

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

L'assurance de protection juridique

Nature du contrat,

assurabilité du risque

par Marcel Fontaine

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
S. 101.001

Doc. 82/11

Exposé présenté le 14 mai 1982
aux IIIèmes "Leuvense
Verzekeringsdagen".

L'assurance de protection juridique.

Nature du contrat, assurabilité du risque.

Notre exposé sera consacré à l'examen de quelques aspects juridiques particuliers de l'assurance de protection juridique, mais il s'agit d'aspects relativement fondamentaux, portant sur deux questions de base. En premier lieu, l'assurance de protection juridique est-elle véritablement un contrat d'assurance ? En second lieu, les risques en cause sont-ils assurables, c'est-à-dire satisfont-ils aux exigences juridiques relatives à l'assurabilité du risque ?

Ces deux questions sont évidemment loin d'épuiser l'ensemble des aspects juridiques de la matière. D'autres aspects importants sont traités dans la suite du programme, notamment toutes les questions relatives aux conflits d'intérêts, à l'option entre sociétés multi-branches et sociétés spécialisées, et au problème du libre choix de l'avocat.

I. - NATURE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE.

Quelle est la nature juridique du contrat d'assurance de protection juridique ? S'agit-il d'un véritable contrat d'assurance ? Dans l'affirmative, de quel type ?

1) Contrat d'assurance ?

L'intérêt du problème est qu'un contrat d'assurance est soumis à un régime juridique bien spécifique, qu'il s'agisse des relations entre parties (application de la loi du 11 juin 1874, notamment en ce qui

concerne les problèmes de réticences et fausses déclarations, l'application du principe indemnitaire, la subrogation de l'assureur, le régime de la faute lourde, la prescription, etc...), ou de l'application de la législation de contrôle du 9 juillet 1975.

Y a-t-il des raisons de douter ? A première vue, le contrat de protection juridique est proposé par une compagnie d'assurances, il s'incarne dans une police, l'assureur perçoit des primes. Autant d'indices de nature à suggérer la présence d'un contrat d'assurance.

L'hésitation résulte de la nature de la prestation de l'assureur, lorsqu'il s'agit de couvrir des frais, voire parfois d'apporter à l'assuré une assistance en nature sous forme d'avis, de conseils, de démarches. Ces types de prestations, couverture de frais ou assistance en nature, ont suscité certains doutes concernant la nature du contrat.

a) En premier lieu, le remboursement des frais paraît bien être une forme d'indemnisation compatible avec la prestation d'un assureur.

Le problème a cependant fait l'objet de discussions en France, à la suite de deux arrêts de la Cour de cassation, rendus les 11 février 1891 (1) et 4 février 1913 (2) à propos de sociétés qui se qualifiaient de sociétés de "contre-réassurance". Ces sociétés fournissaient à leurs affiliés une sorte de protection juridique dans leurs rapports avec les compagnies d'assurances. L'une s'engageait à examiner les polices de ses assurés auprès d'autres compagnies, à y rechercher des causes de déchéance, et à faire "régulariser", à ses frais, les polices défectueuses, le cas échéant devant un tribunal. L'autre offrait, en cas de litiges contre des assureurs, des consultations et des avis, ainsi que la couverture des frais d'expertise, de procédure et des honoraires d'avocats.

(1) Cass. fr., 11 févr. 1891, Dall. Pér., 1891, I, 197.

(2) Cass. fr., 4 févr. 1913, Dall. Pér., 1914, I, 79.

La Cour de cassation française paraît avoir apprécié la nature de ces engagements par référence à l'indemnisation des sinistres couverts par les polices "protégées", sans comprendre l'objet spécifique des polices de "contre-réassurance" proprement dites. Pour la Cour, il ne s'agissait pas d'assurance, faute d'engagement de payer ces sinistres. La Cour n'a pas aperçu que la prestation propre à l'assurance de protection juridique consistait notamment dans la prise en charge des frais de procédure suscités par le litige relatif à la mise en oeuvre des polices "protégées".

Un commentateur de l'arrêt de 1891 est tombé dans la même erreur, en formulant une considération supplémentaire. Pour lui, la prestation proposée ne pouvait constituer un véritable "risque", car s'assurer contre une perte de procès n'est pas assurable, "les arrêts de la justice ne devant pas être comparés aux caprices de la fortune" (1).

En réalité, l'objet de l'assurance de protection juridique n'est pas d'accorder l'indemnité refusée par une décision judiciaire, mais de rembourser les frais de procédure que celle-ci soit gagnée ou perdue. Cet aspect fondamental a été complètement méconnu par ces deux décisions. Cette jurisprudence l'a cependant emporté en France pendant de nombreuses années, d'autant plus qu'une confusion s'est créée dans les esprits entre la garantie des frais de procès et certaines pratiques de sociétés de défense fiscale (2).

(1) Note au Dall. Pér., 1891, I, 197, sous l'arrêt précité.

(2) Cfr. A. BESSON, note sous Cass. fr., 18 janv. 1939, Dall. Pér., 1939, I, 91.

Le 18 janvier 1939, la Cour de cassation française rendit un nouvel arrêt concernant une police de protection juridique prévoyant la couverture des frais de justice et diverses démarches de la part de l'assureur (1). Pour la Cour, cette fois-ci, en ce qui concerne la couverture des frais, il s'agit bien d'une assurance : on est en présence d'un risque futur et incertain, couvert par une prime, l'assureur s'engageant à une certaine prestation. Le Professeur Besson, dans une note approbative, attira l'attention sur deux problèmes : celui qui se pose si la prestation consiste, à titre principal, en une assistance en nature (on y reviendra), et certaines des difficultés liées à l'assurabilité du risque (on y reviendra également) (2).

La solution de ce dernier arrêt ne paraît pas avoir été remise en cause depuis lors en France. Dans notre pays, à notre connaissance, la jurisprudence n'a pas pris position, bien que la doctrine ait fait écho des controverses françaises, en approuvant l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1939 (3). Le remboursement des frais est intestablement l'indemnisation d'un sinistre : non pas le sinistre qui est l'objet même du litige, mais le sinistre constitué par le coût du litige lui-même.

b) La seconde difficulté est liée au fait que l'assureur offre certaines prestations en nature. Une police utilisée sur le marché belge prévoit par exemple que la compagnie recherche "... elle-même un règlement extra-judiciaire avant qu'un avocat ne soit mandaté". S'agit-il toujours d'assurance ?

(1) Cfr. note précédente.

(2) A. BESSON, note précitée.

(3) J. BENOIT, L'assurance des frais de justice, Bull. Ass., 1942, pp. 601-602 ; R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, Précis des assurances terrestres en droit belge, II, n° 520.

Les sociétés françaises de défense fiscale, évoquées plus haut, faisaient leur activité essentielle de l'examen fiscal des affaires de l'adhérent, l'introduction des réclamations éventuelles, et le paiement des frais de procédure, mais ici à titre accessoire. Pour l'essentiel, il s'agissait de rendre des services salariés, et dans tous les cas, c'est-à-dire indépendamment de tout litige. La couverture du risque de frais de litiges n'était plus qu'éventuelle et accessoire. Dès lors, il ne s'agissait plus d'un contrat d'assurance, mais d'un mandat, ou éventuellement d'un contrat d'entreprise (1).

Cette analyse mérite l'approbation. Mais certains l'appliquent également à la protection juridique elle-même, malgré le fait que l'assistance, au lieu d'être prestée dans tous les cas, n'intervient qu'en cas de litige.

Pour Picard et Besson, notamment, la prestation de l'assureur est nécessairement de nature pécuniaire. Ces auteurs évoquent les clauses de direction de procès et l'assurance défense et recours, pour estimer que ces pratiques ne relèvent de l'assurance que si la prestation de services reste accessoire (2). Cette solution est en fait favorable à la nature d'assurance de la branche, puisque le caractère accessoire est en général présent, mais sur le plan des principes, la prise de position est défavorable.

D'autres auteurs distinguent selon que l'assureur fournit lui-même les services, ou qu'il se borne à promettre de les fournir mais les fait exécuter par des tiers, en recourant par exemple à la consultation de spécialistes extérieurs. Dans ce second cas, il s'agirait d'une véritable assurance (3). Cette prise de position consacre la même solution de

(1) Cfr. note A. BESSON, précitée.

(2) M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français, 1970, I, n° 32.

(3) C. FALQUE, Les sociétés de défense en justice sont-elles des sociétés d'assurances ?, Rev. Gén. Ass. Terr., 1935, p. 20 ; J. BENOIT, op. cit., p. 610.

principe, d'après laquelle une prestation de service ne pourrait pas constituer une prestation d'assurance.

Le tribunal civil de Bruxelles, saisi du problème en 1962, n'a pas tranché sur ce point. L'assureur a été condamné à rendre les services qu'il avait promis par contrat, mais le tribunal a estimé sans intérêt pour le litige de préciser s'il s'agissait ou non d'une prestation d'assurance (1).

A notre avis, il n'est nulle part écrit qu'une prestation d'assurance soit nécessairement une prestation pécuniaire. L'article 1er de la loi du 11 juin 1874 utilise le terme "indemniser", c'est-à-dire réparer le dommage. Cette expression est empruntée au droit de la responsabilité, où l'on sait que la réparation peut en principe se faire en nature (2). Une telle prestation en nature ne crée pas de confusion avec d'autres contrats, comme l'entreprise ou le mandat salarié, dans la mesure où elle reste aléatoire.

Cette solution tend d'ailleurs à s'imposer. On citera le précédent des opérations d'assistance touristique, actuellement considérées comme relevant de l'assurance, tant par les services belges de contrôle que par la proposition de directive communautaire du 13 janvier 1981 (3). Une partie de la doctrine évoque d'ailleurs la prestation de services parmi les objets possibles des obligations de l'assureur, sans paraître y voir la source d'éventuels problèmes relatifs à la nature du contrat (4).

(1) Civ. Bruxelles, 13 avril 1962, Journ. Trib., 1963, 108.

(2) R.O. DALCQ, Traité de la responsabilité civile, II, n° 4154-4155.

(3) J.O.C.E., 10 mars 1981, C 51.

(4) Cfr. notamment S. FREDERICQ, H. COUSY et J. ROGGE, Overzicht van rechtspraak (1969-78). Verzekeringen, Tijdschr. voor Privaatr., 1981, p. 444.

Le point paraît à présent acquis. Le fait que l'assureur preste des services n'est pas un obstacle à la nature d'assurance du contrat, même si cette prestation n'est pas nécessairement accessoire, ni effectuée par un tiers, mais pourvu qu'elle reste aléatoire. Cette solution ne préjuge évidemment pas d'autres aspects du problème, par exemple ceux qui sont relatifs aux rapports avec le Barreau.

2) Assurance de choses.

Si l'assurance de protection juridique relève de la nature juridique du contrat d'assurance, elle se range parmi les assurances de choses (1). Le dommage couvert en effet est l'atteinte directe au patrimoine de l'assuré et non une atteinte à sa personne. Ce n'est pas non plus d'une assurance de responsabilité, puisqu'il s'agit de couvrir des prestations et des frais que l'assuré doit supporter lui-même, et non qu'il doit rembourser à un tiers.

S'il s'agit d'une assurance de choses, une série de conséquences en découlent. On lui appliquera notamment l'article 22 de la loi du 11 juin 1874, octroyant à l'assureur ayant indemnisé son assuré la subrogation légale contre les tiers responsables.

Mais on notera pour le surplus une importante particularité, qui ne semble pas avoir été relevée jusqu'ici. Il s'agit d'une assurance de choses où la valeur assurable n'est pas déterminable a priori, car les frais éventuels sont potentiellement illimités. Cette assurance de choses ressemble à cet égard aux assurances de responsabilité illimitée. Il en découle plusieurs conséquences remarquables : voici en effet une assurance de choses où

(1) Dans ce sens, cf. notamment R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, op. cit., II, n° 521 et 524.

ne peut jouer la règle proportionnelle, où ne trouve pas à s'appliquer le régime de la surassurance, où le régime des assurances multiples connaît des difficultés de mise en oeuvre analogues à celles que rencontrent les assurances de responsabilité illimitée (1). Cette constatation est intéressante du point de vue de la théorie du droit des assurances.

X

X

X

Deux conclusions se dégagent de cette première partie :

- 1° L'assurance de protection juridique est un contrat d'assurance, même si la prestation de l'assureur consiste en services rendus et non en paiements de sommes d'argent, pourvu que cette prestation reste aléatoire.
- 2° L'assurance de protection juridique est une assurance de choses, mais une assurance d'un type particulier, car la valeur assurable n'est pas déterminée a priori. Le régime applicable est analogue à celui qui s'applique aux assurances de responsabilité illimitée.

II. - ASSURABILITE DES RISQUES DE PROTECTION JURIDIQUE.

La seconde partie de cet exposé sera consacrée à l'examen du risque assurable en assurance de protection juridique. Nous tenterons de répondre à une double question. En premier lieu, les risques dont la couverture est actuellement disponible en protection juridique sur le marché belge sont-ils assurables du point de vue des exigences du droit des assurances ? D'autre part, les risques qui actuellement ne sont pas couverts,

(1) Cf.. M. FONTAINE, Droit des assurances, n° 40.

notamment ceux qui font l'objet d'exclusions expresses, seraient-ils assurables du point de vue juridique ? En d'autres termes, les obstacles à leur couverture sont-ils essentiellement de nature non juridique, mais par exemple financière ou technique ? Pourrait-on envisager leur couverture si ces obstacles étaient levés ?

L'exposé comportera deux parties. Nous ferons d'abord un inventaire rapide des couvertures disponibles et des couvertures exclues dans la pratique actuelle ; nous procéderons ensuite à la confrontation des différents risques en cause avec les exigences du droit des assurances concernant l'assurabilité du risque.

1) Etat de la pratique.

Quel est en premier lieu l'état de la pratique ? Une distinction doit être faite entre les cas de couvertures accessoires à des couvertures principales de types différents, qui sont en général offertes par des compagnies non spécialisées, et les cas de couvertures de protection juridique offerte à titre principal.

a) En ce qui concerne d'abord les couvertures accessoires, la couverture la plus répandue est la "contre-assurance spéciale" (C.A.S.) automobile, parfois également appelée "défense et recours". Elle prévoit en principe la couverture des frais de justice et d'honoraires d'avocat, ainsi que des frais d'expertise, concernant la défense pénale de l'assuré en cas d'infraction aux lois et règlements de la circulation routière, ainsi que d'homicide ou de blessures par imprudence liés à l'utilisation du véhicule assuré, ainsi que la couverture des frais relatifs à l'action civile comme demandeur pour obtenir réparation des dommages corporels et matériels subis lors de l'utilisation du véhicule désigné. Le cas échéant, une couverture complémentaire est celle de l'insolvabilité des tiers.

Une autre couverture accessoire très fréquente est celle de protection juridique liée à l'assurance de responsabilité civile familiale. Il s'agit aussi de couvrir la défense pénale de l'assuré en cas de sinistre couvert par la garantie de responsabilité civile, ainsi que le recours civil lorsqu'il s'agit d'un sinistre qui aurait été couvert en responsabilité civile si l'assuré en avait été l'auteur et non la victime. L'objet de l'assurance est d'assurer la défense de l'assuré, d'exercer des recours et de prendre des frais en charge. Cette couverture est beaucoup plus large que la C.A.S. automobile, mais elle ne vise que les cas où la responsabilité civile délictuelle est en jeu.

Il existe aussi des couvertures accessoires à une assurance individuelle accidents, qui couvrent le paiement des frais exposés en vue de recouvrer l'indemnisation due par le tiers responsable d'un accident garanti, ainsi que des garanties liées à l'assurance incendie, où il s'agit cette fois de couvrir le recours contre le tiers responsable d'un dommage couvert par la police.

Enfin, d'autres couvertures sont accessoires à des assurances de responsabilités diverses, par exemple la responsabilité civile exploitation, ou la responsabilité civile chasse.

b) Les couvertures offertes à titre principal sont en général proposées par des compagnies spécialisées. Elles offrent une série de formules, qui combinent différents groupements de risques.

A titre d'exemple, une "police globale vie privée et professionnelle" va couvrir le recours civil, la défense pénale et les litiges du droit du travail. Des extensions facultatives sont disponibles concernant les conflits relatifs aux locations immobilières, aux contrats de la vie privée, ainsi que l'assistance après incendie. D'autres extensions possibles, qui peuvent également faire l'objet de garanties séparées, concernent les

couvertures relatives à l'usage des véhicules : recours civil, défense pénale, assistance à propos des contrats relatifs aux véhicules, insolvabilité des tiers, rapatriement, retrait du permis de conduire (Il s'agit, dans ce dernier cas, de défendre l'assuré dans des procédures relatives à pareil retrait, et non de fournir une indemnisation pour les conséquences pécuniaires du retrait lui-même). Les couvertures à titre principal sont généralement assorties d'une série d'exclusions, d'une importance correspondant à la vaste portée de principe de la couverture elle-même.

On relèvera notamment les exclusions relatives aux risques de guerre, aux risques nucléaires, aux problèmes liés au droit des sociétés, à la représentation commerciale, à la faillite, à la propriété industrielle, aux cautions, aux avals, à certaines assurances, au droit des personnes, des successions et des régimes matrimoniaux, aux droits réels, aux dégâts miniers et aux litiges relatifs à la construction, au droit fiscal, aux litiges de la compétence du Conseil d'Etat ou de tribunaux internationaux. D'autres exclusions concernent la défense de l'assuré en responsabilité civile, la cession de droit litigieux et les infractions intentionnelles.

2) Problèmes d'assurabilité.

Après avoir esquissé ce bref aperçu des couvertures actuellement disponibles sur le marché belge, interrogeons-nous sur les exigences du droit des assurances quant à l'assurabilité du risque, par référence à ces différentes couvertures et aux exclusions qui les accompagnent.

Le risque est un élément essentiel du contrat d'assurance. C'est lui qui confère au contrat sa nature aléatoire. On le sait, il s'agit d'un événement futur et incertain, dont la réalisation, appelée sinistre, provoque la prestation de l'assureur (1). Le risque doit répondre à certaines

(1) M. FONTAINE, op. cit., n°s 11 et 14.

exigences techniques pour être assurable : fréquence, homogénéité, etc... Mais il doit aussi satisfaire à des exigences juridiques, dont certaines sont l'écho d'exigences techniques, tandis que d'autres répondent à des soucis spécifiquement juridiques.

Nous examinerons cinq aspects principaux, qui connaissent d'ailleurs entre eux des recoupements partiels :

- a) Inassurabilité des risques cumulatifs et catastrophiques,
- b) Inassurabilité des risques putatifs,
- c) Inassurabilité des risques purement potestatifs,
- d) Inassurabilité du dol ou de la faute lourde,
- e) Inassurabilité des risques illicites.

Les différentes couvertures de protection juridique disponibles, ainsi que les exclusions, vont être successivement confrontées à chacune de ces exigences.

a) Exclusion des risques cumulatifs et catastrophiques.

L'article 19 de la loi du 11 juin 1874 écarte de la couverture les risques de guerre et d'émeute (1). Rien d'original à ce sujet concernant l'assurance de protection juridique. Cette exclusion se trouve confirmée dans les polices, où elle accompagne l'exclusion analogue des risques nucléaires. Cette exclusion n'est pas d'ordre public, mais elle devrait normalement être maintenue pour des raisons techniques, sauf peut-être dans le cadre de couvertures spéciales.

Un autre aspect mérite cependant d'être soulevé à propos de ces risques cumulatifs. Qu'en est-il du risque de licenciement en période

(1) Ibid., n° 20.

de crise ? Ce risque présente un caractère cumulatif. Il n'est cependant pas, semble-t-il, exclu par les clauses qui couvrent les litiges relevant de la compétence du tribunal du travail.

b) Exclusion des risques putatifs.

L'article 28 de la loi du 11 juin 1874 interdit d'assurer un risque déjà réalisé (1). Le problème se pose en termes particuliers dans une assurance où le sinistre est évolutif. Or, comme dans les assurances de responsabilités (2), le risque assuré en assurance de protection juridique présente souvent ce caractère. Le litige peut naître de manière soudaine (accident de la circulation qui entraîne une inculpation pénale, incendie qui suscite un problème d'évaluation du dommage), mais il apparaît fréquemment de manière progressive. C'est notamment le cas de nombreux litiges relatifs à l'exécution de contrats, sans parler de l'hypothèse du divorce. Le risque existe par conséquent qu'on ne souscrive une assurance de protection juridique qu'au moment où l'on sent un litige mûrir, ce qui provoque un danger évident d'anti-sélection.

La solution, cependant, n'est pas toujours nette par rapport à l'interdiction d'assurer les risques putatifs. Il n'est pas sûr, par exemple, qu'un assureur puisse se prévaloir de l'article 28 de la loi du 11 juin 1874 s'il s'avère qu'un différend concernant un bail était entamé avant la conclusion du contrat d'assurance, car la localisation du sinistre dans le temps est imprécise. A partir de quel moment, en effet, peut-on considérer qu'il y a véritablement "litige" ?

(1) Ibid., n° 14.

(2) Ibid., n° 39.

Les assureurs de protection juridique répondent à ce problème par le procédé du délai d'attente, ou stage, prévu à propos de la couverture de certains litiges. Un délai de trois mois peut être considéré comme suffisant en de nombreux cas. Mais qu'en est-il par exemple du risque de divorce ? Ne faudrait-il pas, à la limite, exiger la souscription le jour du mariage ?

c) Exclusion des risques purement potestatifs.

Le problème des risques purement potestatifs est vraiment fondamental. Le risque assuré ne peut dépendre de la volonté de l'assuré, ou tout au moins exclusivement de sa volonté. Sinon, il n'y a plus d'aléa, condition nécessaire à l'assurance (1).

Le problème est lié à celui de l'exclusion du dol et de la faute lourde, prévue par l'article 16 de la loi, mais les deux questions ne se confondent pas. Il existe en effet des risques purement potestatifs dont la réalisation par l'assuré n'implique aucun dol (Le "risque", par exemple, de décider de partir en vacances). Par ailleurs, l'exclusion du dol concerne aussi des risques qui, en soi, ne sont pas nécessairement purement potestatifs (Par exemple, le risque d'incendie, ou le risque d'un accident d'automobile). On traitera d'abord de l'exclusion des risques purement potestatifs, sans viser particulièrement le cas du dol et de la faute lourde ; ces derniers comportements de l'assuré feront ultérieurement l'objet d'un examen distinct.

Les risques purement potestatifs, qui dépendent exclusivement de la volonté de l'assuré, sont inassurables en soi : ils sont la négation du caractère aléatoire qui est essentiel au contrat d'assurance. Le problème est particulièrement aigu en assurance de protection juridique, car l'assuré y joue souvent un rôle dans la création des circonstances qui suscitent le besoin de couverture.

(1) Ibid., n° 14.

Le point de départ de la discussion réside dans la définition précise des notions de "risque" et de "sinistre". Le risque, c'est le besoin d'assistance juridique, c'est la situation où l'assuré requiert objectivement une protection juridique pour éviter un dommage patrimonial. L'assuré se trouve confronté au coût devenu indispensable de la gestion du sinistre dans lequel il est entraîné. C'est ce que l'on pourrait appeler le risque de "crise juridique". Le sinistre, quant à lui, c'est la réalisation du risque, c'est-à-dire l'apparition de cette crise.

Ces définitions, semble-t-il, vont au fond des choses. Mais on aperçoit immédiatement la difficulté de leur mise en oeuvre. Quand y a-t-il vraiment besoin d'assistance juridique ? Le problème est d'abord de déterminer le moment du sinistre. Cet aspect a déjà été évoqué plus haut. Mais on soulignera ici le danger que le risque ne présente un caractère potestatif, car la crise juridique peut être parfois provoquée par l'assuré lui-même.

Il y a, semble-t-il, une ventilation à opérer.

En premier lieu, il existe une série de cas où le risque de crise juridique paraît bien ne pas dépendre exclusivement du fait de l'assuré, c'est-à-dire ne pas être purement potestatif. Nous visons par là, notamment, la défense au pénal. L'initiative de l'action ne vient pas de l'assuré. On en dira autant de certains risques automobiles, tels que le retrait de permis de conduire, l'insolvabilité de tiers, ou le rapatriement du véhicule. Ce sont toujours des événements où l'intervention d'une cause étrangère à la volonté de l'assuré est manifeste. On évoquera encore les risques de recours civils liés à des sinistres couverts en soi à titre de garantie principale, par exemple, les recours civils en C.A.S. auto, en assurance individuelle contre les accidents corporels, ainsi que les recours relatifs à des sinistres couverts en responsabilité civile familiale, exploitation ou chasse, et que l'assistance après incendie, en ce qui

concerne l'évaluation du dommage. Les derniers sinistres énumérés sont liés à la réalisation de risques à caractère aléatoire, bien circonscrits par la police offrant la garantie principale.

Les difficultés véritables commencent lorsque l'on quitte le droit pénal et le droit de la responsabilité délictuelle, pour entrer dans des matières telles que le droit des contrats, le droit des personnes ou le droit public.

En ce qui concerne d'abord les couvertures de ces types actuellement disponibles (litiges du droit du travail, relations propriétaire-locataire, contrats relatifs aux véhicules, contrats en général), il est beaucoup plus délicat de déterminer quand un litige n'a pas été entièrement suscité par l'assuré lui-même. Il est des esprits chicaniers et querelleurs, et il ne faudrait pas que l'assurance de protection juridique finance ce genre d'attitudes. Certes, il existe des situations où la crise juridique paraît bien avoir pour origine le fait du co-contractant, ce qui exclut le caractère purement potestatif : licenciement de l'assuré, non paiement du loyer par un locataire. Mais les choses sont souvent moins évidentes. Comment apprécier à cour sûr la situation d'un propriétaire qui prétend agir contre un locataire à propos d'un litige né de l'état des lieux dressé à l'expiration du bail ? Ou encore le cas d'un salarié qui veut agir contre son employeur à la suite d'une modification de ses fonctions ?

Une solution serait d'enlever au risque son caractère purement potestatif en ne faisant plus dépendre sa réalisation de la seule appréciation de l'assuré. L'idée est d'organiser un filtrage par l'assureur des cas de couverture. Dans une police, par exemple, on lit que "la compagnie assume, après sinistre, et lorsqu'elle se justifie, la défense des intérêts juridiques de l'assuré" (nous soulignons). Le sinistre ne dépend plus de la seule volonté de l'assuré.

Mais le problème risque alors de se poser en sens inverse : n'est-ce pas la prestation de l'assureur, cette fois, qui dépend de sa seule appréciation, et le risque ne devient-il pas purement potestatif dans son chef ? L'assureur, cependant, ne peut refuser en tout arbitraire. Il ne peut trancher qu'après une appréciation sérieuse des chances de succès et du caractère non abusif de la prétention de l'assuré, c'est-à-dire en fonction de critères plus ou moins objectifs.

Il n'empêche que pareille solution reste délicate, car elle engendre des conflits d'intérêts fondamentaux entre parties. C'est pourquoi des systèmes plus satisfaisants ont été mis sur pied. Dans certains cas, l'assureur s'engage à couvrir les frais du procès que gagnerait l'assuré s'il agit malgré l'avis négatif de la compagnie. Dans d'autres cas, l'intervention d'un tiers est prévue en cas de divergence d'opinions entre assureur et assuré, soit sous la forme d'un arbitrage, soit sous la forme de la décision d'un avocat choisi par l'assuré lui-même. Ce dernier système est préconisé tant par l'avant-projet de réforme de la loi de 1874, que par la proposition de directive européenne (art. 6). Il lève, à notre avis, l'obstacle à l'assurabilité, car le risque est désormais couvert dans des conditions objectives, soit l'accord de l'assureur et de l'assuré, malgré les intérêts divergents, soit l'avis d'un tiers autorisé.

Qu'en est-il des couvertures actuellement exclues ? Pourraient-elles être prises en charge dans des conditions analogues, sans contrevenir à l'inassurabilité des risques purement potestatifs ?

La réponse est sans doute affirmative en ce qui concerne les risques à dominante patrimoniale et juridique. On vise notamment les litiges relatifs aux droits réels, au droit des sociétés et des intermédiaires commerciaux, à la faillite, au cautionnement, à l'aval, aux assurances particulières actuellement exclues (bijoux, transport, assurance-crédit, assurance-caution, R.C. produits, perte de bénéfices), au droit

administratif, aux dégâts miniers, au droit fiscal, à la propriété industrielle, aux litiges relatifs à la construction, voire même à certains problèmes familiaux, en matière de succession ou de régimes matrimoniaux. Les réserves actuelles à l'assurabilité de ces risques semblent plutôt résulter de leur mauvaise connaissance (absence de statistiques, complexité des problèmes, difficultés d'appréciation technique), que de la prédominance particulière d'un élément potestatif. De ce point de vue, ces risques devraient pouvoir être assurés avec les mêmes techniques que les risques actuellement couverts.

Par contre, la réponse est bien négative à propos de l'exclusion des litiges nés de la cession de droits litigieux après sinistre. Ici, la prise en charge du litige dépend exclusivement de la volonté délibérée de l'assuré, et le risque est évidemment inassurable.

Les difficultés réelles surgissent à propos de certains litiges relevant du droit des personnes, où dominent cette fois des aspects moraux plutôt que patrimoniaux, des aspects psychologiques et humains, c'est-à-dire subjectifs, plutôt que juridiques.

Un exemple type est celui de l'action en divorce (1) . N'est-ce pas, de manière caractéristique, l'exemple même du risque purement potestatif ? Il faudrait cependant d'abord distinguer l'action en tant que défendeur, où c'est le conjoint qui a pris l'initiative, et l'action en tant que demandeur. Dans ce dernier cas, les procédures de filtrage, évoquées plus haut, notamment l'appréciation par un tiers, seraient beaucoup plus délicate à mettre en oeuvre, car les critères d'appréciation ne sont pas exclusivement juridiques. Les obstacles à l'assurabilité sont donc importants, encore que certaines formules seraient, paraît-il, en voie d'élaboration, sinon déjà disponibles à l'étranger.

(1) On a déjà examiné plus haut le caractère éventuellement putatif de ce risque.

d) Exclusion du dol et de la faute lourde.

L'article 16 de la loi du 11 juin 1874 exclut en principe le dol et la faute lourde (1). Cette disposition est considérée comme d'ordre public quant au dol. En ce qui concerne la faute lourde, une controverse existe (2), mais une évolution nette se dessine dans le sens de l'assurabilité. C'est la solution de la plupart des législations étrangères, et c'est celle que propose l'avant-projet de réforme de la loi de 1874.

Certaines polices de protection juridique contiennent des dispositions spéciales excluant les couvertures relatives aux infractions pénales intentionnelles. Ces dispositions sont conformes aux principes. Le problème est cependant, qu'a priori, il peut y avoir contestation concernant ce caractère intentionnel, et les polices font alors dépendre la couverture du sens de la décision judiciaire à intervenir.

Pour le surplus, notamment à l'égard de toutes les procédures civiles, les polices paraissent silencieuses. Il en résulte, conformément à l'article 16 de la loi du 11 juin 1874, que le dol et la faute lourde sont bien exclus. On lit cependant, dans les dépliants publicitaires de certains assureurs de protection juridique, que la faute lourde n'est pas exclue ... Il y a là un réel problème d'interprétation de la couverture effectivement offerte.

(1) Cfr. M. FONTAINE, op. cit., n° 19.

(2) Cfr. S. FREDERICQ, L'assurance de la faute lourde, note sous Cass., 2 juin 1967, Rev. Crit. Jur. B., 1971, pp. 13-75.

e) Exclusion des risques illicites.

Cette dernière exclusion ne se confond pas avec la précédente, malgré certains recoupements : la couverture du dol serait évidemment illicite, mais pas nécessairement celle de la faute lourde. On vise ici les couvertures illicites en soi, même si la réalisation du sinistre n'est due ni au dol ni à la faute lourde. Par exemple, l'assurance contre l'incendie d'une marchandise de contrebande. C'est l'intérêt assuré, cette fois, qui est illicite.

Certains cas pourraient se présenter en assurance de protection juridique. Dans la couverture de la défense pénale, s'il est permis d'assurer les frais du procès, il est exclu pour illicéité de couvrir le paiement des amendes (1). Evoquons aussi le cas de l'assurance transaction, actuellement écartée du marché, qui a fait couler beaucoup d'encre (2). Qu'en est-il de l'assurance du retrait du permis de conduire ? L'assurance de protection juridique ne l'englobe pas, on l'a dit. Elle ne couvre que les frais de procédure relatifs à ce retrait, ce qui est parfaitement licite (3). Mais on pourrait aussi imaginer une assurance de protection juridique appliquée à des opérations illicites, par exemple, à des litiges relatifs à l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (contrats relatifs à la prostitution, au jeu, au trafic de stupéfiants, opérations destinées à réaliser une fraude fiscale, entente contraire au droit de la concurrence, etc...).

(1) Cfr. notamment R. CARTON DE TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, op. cit., I. n° 519.

(2) Cfr. X. MALENGREAU, L'assurance-transaction, Rev. Gén. Ass. Resp., 1979, n° 9989.

(3) L'assurance du retrait du permis de conduire proprement dite n'est d'ailleurs probablement pas illicite non plus, dans la mesure où sans faire échec à l'efficacité de la condamnation, elle indemnise les préjudices qui en résultent indirectement (taxis, chauffeurs, etc...).

Des cas de couvertures illicites sont donc concevables, mais ils ne paraissent pas se poser dans la pratique, tout au moins depuis que le cas de l'assurance transaction a été réglé.

x x

x

En conclusion de la seconde partie, on relèvera que l'assurance de la protection juridique est en pleine phase de croissance. Elle cherche son domaine, et pour l'établir, elle doit se référer aux différentes exigences du droit des assurances concernant l'assurabilité du risque. Plusieurs aspects sont à considérer. L'exclusion des risques cumulatifs repose sur des motivations plus techniques. L'exclusion des risques putatifs est liée au problème de la prise d'effet de la convention. L'exclusion des risques purement potestatifs suscite un problème particulièrement aigu en droit des personnes, mais la solution peut être trouvée par les techniques qui ont été rappelées. L'exclusion du dol et de la faute lourde suscite surtout un problème à propos de la défense pénale. Enfin, l'exclusion des risques illicites ne semble pas ou plus créer de difficultés particulières.

Certains obstacles sont infranchissables, à juste titre, comme l'assurance du dol ou de l'illicéité. Mais d'autres obstacles sont susceptibles d'être surmontés au moyen d'aménagements techniques : c'est le cas par exemple des risques putatifs et des risques purement potestatifs. L'assurance de protection juridique a donc devant elle de grandes possibilités d'expansion.

×

×

×

Les réflexions qui précèdent sont optimistes quant à l'avenir de l'assurance de protection juridique. Mais avant d'achever cet exposé, je voudrais faire part d'une réflexion qui va peut-être chagriner tous ceux qui fondent leurs espoirs sur le développement de l'assurance de protection juridique.

Je reviens d'un voyage de plusieurs semaines au Japon. Dans ce pays fascinant, j'ai pu rencontrer quelques spécialistes du droit des assurances. Au cours de nos conversations, j'ai plusieurs fois évoqué le présent colloque, et tout l'intérêt que suscite actuellement l'assurance de protection juridique en Europe. La réaction de mes interlocuteurs a été la surprise, la désapprobation, voire l'indignation ...

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

Pourquoi ? Pour reprendre une expression du Professeur Noda, "les Japonais n'aiment pas le droit" (1). Il existe évidemment un droit japonais, et même un droit des assurances, d'inspiration européenne. Mais ce droit joue un rôle très secondaire comme instrument de régulation des rapports sociaux. En cas de litige, la première réaction d'un Japonais n'est pas de se situer sur le plan juridique, afin de proclamer son droit, et certainement pas de songer directement à une action en justice, qui fera triompher une thèse sur l'autre. Les Japonais ont horreur des conflits ouverts, et des décisions tranchées avec un gagnant et un perdant. En cas de litige, tous les efforts sont mobilisés pour le résoudre, soit à l'amiable, soit par la conciliation, à l'intervention d'un ami, d'un parent, d'un notable, d'un supérieur, voire d'un organisme officiel de conciliation (2). L'objectif est d'aboutir à une décision qui ne tranche pas nettement pour l'un ou pour l'autre, mais qui soit de nature à être acceptée par les deux parties.

Dans ce contexte, l'assurance de protection juridique paraît presque immorale, car elle facilite l'accès à la justice. Or, l'accès à la justice n'est pas une vertu au Japon.

La société européenne n'est pas la société japonaise. Ce que je viens de dire ne doit pas nous dissuader d'examiner les mérites du développement de l'assurance de protection juridique. Mais il y a peut-être une leçon à tirer quant à la problématique de l'accès à la justice. Il ne faut pas aller trop loin. Ce n'est pas nécessairement un signe de santé pour une société, quand à la moindre querelle, chacun a le réflexe

(1) Y. NODA, Introduction au droit japonais, Paris, 1966.

(2) N. KOYAMA, Introduction à la conciliation dans le droit japonais, Rev. Int. Dr. Comp., 1971, pp. 77-88.

de faire valoir ses droits. Il serait peut-être bon d'accompagner les efforts destinés à faciliter l'accès à la justice d'autres efforts en vue d'un règlement moins contentieux des litiges. Notre société est déjà tellement crispée. Un peu moins d'antagonisme, un peu plus d'harmonie dans les rapports sociaux, ne serait-ce pas une belle contribution à l'amélioration de la qualité de la vie ?

Marcel Fontaine
Professeur à la Faculté de Droit
de l'U.C.L.