérêt qui est en jeu. La transition vers la couverture complémentaire s'effectue sans que l'exécution de celle-ci ne contrarie sa

Delva 1987-1988, Anvers, Kluwer – Arnhem, Gouda Quint, 1988, spécialement pp. 479 à 494; Bruxelles, 12 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1220, obs. J. TINANT.

²⁹ La franchise fait désormais partie des exceptions inopposables à la victime dans les assurances obligatoires de la responsabilité (voy. l'article 87, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi de 1992 tel que modifié par l'article 11 de la loi du 22 août 2002 portant diverses dispositions relatives à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 17 septembre 2002, p. 41038).

³⁰ On suppose que la garantie protection juridique n'établit pas un seuil d'intervention égal au montant de la franchise.

position. Ne devant pas assumer une défense qui heurte sa stratégie, il n'est plus aux prises entre deux intérêts opposés³¹.

Il résulte de ceci que le défaut de coïncidence entre les intérêts respectifs de l'assureur de la responsabilité et de l'assuré au sens de l'article 79, alinéa 2, de la loi de 1992 n'est pas toujours synonyme d'un conflit d'intérêts propre à l'assureur protection juridique. Au sens de la directive du 22 juin 1987, il y a un conflit d'intérêts dans les hypothèses où le même assureur revêt une autre qualité qui l'oblige à défendre, dans le litige avec la victime, une thèse opposée à celle qu'il défendrait en sa qualité d'assureur de la responsabilité. Un tel conflit surgit sans aucun doute en cas de recours fondé sur la faute lourde ou intentionnelle de l'assuré, mais non, en principe, quand le motif du recours est étranger à la discussion sur la responsabilité de l'assuré envers la personne lésée.

2. Partage de responsabilité refusé par l'assuré

11. Comme autre exemple de conflit d'intérêts découlant de la coexistence des garanties «responsabilité» et «protection juridique» dans la même police d'assurance, la Commission européenne mentionnait le cas où l'assureur propose un partage de responsabilité que l'assuré refuse.

À première vue pourtant, on ne voit pas la mesure dans laquelle les intérêts des deux parties divergeraient. L'assureur suggère de partager les responsabilités par moitié tandis que l'assuré estime n'avoir commis aucune faute. En quoi le fait de restreindre la part de responsabilité qui pourrait être mise à sa charge pourrait-il contrarier les intérêts de l'assureur de responsabilité? Celui-ci devrait s'en réjouir vu que sa dette diminue corrélativement.

L'analyse est exacte quand les dommages respectifs de l'assuré et de son adversaire sont comparables en termes économiques mais elle doit être nuancée lorsque le préjudice du premier est sans commune mesure avec celui du second. Si l'assuré souffre de lésions corporelles graves tandis que le tiers n'a subi que de faibles dégâts matériels, l'assureur préférera partager les responsabilités à engager les frais de défense nécessaires à la démonstration de l'innocence de l'assuré. De son point de vue, il vaut mieux payer la moitié du dommage, minime, de l'autre partie plutôt que de consacrer énergie et argent à

³¹ Le raisonnement doit cependant être nuancé. Voici que la victime réclame 100 alors que la franchise est de 80. Il est possible que l'assureur de la responsabilité préfère indemniser s'il estime que contester lui coûterait plus cher. Notre propos est de relever que si les divergences entre assuré et assureur sur la stratégie de défense qu'il y a lieu d'adopter surgissent aussi en dehors d'une assurance protection juridique, les difficultés se multiplient quand une telle assurance a été souscrite. En théorie, une défense bien menée et réussie contre le tiers épargnerait à l'assureur le paiement d'une indemnité en sa qualité d'assureur de la responsabilité.

la défense de l'assuré en protection juridique³². Or l'intérêt de celui-ci est évidemment d'être dédommagé intégralement. Pour cela, il doit, fût-ce au prix d'un procès long et coûteux, établir l'entière responsabilité de l'adversaire. Le risque est grand que l'assureur ne privilégie son intérêt, auquel cas la protection juridique ne serait plus une réelle garantie³³.

3. Indemnisation de l'assuré par l'assureur de la responsabilité

12. Dans son exposé des motifs, la Commission européenne indiquait encore que des conflits d'intérêts pouvaient résulter du fait que l'assureur de la responsabilité civile «doit lui-même procéder à l'expertise et à la réparation du dommage subi par son propre assuré (...) en fonction de conventions de droit privé conclues entre assureurs».

a. La convention R.D.R. et son effet sur la garantie «protection juridique»

13. En Belgique, c'est la convention R.D.R. ou «règlement direct/directe regeling» qui constitue l'exemple topique de ce type d'accords. Elle existe depuis 1972 et lie les assureurs couvrant la responsabilité des véhicules automoteurs qui y ont adhéré³⁴.

Mise au point pour rationaliser les coûts de gestion des sinistres automobiles et en accélérer l'indemnisation, la convention R.D.R. repose sur l'établissement d'un barème des responsabilités qui tient compte des solutions habituellement retenues en jurisprudence. Ce barème reprend différents cas de figure d'accidents et détermine pour chacun d'eux la part de responsabilité imputable à chaque conducteur. Lorsqu'un sinistre peut être rattaché à un accident type de référence, l'assureur de la responsabilité de l'automobiliste tenu pour innocent indemnise directement le dommage matériel de son assuré pour le compte de l'assureur qui couvre la responsabilité de l'autre conducteur. Au préalable, il a fait expertiser le véhicule en vertu de la convention d'expertise. Le premier assureur – appelé «assureur direct» – dédommage donc son propre assuré en fonction de la faute présumée de l'autre partie. Il récupère ensuite ses débours, ou plus exactement un forfait, auprès de

³² Voy. A. PIRARD, «L'organisation de l'assurance "Protection juridique" en Belgique», in *Questions de droit des assurances*, éd. Jeune barreau de Liège, 1996, vol. II, p. 554, qui relève que la divergence porte sur la stratégie et non plus sur le fond.

³³ À l'inverse, si l'assureur propose un partage de responsabilité alors que l'assuré lui demande d'indemniser intégralement la victime (celle-ci est, par exemple, un ami ou un client habituel), il n'y a pas de conflit d'intérêts au sens de la directive du 22 juin 1987. En effet, l'assuré ne réclame pas l'exécution de la garantie accessoire. Il pourrait contester sa responsabilité, le cas échéant, réclamer aussi la réparation d'un dommage, mais il y renonce.

³⁴ Elle s'inspire de la convention française I.D.A. (indemnisation directe des assurés), entrée en vigueur le 1^{er} mai 1968 et complétée ultérieurement par la convention intersociétés de règlement des sinistres automobiles (I.R.S.A.), elle-même modifiée à plusieurs reprises.

l'assureur de celle-ci, dénommé «assureur adverse». Limitée à ce système, la convention R.D.R. s'analyse en un régime de paiement pour compte de tiers. Elle épargne à l'assuré innocent l'obligation de s'adresser à l'assureur du responsable. Un gain de temps considérable dans le processus d'indemnisation est ainsi réalisé, à la satisfaction des victimes.

14. Lorsque les conditions d'application de la convention sont réunies et que l'accident correspond à un cas de figure du barème des responsabilités, l'assureur direct est tenu, vis-à-vis des autres entreprises d'assurance qui ont adhéré à la convention, d'indemniser son propre assuré. Ce faisant, il agit en tant qu'assureur de la responsabilité. Son intervention ne représente pas l'exécution de l'obligation qu'il a contractée envers l'assuré; elle s'inscrit en dehors de la garantie de responsabilité. C'est un service qu'il rend à son cocontractant afin de l'indemniser rapidement cependant que le contrat d'assurance n'y fait pas allusion.

Cependant, le régime conventionnel d'indemnisation comporte plusieurs dispositions dérogoatoires au droit commun de la responsabilité civile. Les taux maxima d'indemnité de chômage violent le droit à une indemnisation intégrale tandis que le barème des responsabilités comporte des formules stéréotypées qui ne conviennent pas toujours pour chaque collision. D'autre part, des sanctions financières sont prévues à charge de l'assureur direct si l'assuré obtient satisfaction en droit commun alors que la convention était applicable. Enfin, à l'époque de la préparation de la directive communautaire, la méthode de calcul du forfait que ce même assureur récupérait était telle que ce dernier pouvait déterminer avant toute indemnisation en R.D.R. si celle-ci allait ou non lui procurer un bénéfice.

Ces dispositions engendrent un conflit d'intérêts lorsque l'assuré a souscrit une garantie de protection juridique auprès du même assureur. En vertu de celle-ci, l'assureur est tenu de mettre tout en œuvre pour que l'assuré obtienne un dédommagement intégral, conformément au droit commun. Il devrait même vérifier si l'intérêt de l'assuré n'est pas de refuser l'application de la convention. Le service auquel celle-ci l'astreint s'oppose parfois aux promesses qu'il a faites dans le cadre de la garantie de défense et recours. S'il respecte ses engagements envers l'assuré, il sera sanctionné financièrement en vertu de la convention R.D.R. Son intérêt consiste à s'en tenir au forfait, celui de l'assuré à le dépasser. Et cet assuré attend précisément qu'il lui indique la meilleure voie à suivre pour faire triompher ses droits. L'assureur est donc lié par des engagements de nature différente et inconciliables.

Quand l'assureur règle le sinistre en R.D.R., il intervient en tant qu'assureur de la responsabilité et non comme assureur protection juridique. Souvent, la victime ne perçoit pas la distinction, croyant être remplie de ses droits. Elle est indemnisée dans le cadre d'un service lié – mais étranger – à l'assurance de la responsabilité civile tandis que le contrat de protection juridique est mis en veilleuse. Il est permis de se demander si ce dernier contient encore une véritable garantie. Une doctrine a ainsi relevé que l'assureur réalise un

« gain pur en C.A.S. » chaque fois qu'il indemnise son assuré dans le dossier de responsabilité en vertu de la convention R.D.R.³⁵. Il perçoit une prime en contrepartie d'un engagement qu'il n'exécute pas alors pourtant que le risque s'est réalisé. Il ne suffit pas de dire que la convention R.D.R. est inopposable à l'assuré pour écarter tout risque de conflit d'intérêts. S'il est vrai que l'assuré a le droit de réclamer davantage, au besoin en justice, encore faut-il qu'il le sache. Or il appartient précisément à l'assureur protection juridique de le conseiller.

b. Bilan

15. A l'époque de la préparation de la directive, les conflits d'intérêts résultant des conventions conclues entre les assureurs de la responsabilité étaient nombreux, suffisamment du moins pour qu'ils retiennent l'attention de la Commission européenne. Le bilan doit être plus nuancé à l'heure actuelle.

On a pu remédier à certains problèmes en modifiant le système de compensation des sinistres entre les compagnies qui appliquent la convention. Dans le cadre de celle-ci, l'assureur qui indemnise son assuré ne récupère pas l'intégralité de ses décaissements auprès de l'assureur adverse. Le recouvrement s'obtient auprès d'une caisse de compensation sur la base du coût moyen des sinistres. Or la méthode d'évaluation de ce coût moyen qui avait prévalu jusqu'au 31 décembre 2004 s'était révélée perverse pour l'assuré dans la mesure où elle permettait à l'assureur direct de connaître, au moment où il réglait le sinistre, le montant qu'il pourrait recouvrer. Les assureurs ont ainsi pu être tentés de négliger leurs obligations nées de la garantie accessoire chaque fois que le règlement en vertu de la convention constituait pour eux une bonne opération financière. Vivement critiqué, ce système a été modifié en 1995. Désormais, la détermination du coût moyen s'opère selon un procédé complexe qui est plus aléatoire³⁶. Il en résulte qu'en principe l'assureur direct n'a plus le loisir de spéculer; il est invité à payer le montant du dommage – calculé cependant conformément aux barèmes conventionnels – sans se préoccuper de son intérêt pécuniaire. Cette réforme a par conséquent contribué à diminuer les conflits d'intérêts liés à l'anticipation du gain que l'assureur de la responsabilité pouvait engranger en appliquant la convention³⁷.

³⁵ M. PLANTIN, «Le marché de l'assurance protection juridique», actes du colloque A.I.D.A. sur la protection juridique du 26 octobre 1984, *Rev. gén. ass. terr.*, 1984, p. 554; M. VANDENBERGHE, «Évolution de la convention R.D.R.», *R.G.A.R.*, 1989, 11528/12.

³⁶ Pour plus de détails, voy. M.-A. CRUNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Bruxelles, Servais-Créadif, 1996, pp. 160-161; C. PARIS, *Le régime de l'assurance protection juridique*, Bruxelles, Larcier, collection de thèses, 2004, pp. 392 et s., n° 289.

³⁷ Il reste qu'en dépit de la réforme, l'assureur qui règle un sinistre de faible importance peut pronostiquer que le coût moyen sera supérieur à ses décaissements. S'il ignore au moment du règlement le montant exact du

16. Quant aux barèmes d'indemnités et des responsabilités, il est vrai qu'ils continuent d'engendrer des conflits d'intérêts que les victimes mal informées ne perçoivent pas³⁸. Ils restent en soi une source de difficultés. On doit toutefois se garder d'en exagérer la portée.

De façon générale, toute personne préjudiciée souhaite à la fois que son dossier soit traité avec célérité et obtenir tout ce à quoi elle a droit. Son intérêt est donc double. Si elle accorde plus d'importance à la rapidité de l'indemnisation, la convention R.D.R. répond à son attente et le conflit d'intérêts s'estompe. En outre, le sentiment «d'être dans son bon droit» est souvent tellement fort que l'assuré n'hésite pas à manifester son désaccord lorsqu'on le tient, ne fût-ce que partiellement, pour fautif. La réaction de celui qui s'estime innocent empêche l'assureur de régler le sinistre dans un sens qui serait davantage conforme à ses propres intérêts. La garantie «protection juridique» retrouve toute sa raison d'être, à condition que l'assuré soit conscient qu'il peut y faire appel. C'est notamment sur ce point que l'on peut sentir l'impact de la directive européenne. Celle-ci a donné un relief à la garantie accessoire en obligeant les entreprises multibranches à la dissocier de l'assurance de la responsabilité. Aujourd'hui, la garantie «protection juridique» doit faire l'objet d'un contrat distinct ou, à tout le moins, d'un chapitre séparé d'une police mixte et les avis d'échéance de primes doivent mentionner séparément le montant de la prime relative à la garantie protection juridique³⁹. L'assuré sait, ou peut savoir, qu'il paie une cotisation spécifique pour être aidé dans sa recherche d'indemnisation. Aussi, quand on lui dit qu'il doit supporter la moitié ou l'intégralité de son dommage en vertu du barème des responsabilités, il ne devrait pas hésiter à faire part de sa désapprobation et contraindre l'assureur à mettre entre parenthèses le traité «intercompagnies» pour exécuter ses engagements qui découlent du contrat d'assurance. Il lui faudra alors exiger le transfert de son dossier du service «responsabilité» vers le service «protection juridique» ou vers le bureau de règlement et demander à celui-ci de s'adresser à l'assureur du responsable. Si une action judiciaire apparaît nécessaire, il aura le droit de consulter un avocat en vertu de l'article 92, 1^o, de la loi.

Le système R.D.R. a donc vocation à jouer aussi longtemps que l'assuré ne manifeste pas son désaccord. Pour des raisons d'efficacité, on constate qu'une garantie d'assurance cède

forfait, il peut toutefois en avoir une idée. Statistiquement, on peut savoir que le montant à récupérer pour un sinistre donné se situe dans telle fourchette. Le type de conflits d'intérêts ici dénoncé n'a donc pas complètement disparu.

³⁸ Les barèmes d'indemnisation sont tels qu'on assiste très vite en pratique, et même dans les sinistres de faible valeur, à une différence de l'ordre de 50 à 75 EUR entre un règlement en R.D.R. et l'indemnité calculée selon le droit commun.

³⁹ Voy. l'article 3 de l'arrêté royal du 12 octobre 1990.

le pas à un service «hors garantie»⁴⁰. Globalement, la convention R.D.R. satisfait les intérêts des victimes lorsque les responsabilités sont incontestables⁴¹.

C. Conflits d'intérêts dans un groupe d'entreprises

17. La Commission européenne était d'avis que les cas types de conflits d'intérêts propres à l'assureur multibranche se retrouvent aussi dans les compagnies spécialisées lorsque celles-ci font partie d'un groupe d'entreprises qui comprend également des assureurs de la responsabilité.

L'explication tient au fait que ces entreprises sont spécialisées «du point de vue juridique, mais multibranches du point de vue économique»⁴². On imagine mal qu'elles défendent en toute indépendance des thèses opposées aux intérêts des assureurs de la responsabilité auxquels elles sont liées. Une telle attitude compromettrait les intérêts du groupe. Si l'entreprise spécialisée remplit correctement ses engagements, l'assureur du responsable en pâtit. En fin de compte, les résultats au niveau du groupe sont affectés.

De telles situations se présentent lorsque l'assureur spécialisé défend la victime contre un assureur de la responsabilité avec lequel il est lié. On peut se demander si les conflits d'intérêts engendrés par l'application de la convention R.D.R. concernent aussi l'entreprise spécialisée sachant que celle-ci n'est pas appelée à adhérer à la convention. N'ayant pas d'autres engagements que ceux qu'elle a pris envers ses assurés, cette entreprise devrait pouvoir adresser une réclamation en toute liberté contre une entreprise adhérente. On a pu voir dans cette «totale indépendance par rapport aux conventions d'indemnisation directe» l'une des forces du système de la spécialisation⁴³.

⁴⁰ L'effacement de la garantie protection juridique n'est pas nouveau; il date de l'époque où ces conventions de règlement sont entrées en vigueur. C'est en partie en réaction à ces conventions qu'en Belgique et en France du moins, les assureurs protection juridique ont commencé à proposer des contrats dits de défense générale. L'objectif était d'explorer d'autres domaines que le recours en matière automobile et que l'assureur de la responsabilité ne pourrait pas s'approprier. En ce sens, voy. P. BELLAMY, «Le recours et l'assurance défense et recours en France», in *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, H. MÖLLER (éd.), Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1975, p. 285; J.-P. DELALE, H. AULBMAND et I. VINSTOCK, «Assurance de protection juridique», in *Lamy assurances* (sous la direction de J. KULLMANN), deuxième partie («Assurances de dommages»), t. VIII, Paris, Lamy, 2002, p. 1461, n° 3122, p. 1487, n° 3159.

⁴¹ Comp. Ch. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 159 et s., n°s 379 à 397 qui critique sévèrement les conventions applicables en France. Selon l'auteur, elles aboutissent à un «détournement de la voie judiciaire» et éludent la question du respect des droits des assurés.

⁴² G. LEVIE, «La proposition de directive européenne sur l'assurance de la protection juridique», in *Rechtsbijs-tand en verzekering*, H. COUSY et H. CLAASSENS (éd.), Anvers, Maklu, 1983, p. 86.

⁴³ S. DECAMP, *Les solutions aux conflits d'intérêts en assurance protection juridique en Belgique*, Bruxelles – Bruylant, Louvain-la-Neuve – Academia, 1993, p. 58.

Néanmoins, cette indépendance reste purement théorique lorsque l'entreprise spécialisée a été créée par un assureur multibranche. *De facto*, la première préférera, du moins dans un premier temps, ne rien entreprendre qui soit contraire aux engagements de la seconde. La pratique en atteste : on observe en général peu de réaction de la part de l'assureur protection juridique lorsque ce dernier est une filiale de l'entreprise débitrice d'indemnités⁴⁴.

II. La protection de l'assuré en cas de conflit d'intérêts

A. Le principe de la gestion distincte des sinistres relatifs à la protection juridique

18. À l'époque de la préparation de la directive, presque tous les États membres connaissaient un système dualiste où cohabitaient entreprises multibranches et entreprises spécialisées. Seule l'Allemagne imposait le principe de la spécialisation. Autrement dit, une entreprise multibranche d'un autre État membre ne pouvait s'établir sur son territoire si ce n'est en créant une société indépendante.

Pour rendre effective la liberté d'établissement, le législateur européen avait le choix entre deux possibilités : ou bien imposer le régime allemand, ou bien obliger l'Allemagne à s'aligner sur ses voisins. C'est pour résoudre cette question qu'il s'est intéressé aux répercussions que l'interdiction ou, à l'inverse, l'autorisation du cumul des branches avait sur l'efficacité de la garantie protection juridique. Si son attention s'est à ce point portée sur les conflits d'intérêts, c'est d'abord parce qu'ils étaient au centre du débat sur la coordination des législations nationales. Les conditions de leur survenance étaient directement liées aux conditions d'exercice de la branche 17 qu'il fallait libéraliser⁴⁵.

On connaît la solution retenue. Guidé par des considérations économiques, le législateur européen n'a pas contraint les entreprises multibranches, largement majoritaires, à bouleverser leur structure. L'obligation de spécialisation a été abrogée et le cumul des branches autorisé à la condition de respecter le principe de la gestion distincte des sinistres relevant

⁴⁴ Indépendamment de cette hypothèse, l'intervention de l'assureur protection juridique complique parfois la phase des négociations. L'assureur direct ayant proposé un règlement insuffisant, l'assureur protection juridique lui demande de le revoir à la hausse. Le premier répond qu'il y a lieu de s'adresser à l'assureur adverse. Or celui-ci, soucieux de «jouer le jeu de la convention», objecte qu'il appartient à l'assureur direct de régler pour son compte. En pratique, c'est surtout dans les dossiers dits de perte totale (lorsque le véhicule est déclassé) que l'assureur protection juridique se bat pour que l'indemnisation ait lieu en droit commun, tant la différence entre celle-ci et le règlement direct peut, dans ce cas précis, être importante.

⁴⁵ Voy. G. LEVIER, «La directive européenne sur l'assurance de la protection juridique», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, Ph. COLLE (éd.), Anvers, Maklu, 1991, p. 25, qui observe que «l'attitude de l'Allemagne a finalement rendu de grands services. S'il n'y avait pas eu ce problème de la petite spécialisation à résoudre, les instances européennes ne se seraient sans doute pas occupées de chercher une solution à ces conflits d'intérêts».

de la branche protection juridique. La directive a proposé aux compagnies multibranches trois formules de gestion des sinistres jugées propres à écarter le plus possible les conflits d'intérêts.

Selon la première formule, les gestionnaires des sinistres «protection juridique» sont affectés dans une cellule particulière de l'entreprise et il leur est interdit d'occuper des fonctions analogues au service d'une autre branche. C'est le système du service distinct. L'assureur multibranche peut aussi confier la gestion des sinistres à une entreprise juridiquement distincte; c'est la deuxième proposition⁴⁶. On peut encore concevoir que l'assureur s'interdise d'intervenir pour le compte de l'assuré; la troisième formule autorise l'assuré à confier la défense de ses intérêts à l'avocat de son choix dès qu'il est en droit de réclamer l'exécution de la garantie⁴⁷.

19. Les assureurs multibranches sont tenus d'opter pour l'un de ces trois systèmes, que l'article 3, §3, de la directive déclare équivalents : «quelle que soit l'option retenue, l'intérêt des assurés couverts en protection juridique est considéré comme garanti de manière équivalente». Cette affirmation présente toute son importance dans l'optique de la libre prestation de services. Un assureur peut exercer ses activités en régime de prestation de services en gardant l'option choisie par l'État dans lequel est situé son siège social même si l'État de la prestation a opté pour une autre formule de gestion.

Cependant, quand un cas type de conflit d'intérêts se présente, on peut difficilement croire que les intérêts de l'assuré sont aussi bien servis lorsque l'assureur multibranche assume lui-même le rôle de défenseur (première option) que lorsque l'avocat, par définition étran-

⁴⁶ L'entreprise juridiquement distincte peut être mandataire de plusieurs entreprises multibranches, auquel cas on parle d'un bureau collectif de règlement. La neutralité des gestionnaires y est davantage garantie que dans la première formule. En ce sens, voy. notamment C. FIASSE, «L'assurance protection juridique : le point de vue du bureau de règlement des sinistres - Les alternatives prévues par l'arrêté royal sont-elles équivalentes?», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, op. cit., p. 67. Sans surprise, l'Allemagne a choisi la seconde formule, à l'exclusion des deux autres. Pour un résumé des positions adoptées par chaque pays, voy. G. LEVIE, «La directive sur l'assurance de la protection juridique du 22 juin 1987», in *Mélanges Roger O. Dalq - Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 375.

⁴⁷ Ces trois modes de règlement des sinistres ont déjà fait l'objet de multiples et excellentes études. Voy. notamment E. CEUX, «La directive CEE du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique», *Bull. ass.*, 1989, pp. 12 à 15; Ph. COLLE, «K.B. van 12 oktober 1990 betreffende de rechtsbijstandsverzekering», in *Handels- economisch en financieel recht - Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, ouvrage à feuillets mobiles, 1991, art. 4, pp. 3 à 6; du même auteur : «De rechtsbijstandsverzekering en het K.B. van 12 oktober 1990», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, op. cit., pp. 49 et s., n°s 38 à 44; *Les contrats d'assurance réglementés*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 270, n°s 428 à 436; S. DECAMP, *Les solutions aux conflits d'intérêts en assurance protection juridique en Belgique*, Bruxelles - Bruylant, Louvain-la-Neuve - Academia, 1993, spécialement pp. 23 à 55; H. MÜLLER, «La directive européenne en matière d'assurance-protection juridique et ses conséquences», *L'assurance défense en Europe*, 1988, pp. 35 à 38; J. VAN DEN HEUVEL, «Rechtsbijstandsverzekering», in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 873 à 877.

ger au conflit d'intérêts, est consulté. Si l'idée était d'isoler la gestion des sinistres que se rapportent à la branche 17 pour la soustraire aux pressions qui pourraient résulter du fait que d'autres branches sont exploitées par la même entreprise, les modalités proposées pour sa réalisation ne sont pas toutes de nature à dissiper la crainte que la protection de l'assuré ne soit pas bien garantie. Il ne s'agit pas ici de mettre en doute la bonne foi des gestionnaires. On sait qu'il peut y avoir des discussions animées entre différents départements d'une même entreprise. Notre propos se limite à relever que la protection de l'assuré n'était pas la principale préoccupation du législateur européen, quoi qu'il en dise. Des deux objectifs de la directive énoncés à l'article 1^{er} de celle-ci – faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et écarter autant que possible les conflits d'intérêts – le premier l'a emporté. En réalité, l'un et l'autre se sont rejoints. La réalisation du marché unique de l'assurance a impliqué l'adoption de mesures censées prévenir les conflits d'intérêts.

B. Le droit de consulter l'avocat

20. Des dispositions de la directive, il résulte qu'en principe, la victime d'un accident ne doit pas craindre que son assureur protection juridique, qui couvre simultanément le responsable, néglige ses obligations envers elle. Il en va de même de l'assuré qui a souscrit les deux garanties auprès du même assureur, qu'il ait commis une faute lourde ou entende aussi être indemnisé de son propre dommage. Isolé du reste des activités de l'entreprise, le règlement du sinistre relevant de la branche 17 s'opère, affirme-t-on, en ne tenant compte que des intérêts de l'assuré.

Telle est la règle qui n'atteint pas nécessairement l'objectif. Aussi, pour résoudre les conflits d'intérêts qui surviendraient en dépit de cette mesure, le législateur accorde à l'assuré le droit de consulter un avocat librement choisi (article 92, 2^o, de la loi du 25 juin 1992). La question se pose dès lors de savoir quand l'assuré peut exercer ce droit. Dans quelles situations peut-il réclamer la protection de cette disposition?

Par définition, il ne peut se contenter d'arguer que l'assureur délivre deux garanties aux finalités distinctes dès lors que celui-ci a nécessairement opté pour l'une des trois modalités du principe de cloisonnement des sinistres. On le voit aussi mal établir que le gestionnaire, réputé indépendant, est en réalité guidé par un intérêt opposé au sien. En réalité, c'est l'assureur qui est le mieux placé pour mettre au jour le problème. L'article 8 de l'arrêté royal du 12 octobre 1990, tel que modifié par l'arrêté du 24 décembre 1992,

l'oblige à informer l'assuré du droit prévu à l'article 92, 2^o, de la loi chaque fois qu'un tel conflit survient⁴⁸.

1. Conflit d'intérêts et divergence d'opinion

21. S'il est difficile de démontrer le conflit d'intérêts comme tel, il peut arriver qu'il fournisse l'occasion d'un désaccord sur le règlement du litige ouvrant la voie à la procédure d'objectivité prévue à l'article 93 de la loi.

Un jugement inédit du tribunal de police de Marche-en-Famenne en fournit une illustration. En l'occurrence, la victime d'un accident était couverte en protection juridique par l'assureur qui garantissait la responsabilité civile du responsable (un cas type de conflit d'intérêts). L'assureur avait, en sa qualité d'assureur de la responsabilité, proposé de l'indemniser sur la base du rapport de son médecin-conseil qui concluait à une invalidité de 3%. Non satisfaite de ces conclusions, la victime avait demandé l'exécution de la garantie «protection juridique» pour consulter le médecin de son choix, lequel estimait qu'elle conservait une incapacité permanente de 8 à 10%. Devant cette divergence d'avis des deux médecins, elle souhaitait confier ses intérêts à un avocat et obtenir la désignation d'un expert judiciaire tandis que l'assureur protection juridique voulait éviter le recours à la justice et mettre en œuvre une expertise médicale amiable. Le tribunal a considéré qu'il existait «effectivement bien entre les parties un conflit d'intérêts au sens des articles 90 à 93 de la loi du 25 juin 1992» dans la mesure où elles étaient totalement opposées sur les modalités à suivre pour déterminer le montant des indemnités revenant à l'assuré et alors que l'assureur intervenait en deux qualités différentes⁴⁹.

Dans cette affaire, l'assureur avait choisi de régler les dossiers qui relèvent de la protection juridique selon le système du service distinct. Cette formule s'est révélée inadéquate dans le sinistre en cause. En principe, quand l'assureur multibranche doit, en sa qualité d'assureur protection juridique, financer le recours de la victime contre lui-même, en sa qualité d'assureur de la responsabilité, il n'est pas interdit au gestionnaire du service distinct de traiter le dossier de cette victime. Il lui appartient d'apprécier à la lumière du principe de l'exécution de bonne foi des conventions s'il est en mesure de remplir l'obligation envers elle. Dans ce cas-ci, il convenait de transmettre le dossier à l'avocat. L'assureur et l'assuré ont finalement été en désaccord sur l'attitude à adopter pour régler le sinistre. Le gestionnaire a estimé que la mesure que l'assuré souhaitait prendre pour défendre ses

⁴⁸ On a pu se montrer sceptique quant au respect de cette obligation. En ce sens, voy. S. Decamp, *Les solutions aux conflits d'intérêts en assurance protection juridique en Belgique*, op. cit., pp. 72 et 73; P.-H. DELVAUX, «La protection des assurés dans l'assurance de protection juridique», in *L'assurance de protection juridique*, actes du colloque organisé le 21 février 1991 à l'U.L.B., D.C.C.R., 1991-1992, p. 616.

⁴⁹ Pol. Marche-en-Famenne, 10 septembre 2003, inédit, R.G. n° 1126. Pour un autre exemple, voy. Aix-en-Provence, 29 juin 2000. *J.C.P.*, 2001, II, 10469, note R. MARTIN.

droits ne s'imposait pas. Pourquoi refusait-il l'action judiciaire? Etait-ce dans l'intérêt de l'assuré (pour lui épargner les lenteurs de la procédure...)? Ou voulait-il préserver l'intérêt de l'assureur multibranche (son employeur) à ne pas devoir payer des indemnités trop élevées, à un autre titre ou, plus généralement, faire des économies? Pour le tribunal, il était inadmissible que l'assureur puisse dans ces circonstances imposer l'expertise amiable. À notre avis, ce litige aurait également pu trouver une solution en recourant à la procédure d'objectivité⁵⁰.

2. L'assureur a «intérêt» à ne pas développer des thèses trop favorables aux assurés

22. Les conflits d'intérêts dans l'entreprise spécialisée révèlent toute la difficulté qu'il y a pour un assureur à défendre de manière générale des thèses contraires aux intérêts d'autres entreprises d'assurance.

Peut-on dire qu'il y a un conflit d'intérêts quand l'assureur protection juridique doit intervenir en faveur d'une victime alors qu'il n'entretient aucun lien avec la compagnie débitrice? Plus précisément, ne peut-on soutenir que cet assureur n'a jamais intérêt à soutenir une thèse favorable aux victimes, à se battre sans cesse pour que les débiteurs d'indemnités paient davantage? Si, dans une affaire, il obtient des montants importants ou s'il parvient à faire admettre un nouveau poste du dommage, ne devra-t-il pas développer des moyens analogues et aussi persuasifs dans tous les dossiers où se posent les mêmes questions? L'assureur risque de devoir appliquer un jour ou l'autre ces solutions, heureuses pour l'assuré, dans des causes où le tiers est couvert par une entreprise qui fait partie du même groupe que lui.

Pareille hypothèse n'est cependant pas prise en compte dans le concept de conflit d'intérêts⁵¹. En effet, ni le patrimoine de l'assureur ni celui du groupe d'entreprises auquel il est rattaché ne sont affectés, s'il défend l'assuré de façon optimale. Il s'agit de savoir ce que globalement, et dans une perspective à long terme, l'assureur aurait intérêt à faire. C'est une question de stratégie, étrangère au conflit d'intérêts au sens où l'entend la directive.

⁵⁰ Voy. *infra*, n° 26 et s.

⁵¹ Comp. G. LEVIE, «La coordination de l'assurance "protection juridique" dans les Communautés européennes», in *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, *op. cit.*, p. 82, qui rappelle que ce problème concerne aussi l'assureur multibranche. Ce dernier peut être tenté de modérer les exigences de son assuré à l'égard du responsable de manière à éviter qu'une décision, favorable pour cet assuré, ne soit ultérieurement invoquée contre lui dans une affaire où il intervient en sa qualité d'assureur de la responsabilité. Considérant que cette situation illustre un conflit d'intérêts chez l'assureur multibranche, l'auteur nuance son propos en soulignant que si l'assureur peut être tenté d'adopter pareille attitude, il ne le fait pas d'office. Comp. encore P.-H. DELVAUX, «La grande illusion de l'assurance de la protection juridique», *R.G.A.R.*, 1998, 12964/4, qui estime qu'il y a là un conflit d'intérêts indirect.

Il semble même que le législateur européen en ait pris le contre-pied. En consacrant le droit de l'assureur à l'exécution en nature, en lui donnant entre autres, pour mission d'obtenir l'indemnisation du dommage de l'assuré (article 2, § 1^{er}, de la directive), l'Europe a fait le pari qu'un assureur puisse, avec et en dépit de sa qualité d'assureur, tenir un discours parfois contraire aux intérêts d'autres entreprises d'assurance. L'esprit de la directive interdit de voir un conflit d'intérêts quand l'assureur n'a pas, dans le sinistre qu'il doit régler, un intérêt particulier que la défense de l'assuré pourrait heurter.

Cette position peut surprendre car, en fin de compte, l'exemple évoqué n'est pas si éloigné du cas où on admet un conflit d'intérêts dans l'entreprise spécialisée. En réalité, la Commission européenne a mentionné la présence de tels conflits dans l'entreprise spécialisée pour souligner que le régime de la spécialisation n'était pas aussi pur que ses défenseurs voulaient le faire croire. De cette façon, elle a pu justifier la direction qu'elle comptait prendre pour faciliter l'exercice des libertés communautaires, en d'autres termes permettre aux assureurs multibranches de poursuivre leur activité de protection juridique à la condition d'isoler la gestion des sinistres qui s'y rapportent. Cela expliquerait que des conflits aussi peu perceptibles que ceux qui se produisent dans les entreprises spécialisées aient été présentés à l'égal des «réels» conflits propres aux assureurs multibranches.

3. L'assureur à «intérêt» à faire des économies

23. On ne peut davantage ériger en conflit d'intérêts l'idée que l'assureur serait en permanence hanté par le souci de comprimer ses frais et qu'il ne pourrait, par suite, jamais assumer son rôle de défenseur. L'assuré ne peut donc se contenter d'observer une divergence toute générale entre son intérêt à une protection maximale de ses droits, peu importe le prix, et le souci d'économie de l'assureur; pour obtenir la condamnation de l'assureur à payer les honoraires de l'avocat⁵².

Il est vrai que l'assureur regarde à la dépense et que cette situation peut être une source de difficultés⁵³. Pour M. DELVAUX, elle évoque «l'incontournable paradoxe de la protection juridique»⁵⁴. Cela étant, l'assuré ne peut, sans contredire le droit de l'assureur de fournir des services, en tirer un prétexte pour exiger l'intervention d'un avocat. Autre chose est l'hypothèse où il est en désaccord avec l'assureur sur la voie à suivre pour le défendre, ce

⁵² Civ. Liège, 11 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 454, note J.-F. JEUNENOMME, *R.G.A.R.*, 2000, 13303. Dans cette affaire, l'assureur n'avait pas pu intervenir en nature, le sinistre ayant été déclaré alors que le litige avec le tiers trouvait son épilogue grâce à l'intervention de l'avocat. L'assuré cherchait en vain le moyen d'obliger l'assureur à supporter les honoraires de son avocat.

⁵³ Voy. H. SMEYERS, «Rechtsbijstand, dan toch verzekerd?», *R.W.*, 1982-83, col. 1765 et 1766; R. VICTOR, «De Advocatuur en de Bijzondere Tegenverzekering», *R.W.*, 1955-1956, col. 528.

⁵⁴ P.-H. DELVAUX, «La protection des assurés dans l'assurance de protection juridique», *op. cit.*, pp. 611 et 617; du même auteur, «La grande illusion de l'assurance de la protection juridique», *R.G.A.R.*, 1998, 12964.

désaccord pouvant le cas échéant cacher un mécontentement sur la qualité du travail accompli par l'assureur. Dans certains cas, l'assureur se montre à ce point intransigeant face à la demande d'intervention d'un avocat qu'on en vient à penser qu'il n'est préoccupé que par un impératif de rentabilité. Toutefois, l'assuré ne préjuge pas de son aptitude à le défendre. Le temps passant, c'est l'attitude que l'assureur a adoptée dans le règlement du sinistre qui conduit à croire qu'il cherche d'abord à contenir ses dépenses. Le problème devrait pouvoir trouver une solution dans le cadre de la procédure d'avis organisée dans l'article 93 de loi. Le cas échéant, l'assuré devra agir en justice⁵⁵.

4. L'assureur couvre les deux parties dans le même litige

24. Lorsque l'assureur couvre la protection juridique des deux parties au même litige, il doit informer les assurés qu'ils ont le droit de consulter un avocat. Cette situation concerne en particulier l'entreprise spécialisée et les bureaux collectifs de règlement des sinistres, que les parties soient assurées auprès du même assureur ou auprès de deux assureurs qui s'adressent au même bureau pour la gestion des sinistres relatifs à la branche 17. On a du mal à imaginer que l'assureur ou le bureau de règlement puisse traiter efficacement les causes respectives des deux assurés sans nuire à l'un ou à l'autre. En principe, il ne devrait pas intervenir en nature en raison du conflit d'intérêts⁵⁶. En pratique, il peut cependant arriver que deux employés du même bureau de règlement ou de la même entreprise aient chacun en charge la gestion des intérêts d'une partie et que le dossier se règle de cette façon à l'amiable. Lorsque les responsabilités sont incontestables et que les parties sont de bonne composition, les choses peuvent bien se passer. L'essentiel est que les assurés soient informés de la situation et de leur droit de confier leur défense à un avocat⁵⁷.

⁵⁵ Civ. Dinant, 19 décembre 1996, *D.C.C.R.*, 1997, p. 238, note J.-L. FAGNART. Le tribunal a observé qu'«il finit parfois par se poser un conflit d'intérêts entre la compagnie et l'assuré; en effet, l'assureur a intérêt à voir ses pourparlers amiables aboutir avant toute action judiciaire afin d'éviter le paiement (des) honoraires de l'avocat; par contre, l'assuré veut voir le recouvrement de ses indemnités aboutir au plus vite grâce à l'intervention d'un avocat». En l'occurrence toutefois, l'assureur a été condamné à payer les honoraires de l'avocat non sur la base de cette considération mais en raison de ses manquements dans la gestion du dossier.

⁵⁶ En ce sens, voy. C. FIASSE, «L'assurance protection juridique : le point de vue du bureau de règlement des sinistres. Les alternatives prévues par l'arrêté royal sont-elles équivalentes?», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, *op. cit.*, p. 69; J.C.M. LEIJTEN, «Homage to the legal assistance insurance», in *Les mélanges de la protection juridique*, publiés à l'occasion du XV^e congrès des R.I.A.D. (Bristol 25-26 juin 1998), éd. Gazette du Palais, 1998, p. 105.

⁵⁷ Voy. Ph. COLLE, «De rechtsbijstandsverzekering en het K.B. van 12 oktober 1990», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, *op. cit.*, p. 54, n° 49; du même auteur, *Bijzonder geregelende verzeeringscontracten in hoofdlijnen*, 2^e éd., Anvers, Maklu, 1996, p. 270, n° 439.

Comme certains commentateurs de la directive l'ont relevé, il n'y a pourtant pas de réelle opposition d'intérêts entre *l'assureur et l'assuré*⁵⁸. Ce n'est pas, contrairement à ce que l'on observe chez l'assureur multibranche, l'intérêt personnel et direct de l'assureur qui menace l'efficacité d'une garantie protection juridique; c'est la conjonction de deux garanties identiques qui met en péril leur efficacité. Dès lors que l'hypothèse concerne surtout l'assureur spécialisé, la présenter comme un cas de conflit d'intérêts permettait, une fois de plus, de prouver que le système de la spécialisation ne devait pas être imposé⁵⁹. Paradoxalement, c'est peut-être dans cette circonstance que le droit de consulter un avocat prévu à l'article 92, 2^o, de la loi trouve le plus souvent matière à s'appliquer⁶⁰.

III. Synthèse

25. Dans la branche 17, où l'assureur est tenu de défendre l'assuré, les conflits d'intérêts concernent surtout l'assureur multibranche. Ils représentent une menace pour l'assuré en ce que la défense de ses droits – autrement dit ce à quoi s'est obligé l'assureur – risque d'être reléguée au second plan. Toutefois, ils ne procèdent pas du seul fait que la protection juridique est exploitée simultanément avec une autre branche d'assurance. Ils surgissent quand, à la faveur de cette circonstance, la défense active de l'assuré contre le tiers heurte l'intérêt de l'assureur, en sa qualité d'assureur de la responsabilité. L'examen de divers cas de figure illustre le jeu de va-et-vient que l'on observe entre l'assurance de la responsabilité et l'assurance protection juridique. Tantôt, l'assureur protection juridique se charge de la défense civile de l'assuré, en lieu et place de l'assureur de la responsabilité. Tantôt, il s'éclipse devant le mécanisme de règlement direct mis au point par ce dernier. Par la force des choses, il est temporairement dispensé de s'occuper du recours de l'assuré.

Dès le départ, la Commission européenne signale que les conflits d'intérêts n'épargnent pas l'entreprise spécialisée. En faisant état de conflits plus flous, où la crainte pour la

⁵⁸ E. CEUX, «La directive CEE du 22 juin 1987 concernant l'assurance protection juridique», *Bull. ass.*, 1989, p. 9; C. ISOLA, «Maintenant que la directive est là...», *L'assurance défense en Europe*, 1987, p. 7, n° 1. Ce cas de figure n'est pas propre à l'assurance protection juridique. Ce n'est donc pas le type de difficultés directement visé par la directive.

⁵⁹ Voy. G. LEVIE, «À mi-chemin vers une communauté d'assurance en Europe», *Rev. gén. ass. terr.*, 1981, p. 600; du même auteur, «La proposition de directive européenne sur l'assurance de la protection juridique», *op. cit.*, p. 85.

⁶⁰ L'hypothèse est donc celle où les deux parties au litige ont souscrit, chacune de leur côté, un contrat de protection juridique auprès du même assureur. Il arrive parfois – c'est tout différent – que deux personnes soient assurées en protection juridique en vertu du même contrat et qu'elles aient des droits à faire valoir l'une envers l'autre. Dans ce cas, le contrat établit un ordre de priorité. La garantie est généralement refusée à l'assuré qui n'a pas la qualité de preneur d'assurance.

défense de l'assuré est moins vive, elle inculque l'idée que la spécialisation des branches n'est pas le paradigme à suivre. Le fait d'étendre le problème aux entreprises spécialisées a servi d'instrument à la coordination des législations nationales. Au reste, que les conflits d'intérêts puissent se manifester en protection juridique avec plus ou moins d'intensité n'a rien d'exceptionnel. Ailleurs, ils se présentent aussi sous diverses formes, certains étant plus criants que d'autres.

L'Europe prévient les conflits d'intérêts en imposant l'isolement de la gestion des sinistres relatifs à la protection juridique sans aller jusqu'à prescrire que le gestionnaire désigné soit totalement étranger au conflit. Il s'agit soit d'un employé de l'assureur multibranche affecté dans un département spécifique de celle-ci, soit d'un employé d'une entreprise juridiquement distincte (mandataire de l'entreprise multibranche), soit de l'avocat choisi par l'assuré. Alors que dans d'autres branches du droit, la loi impose souvent à la personne aux prises entre deux intérêts contraires de s'abstenir, en protection juridique, cette règle de l'abstention, en tant qu'elle implique l'intervention d'un tiers indépendant, n'est pas imposée par le législateur. Elle est proposée au même titre que d'autres mesures comme une modalité de la solution du changement de gestionnaire.

Ces mesures préventives des conflits d'intérêts sont donc assez singulières. Normalement, l'objet de telles mesures est de protéger l'intérêt menacé, autrement dit l'assuré. Elles doivent créer les conditions pour que l'assureur remplisse sans réserve son rôle de défenseur. On constate à l'analyse que d'autres considérations que la protection de l'assuré l'ont emporté.

Le droit de celui-ci de consulter librement en vertu de l'article 92, 2^o, de la loi ne s'ouvre en définitive qu'en de rares occasions où, hormis l'hypothèse où l'assureur reconnaît d'emblée le conflit (en particulier quand il couvre la protection juridique des deux parties au même litige), l'assuré parviendrait à renverser la présomption de l'indépendance du gestionnaire. Hostile à la démonstration, un conflit d'intérêts pourra le cas échéant être pressenti lorsque les parties sont en désaccord sur l'attitude à adopter pour régler le sinistre.

La procédure d'objectivité

26. Il arrive fréquemment que l'assureur refuse d'intervenir ou de poursuivre son intervention parce qu'il n'est pas d'accord avec l'assuré sur les mesures à prendre pour mener la défense de celui-ci. Il y a alors une divergence d'opinion sur l'attitude à adopter pour régler le sinistre (I). Considérant qu'il importait de trancher ces désaccords «de la manière la plus équitable et la plus rapide possible», le législateur européen imposait aux États membres de prévoir un arbitrage ou une autre procédure qui offre des garanties com-

parables d'objectivité⁶¹. À cet égard, le régime organisé dans l'article 93 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre est critiquable. Il confère à l'assuré le droit de consulter l'avocat de son choix pour décider de l'attitude à adopter (II).

I. Champ d'application

A. L'assureur estime que l'assuré n'a aucune chance de triompher

27. Lorsque l'assureur justifie son inaction au motif qu'il n'y a pas lieu d'agir, que l'assuré n'a aucune chance de triompher, la divergence d'opinion est indiscutable. Le procès a-t-il des chances de succès? Faut-il interjeter appel? Ne convient-il pas d'accepter la proposition de l'adversaire? Si l'assuré maintient ses exigences envers le tiers, s'il entend persévérer alors que l'assureur n'est pas de cet avis, on se trouve dans le cas type d'application de la procédure d'avis. Celle-ci permet de trancher la question s'il faut ou non recourir à une procédure judiciaire, non de résoudre les difficultés relatives à l'interprétation du contrat⁶².

Par la même occasion, elle résorbe la question du sinistre intentionnel. Le sinistre volontaire peut être défini comme l'égoïste désinvolture de celui qui, se croyant couvert par l'assurance, adopte un comportement excessif, dans notre domaine, un excès dans ses prétentions de demandeur ou de défendeur. Peut-on toujours affirmer que l'assuré qui résiste à une réclamation manifestement fondée ou qui formule des prétentions déraisonnables heurte la règle morale? Il se peut que l'assuré soit incapable d'entendre un discours rationnel et ait la ferme conviction que l'adversaire a tort. Qu'il soit couvert ou non ne changerait rien à sa volonté d'engager un procès pour le principe. En réalité, les situations où il se mure dans son entêtement ou se révèle intransigeant sont beaucoup mieux prises en compte dans le cadre de l'article 93 de la loi⁶³. En fin de compte, l'excès que constitue

⁶¹ Voy. le 13^e considérant de la directive et l'article 6 de celle-ci.

⁶² Voy. K. BERNAUW, «De verhouding tussen de rechtsbijstandsverzekeraar en de advocaat» in *Bijzondere vraagstukken rechtsbijstandsverzekering - Aspects particuliers de l'assurance protection juridique*, Ph. COLLE et J.-L. FAGNART (éd.), Bruxelles - Bruylant, Anvers - Maklu, 1998, p. 101, n° 13; B. CERVEAU, «Le règlement des cas de désaccord entre l'assuré et l'assureur sur la façon de régler le litige en assurance de protection juridique», *Gaz. Pal.* 1997, doc., p. 129; Ph. COLLE, «De rechtsbijstandsverzekering: enkele juridische knelpunten», in *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, Kalenhtout, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1996, p. 24, n° 23; L. VULSTEKE, «Rechtsbijstandsverzekering», in *Recht voor de onderneming*, 2^e éd., Diegem, Ced.Samsom, 2000 (mis à jour en février 2000), ouvrage à feuillets mobiles, livre XIV.40, pp. 28 à 30.

⁶³ En ce sens, voy. L. CORNELIS et A.-S. MAERTENS, «De opzettelijke risicoveroorzaking in de rechtsbijstandsverzekering», in *Aspects particuliers de l'assurance protection juridique*, op. cit., p. 78, n°s 10 et 11; B. DUBUISSON, «Risque et sinistre en assurance protection juridique», in *Aspects particuliers de l'assurance protection juridique*, op. cit., p. 51, n° 21.

le sinistre intentionnel et qui trahit un comportement déloyal envers l'assureur connaît le même sort que l'erreur d'appréciation sur les chances de succès d'une prétention.

B. L'assureur estime qu'il faut encore négocier

28. Le refus de l'assureur d'engager la procédure ne tient pas nécessairement au fait que celle-ci offrirait peu de chances de succès. Dans certains cas, l'assureur refuse de couvrir les frais du procès, et les honoraires de l'avocat en résultant, parce qu'il estime qu'il faut encore négocier. C'est aussi le lieu d'appliquer l'article 93.

À première vue, l'hypothèse semble différente. L'assureur ne décline pas la garantie. Il offre ses services, du moins, il prétend les offrir. Il ne conteste pas le bien-fondé de la réclamation de l'assuré contre le tiers mais seulement l'idée que son rôle se limiterait à payer une indemnité.

À la réflexion, on constate que le souhait de l'assuré de voir son propre conseil intervenir est sous-tendu par un désaccord sur les mesures à prendre afin de défendre efficacement ses droits. Le problème se pose souvent quand l'assuré veut désigner un expert judiciaire alors que l'assureur propose la mise en œuvre d'une expertise amiable. Que faut-il réclamer à l'adversaire et de quelle manière? Telle est la question qui les divise. L'article 93 devrait permettre de résoudre ce type de conflit.

Si l'assureur prétend justifier son inaction par des raisons de tactique, affirmant que l'affaire est de celles où la patience est récompensée, tandis que l'assuré n'est pas de cet avis, il y a aussi, nous semble-t-il, une divergence de vue au sens de cet article. L'assuré considère que le dossier ne progresse pas. De son côté, l'assureur prétend encore attendre le rapport du médecin conseil de l'autre partie, estimant même inutile d'envoyer un rappel. L'expertise est en cours, dit-il, et il faut bien en attendre les conclusions avant de chiffrer le dommage. L'assuré veut une attitude plus agressive vis-à-vis du tiers et engager la procédure. Il veut être assisté par un avocat pour la raison que seul l'avocat est habilité à faire ce sur quoi les parties au contrat d'assurance ne s'entendent pas. Ainsi que l'écrit le professeur FAGNART, il y a une divergence d'opinion quand l'assureur «prône une attitude attentiste alors que l'assuré exige une attitude plus entreprenante»⁶⁴.

Le point de discordance ne porte pas sur le caractère défendable des prétentions de l'assuré -- celui-ci obtiendrait sans difficulté la désignation d'un expert judiciaire -- mais sur ce qu'il convient désormais de faire pour mener à bien ces prétentions. Si la question de l'oppor-

⁶⁴ J.-L. FAGNART, note sous Civ. Dinant, 19 décembre 1996, *D.C.C.R.*, 1007, p. 247; du même auteur, «Point de vue d'un avocat», actes du XVII^e congrès des R.I.A.D. («Rencontres internationales des assureurs défense», actuellement «Association internationale de l'assurance de protection juridique») organisé à Bâle les 9 et 10 septembre 2002, disponible sur le site <http://www.riad-online.org>.

tunité de l'intervention d'un avocat est soulevée, elle apparaît comme une incidente dans une controverse plus profonde sur l'objet de la couverture. Comment faire valoir les droits de l'assuré? Telle est la question à laquelle assureur et assuré ne répondent pas d'une seule voix. Leur désaccord porte sur l'attitude à adopter pour régler le sinistre.

29. La procédure d'objectivité offre par conséquent le moyen de décider non seulement si les droits de l'assuré sont suffisamment fondés pour être exercés en justice mais encore si, le bien-fondé de ces droits n'étant pas discuté, il est opportun de saisir le juge ou s'il faut encore patienter. La question de savoir s'il faut recourir à une procédure au sens de l'article 92, 1^o, peut, sous ses deux dimensions, être soumise à l'appréciation de l'avocat dans le cadre de l'article 93.

Il se peut que la thèse que prône l'assureur pour régler le sinistre résulte de son souci de préserver ses intérêts, au titre d'une autre garantie d'assurance, ou les intérêts de la compagnie tierce qui fait partie du même groupe. Il se peut qu'en contestant cette thèse, l'assuré soit aussi mécontent de la manière dont l'assureur a traité le dossier. Qu'importe, le rôle de l'avocat consulté dans le cadre de l'article 93 est de donner un avis sur la manière de procéder pour faire valoir les droits de l'assuré. Il n'est pas de juger l'assureur sur sa gestion passée ni de trancher l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts.

30. Si l'article 92, 1^o, autorise l'assuré à confier ses intérêts à un avocat quand sa défense exige l'introduction d'une procédure, il implique aussi que, dans l'hypothèse où la perspective du procès n'apparaîtrait qu'au bout d'un certain temps, l'assureur puisse auparavant s'exécuter en nature. Les deux parties doivent faire preuve de loyauté l'une envers l'autre. L'attitude de l'assureur qui consiste à attendre que l'affaire soit fixée à l'audience avant de transmettre le dossier à l'avocat n'est pas toujours acceptable⁶⁵ mais il serait aussi inacceptable, et d'ailleurs contraire à la loi, de le forcer à se retirer chaque fois qu'il apparaît qu'un procès aura lieu à l'avenir. Que l'auteur du dommage soit poursuivi pénalement ne constitue pas obligatoirement un obstacle à un accord au civil. Dans bon nombre de dossiers, l'assureur peut effectuer des démarches, régler certains aspects du litige sans compromettre la défense de l'assuré dans le procès ultérieur. Il peut, par exemple, faire le nécessaire pour que tel poste du dommage soit indemnisé, mettre en mouvement une expertise amiable, obtenir des provisions. Dans tel dossier, il sera bon que la défense de l'assuré soit dès le début assumée par la même personne. Dans tel autre, rien n'empêchera que cette défense soit dissociée, l'assureur se chargeant de tout ce qui peut être accompli avant le procès et l'avocat prenant ensuite le relais. Ainsi, la certitude

⁶⁵ Pour un exemple, voy. J.P. Bruxelles, 30 avril 1992, *J.J.P.*, 1992, p. 186. L'assureur estimait que l'intervention de l'avocat était prématurée au motif que «le tiers n'était pas encore poursuivi» et alors pourtant que ce tiers avait nié toute responsabilité et refusé une expertise amiable. Le juge a constaté qu'il s'imposait de désigner un expert judiciaire et de demander une provision devant le juge des référés, aux frais de l'assureur. Le désaccord aurait aussi pu être réglé dans le cadre de la procédure d'avis.

que le ministère public poursuivra l'auteur de l'accident ne permet pas d'inférer qu'il faut aussitôt, et dans tous les cas, ôter à l'assureur du recours le droit de négocier au sujet du dommage de la victime. En revanche, lorsqu'une procédure a été engagée, une saine gestion des intérêts de l'assuré implique, semble-t-il, que l'avocat continue d'assumer la défense de l'assuré, même pour transiger, afin de rester le seul interlocuteur de l'adversaire. C'est donc l'avocat qui devrait intervenir lorsqu'une conciliation semble réalisable après le dépôt du rapport de l'expert judiciaire. L'appréciation est de toute façon propre à chaque espèce. Si, le procès n'étant pas encore engagé, l'assuré ne veut plus que l'assureur se charge des aspects civils du litige tandis que l'assureur garde le dossier, il y a une divergence de vue sur l'opportunité de l'intervention de l'avocat. Ce désaccord porte sur les décisions que l'exercice des droits de l'assuré commande de prendre. C'est le lieu d'appliquer l'article 93. L'avocat consulté doit apprécier la situation à l'aune du principe de l'exécution de bonne foi des conventions⁶⁶.

C. L'assuré consulte en raison de la carence de l'assureur

31. Si l'assureur ne propose pas la mise en œuvre de la procédure d'objectivité ou refuse de l'appliquer et que le dossier ne progresse plus, il vient un moment où l'assuré n'a d'autre choix que de confier sa défense un avocat.

L'assureur s'est engagé à défendre l'assuré. Il doit donc agir au service de celui-ci. S'il ne prend aucune initiative, si, par négligence, il laisse « pourrir » le dossier et que plus aucune collaboration ne semble envisageable, il faut le faire condamner sur le fondement des articles 1142 et 1144 du Code civil. L'assuré qui a perdu confiance en l'assureur défaillant doit pouvoir confier ses intérêts à un avocat, aux frais de cet assureur.

Dans cette hypothèse, l'assuré met en cause la responsabilité contractuelle de l'assureur. Il s'agit de mettre en évidence les fautes de gestion qui lui ont occasionné un préjudice⁶⁷. Les honoraires de l'avocat et les frais qui résultent du procès engagé contre le tiers sont compris dans les dommages et intérêts à réclamer à l'assureur. L'assuré pourrait aussi lui demander le remboursement des frais qu'il a dû exposer pour vaincre sa résistance et obtenir enfin qu'il le soutienne dans le litige qui fait l'objet de la garantie. À titre de sanction, les frais nécessités par l'action contre l'assureur, en ce compris les honoraires de

⁶⁶ En ce sens, voy. Ph. COLLE, *Les contrats d'assurance réglementés*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 265, n°s 413 à 415; F. PONET, P. RUMENS, et W. VERHEES, *De Landverzekeringsovereenkomst – Praktische commentaar bij de Wet van 25 juni 1992*, Deurne, Kluwer, 1993, p. 410, n° 1208.

⁶⁷ Plusieurs décisions ont ainsi sanctionné l'inertie de l'assureur. Voy. notamment Civ. Dinant, 19 décembre 1996, *D.C.C.R.*, 1997, p. 238, note J.-L. FAGNART; Comm. Bruxelles, 17 février 1998, *J.T.*, 1998, p. 386; J.P. Charleroi, 6 avril 1998, inédit, R.G. 12674, qui déclare que « la défenderesse ne peut indéfiniment maintenir son assuré dans un cadre "amiable" ni indéfiniment lui écrire que les négociations se poursuivent ... alors qu'elles n'avancent pas ».

L'avocat qui s'y rapportent, pourraient être mis à sa charge⁶⁸. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004 confirme cette solution de principe⁶⁹.

En revanche, l'assuré qui ne donnerait pas à l'assureur la possibilité de l'exécution en nature ne pourrait prétendre au remboursement des honoraires de son avocat⁷⁰. S'il empêche l'assureur de négocier, il n'a pas droit à la garantie en espèces⁷¹.

II. Les garanties d'objectivité

32. Avant l'adoption de la directive, quelques assureurs avaient imaginé de recourir à une sorte d'arbitrage pour trancher le différend sur l'opportunité du procès. Selon une formule, chaque partie choisissait un avocat et l'assureur était définitivement libéré si les deux conseils estimaient que l'action était inutile ou indéfendable. S'ils avaient un avis différent, ils désignaient un tiers auquel revenait le dernier mot⁷².

L'arbitre en tant que tel n'intervenait qu'en cas de désaccord entre les avocats respectifs de l'assureur et de l'assuré. Cela étant, le fait de recourir à deux avocats donnait suffisamment d'objectivité au mécanisme décisionnel.

33. Plus fréquentes étaient les clauses qui prévoyaient que, dans l'hypothèse où l'assureur refuserait son concours, l'assuré pourrait engager seul le procès contre le tiers et que ses dépenses lui seraient remboursées s'il obtenait gain de cause. Ou bien l'assuré s'inclinait devant la position de refus de l'assureur, ou bien il persévérerait et c'est cette liberté retrouvée qui permettait de considérer que l'obligation de l'assureur n'était pas souscrite sous une condition purement potestative⁷³. Il importait d'ailleurs peu que le tribunal fût effec-

⁶⁸ Civ. Liège, 14 novembre 2000, *R.G.A.R.*, 2004, 13816; Liège, 6 mars 2003, *R.G.A.R.*, 2004, 13817 et notre commentaire, «Qui défend l'assuré en assurance protection juridique? – L'avocat ou l'assureur?», *R.G.A.R.*, 2004, 13807.

⁶⁹ Voy. *supra*, note 10. On réservera toutefois l'hypothèse où l'assureur a exclu de la garantie les frais d'une procédure dirigée contre lui. Cette exclusion est fréquente dans les contrats qui couvrent les litiges en matière contractuelle. Il n'y a pas de raison de douter de sa validité.

⁷⁰ Civ. Dinant, 12 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1406, obs. J.-F. J.

⁷¹ Ph. COLLE, «Kan de advocaat zijn ereloon rechtstreeks vorderen van de rechtsbijstandsverzekeraar?», obs. sous J.P. Gand, 12 juin 1998, *Bull. ass.*, 1999, p. 675, n° 5; J.-L. Fagnart, note sous Civ. Dinant, 19 décembre 1996, *D.C.C.R.*, 1997, p. 246.

⁷² Pour une illustration, voy. Coman. Draguignan, 18 juin 1940, *Rev. gén. ass. terr.*, 1942, p. 66, note A.B.; Aix-en-Provence, 8 octobre 1941, *Rev. gén. ass. terr.*, 1942, p. 69.

⁷³ Autrefois, les assureurs défense en justice se réservaient généralement la direction du contentieux. La clause d'objectivité apportait une limite à leur pouvoir d'organiser la défense de l'assuré. En cas de refus de garantie, ce dernier retrouvait sa liberté d'action; il pouvait engager le procès contre le tiers. En réalité, cette clause de direction du procès n'avait pas sa place dans une assurance centrée sur la défense des intérêts de l'assuré. Pour plus de développements, voy. notre thèse, *Le régime de l'assurance protection juridique, op. cit.*, p. 424, nos 311-320, p. 512, n° 372.

tivement saisi. Il suffisait qu'il puisse l'être pour conclure que l'exécution de la garantie n'était pas au seul pouvoir du débiteur. Cette clause de «réussite de l'action» a permis de sauver de nombreux contrats de la nullité⁷⁴.

Ces deux procédés avaient chacun la vertu de garantir l'indépendance du risque vis-à-vis de l'assureur, en empêchant celui-ci de décider seul de la position à tenir à l'égard de l'adversaire et, donc, de la réponse à donner à la demande de garantie. Dans la logique des choses, leur mise en œuvre simultanée ne se concevait pas d'autant que l'assureur n'en proposait généralement qu'un. Si un désaccord sur l'opportunité du procès surgissait, l'assuré pouvait donc choisir entre le mode de règlement prévu au contrat et l'exercice de l'action en réclamation de garantie contre l'assureur.

34. La loi du 25 juin 1992 offre encore le choix entre l'action en réclamation de garantie et la procédure d'objectivité : «sans préjudice de la possibilité d'engager une procédure judiciaire», annonce l'article 93, et il faut sous-entendre «contre l'assureur». La loi prévoit un régime facultatif, un autre moyen que la voie judiciaire pour résoudre le désaccord. Cependant, il réalise une curieuse synthèse entre les deux techniques traditionnelles. Si l'avocat confirme la thèse de l'assuré, l'assureur doit fournir sa garantie quel que soit le résultat finalement obtenu. Si, par contre, il confirme la thèse de l'assureur, l'assuré peut passer outre cet avis et engager la procédure (contre le tiers). Et s'il obtient un meilleur résultat que celui qu'il aurait eu s'il avait accepté le point de vue de l'assureur, ce dernier doit fournir sa garantie *a posteriori* et donc rembourser les frais engagés par l'assuré. En d'autres termes, l'obligation de l'assureur de fournir la garantie en cas de meilleur résultat ne se conçoit qu'après que l'avocat a rendu un avis négatif. Alors qu'auparavant, l'application de la clause de «réussite de l'action» était indépendante de l'arbitrage, ici, l'étape qui consiste à s'en référer à l'avis d'un tiers précède nécessairement celle où l'assuré engage le procès contre l'adversaire.

35. Cela étant, il est certain que l'article 93 de la loi n'organise pas un arbitrage. L'avocat rend un avis sur ce qu'il y a lieu de faire pour défendre l'assuré. Il ne dit pas le droit et ne prononce aucune sentence ni condamnation à charge de l'une ou l'autre des parties. De plus, son avis ne lie que l'assureur. Sa mission est donc distincte de celle d'un arbitre. Tandis que celui-ci «dit le droit, l'avocat donne un avis sur les chances de succès d'une thèse ou d'une procédure. Il expose non pas ce qui est vrai ou ce qui est juste, mais ce

⁷⁴ Voy. notamment J.P. Fléron, 28 janvier 1955, *J.L.*, 1954-1955, p. 240; J.P. Fosses, 3 février 1959, *J.L.*, 1959-1960, p. 38; Cass., 16 décembre 1960, *R.G.A.R.*, 1962, 6957; J.P. Namur, 20 février 1990, *J.J.P.*, 1991, p. 234; Comm. Bruxelles, 10 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 321. note J.-L. FAGMART, décision soulignant que la «condition de réussite d'une procédure éventuelle n'est pas purement potestative; qu'elle dépend d'un élément extérieur à savoir la décision à prendre par une juridiction».

qu'il est capable d'obtenir pour l'assuré. Il indique les moyens qu'il compte mettre en œuvre pour arriver au résultat qu'il escompte»⁷⁵.

Les «garanties comparables d'objectivité» évoquent surtout le mode de désignation de l'arbitre qui fait de lui un tiers indépendant. L'article 1678, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire porte que «la convention d'arbitrage n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres» et l'article 1690 dispose que ces derniers «peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance».

Indiscutablement, l'article 93 ne rencontre pas cette exigence. La personne appelée à régler le désaccord est le défenseur de l'assuré et désignée par lui seul tandis que son avis ne lie que l'assureur. Formellement, le texte n'interdit pas que l'avocat consulté dans ce cadre ait préalablement conseillé l'assuré ou défendu celui-ci au premier degré de juridiction. Aura-t-il l'indépendance d'esprit nécessaire pour décider en définitive si l'assureur doit fournir sa garantie, en particulier s'il doit couvrir ses propres honoraires? Il est certain qu'il doit avoir conscience de l'importance de sa mission et veiller à donner un avis complet, motivé et éclairé. S'il préconise une procédure de façon inconsidérée, l'assureur qui devrait en supporter les frais pourrait lui réclamer des dommages et intérêts. L'assuré pourrait aussi lui demander des comptes si, par exemple, il a recommandé une procédure jugée ultérieurement téméraire et vexatoire ou si, négligeant un moyen pertinent, il en a déconseillé une qui aurait nécessairement dû aboutir⁷⁶. La faute de stratégie que n'aurait pas commise un «avocat normalement prudent et compétent» pourrait donc engager tant sa responsabilité délictuelle à l'égard de l'assureur que sa responsabilité contractuelle envers l'assuré. Cette sanction n'est cependant applicable qu'*a posteriori*. Elle ne pallie pas le vice de cette procédure d'avis qui confère une situation privilégiée à l'assuré en lui réservant le droit de désigner l'avocat⁷⁷.

⁷⁵ J.-L. FAGNART, «Rapport final» in *L'assurance de protection juridique*, actes du colloque organisé le 21 février 1991 à l'U.L.B., D.C.C.R., 1991-1992, p. 664. Sur la distinction entre le régime d'objectivité et l'arbitrage, voy. également Ph. COLLE, «De rechtsbijstandsverzekering en het K.B. van 12 oktober 1990», in *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, Ph. COLLE (éd.), Anvers, Maklu, 1991, p. 41, n° 21.

⁷⁶ J.-L. FAGNART, «Rapport final», *op. cit.*, p. 664. Rapp. avec G. DAEMEN, «Het standpunt van de rechtsbijstandsverzekeraar», *P&B/R.D.J.P.*, 1997, p. 10.

⁷⁷ Comp. S. DECAMP, *Les solutions aux conflits d'intérêts en assurance protection juridique en Belgique*, Bruxelles - Bruylant, Louvain-la-Neuve - Academia, 1993, p. 82, note 14, qui se demandant si l'arbitrage de l'avocat de l'assuré revêt un caractère suffisant d'objectivité, juge finalement le système acceptable, «tout avocat devant nécessairement faire preuve d'indépendance dans l'exercice de sa profession»; P.-H. DELVAUX, «La grande illusion de l'assurance de la protection juridique», *R.G.A.R.*, 1998, 1296/5, n° 23, qui estime que «la seule manière de concilier application de l'article 93 et respect par l'avocat du devoir de délicatesse (...) paraît être de confier la décision à un avocat tiers (...)».

L'article 93 rencontre sans aucun doute l'objectif primitif de protection de l'assuré contre les éventuels abus de l'assureur. Cependant, le souci de lui donner la garantie que la décision de couvrir ou non le sinistre serait prise de manière objective a finalement engendré un déséquilibre au détriment de l'assureur. Dès lors que le terme «objectivité» induit une certaine égalité entre les parties, on peut dire que la loi belge enfreint la norme européenne. En pratique, l'article 93 se révèle inutile lorsque la mesure que l'assuré veut voir adoptée est déjà préconisée par son conseil. Ce défaut majeur peut expliquer la réticence de l'assureur à proposer la mise en œuvre de ce mode de règlement des conflits.

36. Il est intéressant de noter qu'en Allemagne, les assureurs ont proposé un régime comparable à celui que prévoit l'article 93 et qu'ils l'ont modifié en raison de sa contrariété avec la directive.

Au moment de la transposition de celle-ci, les conditions générales type organisaient le «Stichentscheid» (article 17), un système proche du nôtre qui conférait à l'avocat de l'assuré, éventuellement déjà consulté, le pouvoir de départager les thèses en présence⁷⁸. Quelques modalités étaient prévues, notamment l'obligation de l'assureur de notifier les raisons du refus de garantie, le devoir de l'avocat de motiver son avis et donc de préciser les raisons pour lesquelles il ne pouvait, par exemple, suivre la thèse de l'assureur⁷⁹. L'avis de l'avocat -- le «Stichentscheid» -- liait en principe les deux parties et les frais de la mise en œuvre de la procédure étaient à charge de l'assureur. Afin d'accélérer le règlement du désaccord, ce dernier pouvait fixer un délai d'un mois dans lequel l'assuré devait communiquer toutes les pièces du dossier à l'avocat et stipuler la déchéance de la garantie au cas où ce délai ne serait pas respecté.

Une partie de la doctrine a mis en doute la conformité du «Stichentscheid» avec l'exigence européenne d'objectivité. L'avocat était le juge de sa propre affaire, disait-on, critique d'autant plus pertinente que, dans un certain nombre de dossiers, les avis rendus n'étaient pas toujours empreints du plus grand réalisme. Suivant cette opinion, il était urgent de réformer le système tant par respect pour la norme communautaire que dans l'intérêt du barreau⁸⁰. Une autre doctrine, en revanche, estimait que l'avocat de l'assuré

⁷⁸ En Allemagne, les polices d'assurance suivent un modèle de conditions générales, les «Allgemeine Rechtsschutzversicherung Bedingungen», mieux connues sous leur abréviation «ARB». Ces conditions générales type ont aujourd'hui une valeur indicative mais, par respect de la tradition, il semble que tous les assureurs s'y conforment.

⁷⁹ Voy. notamment J. SCHIRMER, «Meinungsverschiedenheiten zwischen Rechtsschutzversicherer und Versicherungsnehmer -- Stichentscheid oder Schiedsverfahren», in *Aktuelle Probleme bei der Rechtsschutzversicherung*, Bonn. Essen, 1991, p. 56. Pour un commentaire détaillé, voy. W. HARBAUER, *Rechtsschutzversicherung. ARB-Kommentar*, 5^e éd., Munich, C.H. Beck, 1993, pp. 407 à 419.

⁸⁰ En ce sens, voy. notamment K. SPERLING, «Neue Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 94) -- Motive und rechtliche Schwerpunkte», *VersR.*, 1996, I, p. 144.

était impartial et insistait sur son devoir de motiver les avis et de tenir compte également des intérêts de l'assureur⁸¹.

Lors de la révision des conditions générales en 1994, un nouveau mode de règlement – le « Schiedsgutachten » ou « Schiedsverfahren » – a été instauré. Désormais, l'expert (Gutachter) ou arbitre n'est plus choisi par l'assuré; il est désigné par le bâtonnier de l'Ordre des avocats du lieu de résidence de l'assuré et il doit être inscrit au barreau depuis au moins cinq ans⁸². Le texte prévoit également des règles relatives au déroulement de la procédure. L'assureur doit informer l'assuré qu'il dispose d'un délai d'un mois pour demander l'introduction de celle-ci et lui communiquer les pièces nécessaires. L'assureur dispose aussi d'un délai d'un mois, à dater du jour où l'assuré lui notifie son intention de recourir au « Schiedsgutachten », pour mettre en mouvement la procédure. Le non-respect de ce délai entraîne l'obligation de couvrir le sinistre. La procédure est écrite. L'avis de l'avocat lie l'assureur mais n'a qu'une valeur indicative pour l'assuré, qui peut agir en réclamation de garantie dans un délai de six mois après la notification de l'avis.

Le manque d'objectivité a donc été corrigé. L'accent est mis sur la compétence de l'arbitre dont on exige une certaine expérience, attestée par une pratique d'au minimum cinq ans de la profession d'avocat⁸³. Des délais précis sont fixés pour accélérer le règlement de la divergence et les formalités sont réduites au minimum (choix de la procédure écrite).

37. En Belgique, une autre solution a été trouvée dans le cadre d'accords conclus entre les assureurs protection juridique et les avocats. Deux conventions cadre ont été signées sous l'égide d'Assuralia d'un côté par l'O.V.B. et, de l'autre, par l'O.B.F.G.⁸⁴. Ces conventions définissent à l'attention des avocats et des assureurs des règles de conduite qui sont destinées à éviter les discussions aussi bien sur l'opportunité de l'intervention de l'avocat que

⁸¹ Voy. R. IMMELREICH, « Rechtsschutz – Wirklichkeit und ARB-Reform », in *Aktuelle Probleme bei der Rechtsschutzversicherung*, op. cit., p. 22.

⁸² Voy. U. HÜBNER et M. LINDEN, « L'assurance de protection juridique en République fédérale allemande », in *Les mélanges de la protection juridique*, publiés à l'occasion du XV^e congrès des R.I.A.D. (Bristol, 25-26 juin 1998), éd. Gazette du Palais, 1998, pp. 44 et 47.

⁸³ Cependant, les conditions générales type de 1994 prévoient que les assureurs peuvent stipuler un autre mode de règlement (article 19). Il se pourrait donc qu'une entreprise applique encore le régime antérieur. Cette faculté a été maintenue dans la dernière version des conditions type de 2000.

⁸⁴ Il s'agit du « Protocol tussen de Orde van Vlaamse Balies en de rechtsbijstandsverzekeraars » du 29 octobre 2002 qui confirme l'accord précédemment conclu le 23 juillet 1999 avec de Vereniging van Vlaamse Balies. Voy. M. SCHOUTEDEN, « Beknopt verslag van de adviezen van de gemengde commissie rechtsbijstandsverzekering (GCR). Periode 1 september 1999 – 1 maart 2001 », *Bull. ass.*, 1991, pp. 651 et s., qui publie également le texte de ce protocole (p. 637). Du côté francophone, le protocole a fait l'objet d'un règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003. Il reprend les principes de la toute première convention de ce type qui avait été conclue à l'initiative du barreau de Liège. Le texte de l'accord et les formulaires à remplir par l'avocat et l'assureur pour saisir la commission mixte sont consultables sur le site www.avocats.be. Il convient de cliquer successivement sur « Ordre des barreaux », « Les départements », « Assurances-prévention-protection juridique ».

sur le montant des honoraires réclamés par celui-ci. Elles instituent une commission mixte de protection juridique qui peut être saisie en particulier quand les parties n'ont finalement pu se mettre d'accord sur l'intervention de l'avocat.

Chacune de ces deux commissions se compose de deux avocats et de deux représentants des assureurs protection juridique. Cette représentation égalitaire remédie au défaut que présente le régime légal. L'avis est rendu sans délai et sans frais par un collège impartial dont les membres n'ont pu auparavant avoir connaissance du dossier. Il est toutefois prévu que la commission est présidée par un des deux avocats dont la voix est prépondérante en cas de parité. Un nouveau mode facultatif de pacification des conflits est ainsi proposé à l'avocat et à l'assureur comme un appendice aux règles qui gouvernent le contrat d'assurance.

III. Synthèse

38. Quand faut-il recourir à une procédure au sens de l'article 92, 1^o, de la loi? En principe, l'assureur et l'assuré en conviennent ensemble. En cas de désaccord, l'article 93 offre le moyen de trouver une solution, que le désaccord provienne de l'assureur qui estime que les chances de succès sont trop faibles, ou de l'assuré qui souhaite que son dossier progresse et n'accepte plus les appels à la patience de l'assureur. Dans les deux cas, la discussion porte sur ce qu'il y a lieu de faire pour «faire valoir les droits de l'assuré» au sens de l'article 90 de la loi.

En revanche, l'assuré qui fait intervenir son avocat alors que l'assureur pourrait fournir ses services, manque à ses obligations. L'assureur a raison de refuser de couvrir les honoraires et comme son refus est sans rapport avec les mesures qu'il convient de prendre à l'égard de l'adversaire, la procédure d'objectivité n'est pas applicable.

L'assuré qui considère que l'assureur n'exécute pas ou exécute mal son devoir de défense peut exercer l'action en responsabilité contractuelle. La solution s'impose si l'assureur refuse la mise en œuvre de la procédure d'objectivité. Or, dans certains cas, il peut avoir ses raisons de ne pas y consentir. Le régime prévu à l'article 93 comporte en effet un défaut majeur, en contradiction avec la règle européenne. Il confère à l'avocat de l'assuré le soin de trancher la divergence et, par suite, n'offre pas les garanties d'objectivité comparables à un arbitrage. Alors que son objet était de proposer à l'assuré un moyen plus commode que la voie judiciaire pour régler les désaccords avec l'assureur, il se peut que l'excès de protection accordé à l'assuré joue finalement en sa défaveur. Si l'assureur refuse de recourir à l'article 93 ou de saisir la commission mixte de protection juridique, l'assuré n'a d'autre choix que de recourir à la justice pour le contraindre à supporter les honoraires de son avocat.

Conclusion

39. Pour prévenir les conflits d'intérêts, le législateur européen établit le principe de la gestion distincte des sinistres qui se rapportent à la protection juridique. Service distinct, entreprise juridiquement distincte, remise du dossier à un avocat, tels sont les trois modes de gestion qu'il propose aux entreprises multibranches tout en proclamant que, quelle que soit l'option retenue, l'intérêt de l'assuré est garanti de façon équivalente. Il impose la solution du changement de gestionnaire, retirant le droit de défendre l'assuré à celui qui traite les aspects de la même affaire au titre d'une autre branche d'assurance, et tient pour acquis que celui qui est chargé du volet relatif à la protection juridique est étranger au conflit d'intérêts. D'un côté, il admet que le gestionnaire du département distinct dans la compagnie multibranche traite le sinistre même si l'adversaire de l'assuré est cette compagnie multibranche, à un autre titre que celui d'assureur protection juridique. De l'autre, il entrevoit des conflits d'intérêts dans une entreprise spécialisée qui fait partie d'un groupe d'entreprises. Quoi qu'on en dise, les règles destinées à prévenir les conflits d'intérêts ont paradoxalement été définies au prix d'une entorse à la protection de l'assuré. Il appartient en définitive au gestionnaire de décider lui-même s'il peut défendre l'assuré. Spécialement le gestionnaire du département distinct de l'entreprise multibranche devra, le cas échéant, au nom du principe de l'exécution de bonne foi des contrats, se retirer et conseiller à l'assuré de choisir un avocat.

Si la norme européenne fait largement confiance à l'assureur en matière de prévention des conflits d'intérêts, la règle belge, de son côté, protège un peu trop l'assuré dans le règlement des divergences d'opinion. La procédure qui est organisée à l'article 93 de notre loi porte en effet mal le nom qui lui est habituellement donné. Elle n'offre pas à l'assureur la garantie que la décision sera prise objectivement. En ce sens, notre législateur n'a pas respecté la prescription européenne.

En principe, l'assuré et l'assureur décident ensemble du moment où il faut introduire une procédure. L'assuré est maître de ses intérêts mais, comme sa défense fait l'objet de la couverture, il doit prévenir l'assureur de ce qu'il compte faire pour exercer ses droits. Il ne peut engager aucune dépense ni *a fortiori* aucune dépense inconsidérée sans l'accord de l'assureur. L'un et l'autre doivent exécuter le contrat de bonne foi. Si un désaccord surgit, il y a lieu à la notification et à la consultation de l'avocat régie par l'article 93. Ce dernier peut être appliqué aussi bien lorsque la divergence porte sur le bien-fondé de la prétention que l'assuré entend formuler contre l'adversaire (les droits invoqués ont-ils un fondement suffisant pour agir en justice?) que sur la tactique à suivre pour mener la défense (est-il opportun de saisir le juge maintenant ou doit-on encore patienter?). Il doit permettre de trouver une solution de bon sens afin que l'assureur réponde au besoin de protection juridique dans des conditions normales. L'avocat consulté dans ce cadre doit

donc jouer le rôle d'un arbitre, même s'il est choisi par l'assuré. Il doit déterminer ce qu'il convient de faire pour poursuivre la défense en collaboration avec l'assureur, en tenant compte et des intérêts de l'assuré -- objet de la couverture -- et de ceux de l'assureur, qui ne doit supporter que les frais nécessaires à cette défense. S'il ne peut se détacher de la cause de l'assuré ou s'il a déjà exprimé l'opinion que conteste l'assureur, il doit refuser la mission. L'assuré doit alors faire appel à un autre conseil, au pire engager un procès contre l'assureur à moins que celui-ci et l'avocat ne saisissent l'une des deux commissions mixtes de protection juridique qui ont été instituées pour pallier le vice d'un mode de règlement des différends qui, s'agissant de désigner la personne appelée à résoudre ceux-ci, confère une situation privilégiée à l'une des parties en cause.