Note

Libre choix par l'assuré d'une personne ayant les qualifications admises par la loi nationale pour l'assister dans le cadre d'une médiation

Béatrice Toussaint[1]

I. QUESTION PRÉJUDICIELLE

1. La question de l'application du libre choix de l'avocat dans le cadre d'une assurance protection juridique suscite un contentieux important et ce même si la disposition européenne initiale[2] n'a pas été modifiée de manière significative depuis 1987.

La question préjudicielle de la Cour constitutionnelle[3] adressée à la Cour de justice portait sur la liberté, pour le preneur d'assurance, dans le cadre d'un contrat d'assurance protection juridique, de choisir son représentant lors d'une procédure de médiation. Cette question était formulée dans le cadre d'un recours en annulation de la loi du 9 avril 2017[4] modifiant l'article 156 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, porté par les Ordres des barreaux belges.

Le nouvel article 156[5] consacre la liberté pour l'assuré de choisir[6] l'arbitre dans le cadre d'un arbitrage, le médiateur dans le cadre d'une médiation ou la personne *ad hoc* dans le cadre d'un autre mode non judicaire reconnu de règlement des conflits.

Cet article étend à la procédure d'arbitrage, mais non à la procédure de médiation, la liberté pour l'assuré de choisir « un avocat ou toute autre personne ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure pour défendre, représenter et servir ses intérêts ».

II. JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE DE LA COUR DE JUSTICE

2. La décision de la Cour de justice est dans la lignée de sa jurisprudence antérieure interprétant la directive n° 87/344 du 22 juin 1987 (*J.O.*, 1987, L. 185, p. 77), portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique. Cette jurisprudence peut être transposée aux dispositions de la directive n° 2009/138 du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exer-

---

1. Avocat.
2. La directive n° 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique, qui a été abrogée par la directive solvabilité II, prévoyait, à son art. 4:
« 1. Tout contrat de protection juridique reconnaît explicitement que:
a) lorsqu'il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne ayant les qualifications admises par la loi nationale, pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré, dans toute procédure judiciaire ou administrative, l'assuré a la liberté de le choisir;
(…) »
L'art. 201 de la directive n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), intitulé « Libre choix de l'avocat », prévoit:
« 1. Tout contrat d'assurance protection juridique prévoit explicitement:
a) que, lorsqu'il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne ayant les qualifications appropriées selon le droit national, pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré dans une procédure judiciaire ou administrative, l'assuré a la liberté de choisir cet avocat ou cette autre personne;
(…) »
3. Voir pour un commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 11 octobre 2018, n° 136/2018: C. VAN SCHOUBROECK, « Recente ontwikkelingen in het verzekeringsrecht, met aandacht voor de hervormingsplanning », *in* I. SAMOY et C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Trends en evoluties in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht ICAV III*, Intersentia, 2019, p. 68; J.-F. JEUNEHOMME, J. WILDEMEERSCH et B. LECARTE, *L'assurance protection juridique*, 2e éd., Anthemis, 2020, pp. 105 et 106.
4. Loi du 9 avril 2017 modifiant la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances et visant à garantir le libre choix d'un avocat ou de toute autre personne ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure pour défendre ses intérêts dans toute phase judiciaire, dans le cadre d'un contrat d'assurance de la protection juridique (*M.B.*, 25 avril 2017).
5. Art. 156 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances:
« Tout contrat d'assurance de la protection juridique stipule explicitement au moins que:
1° l'assuré a la liberté de choisir, lorsqu'il faut recourir à une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale, un avocat ou toute autre personne ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure pour défendre, représenter et servir ses intérêts et, dans le cas d'un arbitrage, d'une médiation ou d'un autre mode non judiciaire reconnu de règlement des conflits, une personne ayant les qualifications requises et désignée à cette fin;
2° chaque fois que surgit un conflit d'intérêts avec son assureur, l'assuré a la liberté de choisir, pour la défense de ses intérêts, un avocat ou, s'il le préfère, toute autre personne ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure. »
6. Le choix de l'arbitre ou du médiateur par l'assuré visé par l'art. 156 est en réalité un choix (parfois modalisé par la disposition applicable) des parties au litige et non d'une seule d'entre elles (l'assuré) (arbitrage (art. 1685 C. jud.), médiation extrajudiciaire (art. 1730 C. jud.), médiation judiciaire (art. 1734 C. jud.)).

cice (solvabilité II) (*J.O.*, 2009, L. 335, p. 1), qui régissent spécifiquement l'assurance protection juridique:

- l'objectif poursuivi par la section de la directive solvabilité II consacrée à l'assurance protection juridique (art. 198 à 205) est de protéger de manière large les intérêts des assurés[7];
- le paragraphe 1. de l'article 201 de la directive solvabilité II qui consacre la liberté de choix de l'assuré a une portée générale et une valeur obligatoire[8];
- l'assuré a le droit de choisir librement son représentant dans le cadre d'une procédure indépendamment de la survenance d'un conflit d'intérêts. L'assureur ne peut déroger à cette règle au cas où un grand nombre de preneurs d'assurance seraient lésés par un même événement en se réservant le droit de choisir lui-même le représentant légal de tous les assurés concernés[9];
- la section de la directive solvabilité II consacrée à l'assurance protection juridique ne vise pas à une harmonisation complète des règles applicables aux contrats d'assurance protection juridique des Etats membres, de sorte que, en l'état actuel du droit de l'Union, ces derniers restent libres de déterminer le régime applicable auxdits contrats, pour autant que les Etats membres exercent leurs compétences en ce domaine dans le respect du droit de l'Union et, en particulier, de l'article 201 de la directive solvabilité II[10];
- le niveau minimum de liberté qui doit être accordé à l'assuré est de choisir « son représentant » même si ce droit est « limité aux procédures judiciaires et administratives » et l'assuré a le droit de confier la défense de ses intérêts à un représentant dès qu'il est en droit de réclamer l'intervention de l'assureur au titre du contrat d'assurance, donc également avant toute procédure judiciaire ou administrative[11];
- l'assuré peut se voir opposer des limites géographiques à son choix de l'avocat pour autant que sa liberté de choix ne soit pas vidée de sa substance.[12] Cette réserve essentielle a été invoquée par le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles pour considérer que le produit d'assurance protection juridique qui octroie un plafond d'intervention nettement supérieur et supprime la franchise si l'assuré fait appel à un avocat labellisé par/partenaire de l'assureur viole le principe du libre choix de l'avocat. Le tribunal a dès lors ordonné la cessation de la commercialisation de ce produit jugé contraire aux pratiques honnêtes du marché[13];
- la liberté de choix de l'assuré ne peut être limitée aux seules situations dans lesquelles l'assureur décide qu'il faut faire appel à un conseil externe à l'entreprise d'assurance[14];
- l'exercice du droit de l'assuré de choisir librement son représentant n'exclut pas que, dans certains cas, des limitations aux frais supportés par les assureurs puissent être apportées[15];
- la notion de « procédure administrative » visée à l'article 201 de la directive solvabilité II comprend « une procédure au terme de laquelle un organisme public autorise l'employeur à procéder au licenciement du salarié, assuré en protection juridique »[16] ou encore « la phase de réclamation devant un organisme public au cours de laquelle cet organisme émet une décision susceptible de recours juridictionnels »[17];
- les conséquences financières éventuelles sur les systèmes d'assurance protection juridique ne sauraient conduire à une interprétation restrictive de l'article 201, 1., sous a), de la directive n° 87/344.[18]

---

7. C.J.C.E., 10 septembre 2009, C-199/08, *Eschig*, EU:C:2009:538, pt. 45. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. C. PARIS, « La Cour de justice réaffirme le droit de l'assuré en protection juridique de choisir librement son avocat », *J.T.*, 2010, p. 272; H. SMEYERS, « Heilig is de vrije keuze, maar is ze ook zaligmakend? Het *Eschig*-arrest en de toekomst van de rechtsbijstandsverzekering », *in Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Intersentia, 2011, p. 552; D. LINDEMANS, « Vrije keuze van advocaat. Inzake rechtsbijstand, ook in massaschadegevallen », *N.J.W.*, 2010, p. 175; C. VERDURE, « Arrêt *Eschig*: assurance protection juridique, choix de l'avocat et 'sinistre collectif' », *R.D.C.*, 2010, p. 38; C.J.U.E., 7 novembre 2013, C442/12, *Sneller*, EU:C:2013:717, pt. 24; pour un commentaire de cet arrêt, voy. C. PARIS, « L'arrêt *Sneller*: le libre choix de l'avocat est de droit en cas de procédure, non à tout moment », *R.D.C.*, 2010, p. 975; P.-H. DELVAUX, « A propos de la liberté de choix de l'avocat en matière d'assurance de protection juridique », *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.042.

8. C.J.C.E., 10 septembre 2009, C-199/08, *Eschig*, EU:C:2009:538, pt. 47; C.J.U.E., 26 mai 2011, C293/10, *Stark*, EU:C:2011:355, pt. 29; pour un commentaire de cet arrêt, voy. J. WILDEMEERSCH, « Arrêt *Stark*: libre choix de l'avocat et assurance protection juridique. Quand obligatoire ne veut pas dire absolu! », *R.E.D.C.*, 2012, p. 127 et C.J.U.E., 7 novembre 2013, C442/12, *Sneller*, EU:C:2013:717, pt. 25.

9. C.J.C.E., 10 septembre 2009, C-199/08, *Eschig*, EU:C:2009:538, pts. 58 et 68.

10. C.J.C.E., 10 septembre 2009, C-199/08, *Eschig*, EU:C:2009:538, pts. 65 et 66 et C.J.U.E., 26 mai 2011, C293/10, *Stark*, EU:C:2011:355, pt. 31.

11. C.J.C.E., 10 septembre 2009, C-199/08, *Eschig*, EU:C:2009:538, pts. 58 et 50.

12. C.J.U.E., 26 mai 2011, C293/10, *Stark*, EU:C:2011:355, pt. 36. Voir, sur l'équilibre contractuel entre les droits et les obligations des professionnels et des consommateurs: C. TOADER, « Méthodes d'interprétation en droit de l'Union européenne en matière de protection du consommateur: une approche pratique », *in De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruylant, 2013 p. 454.

13. Entr. Bruxelles (fr.) (cess.), 11 septembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 49 et 11 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 853. Voy. sur la question des plafonds d'intervention: C. PARIS, *Le régime de l'assurance protection juridique*, Larcier, 2004, p. 140.

14. C.J.U.E., 7 novembre 2013, C442/12, *Sneller*, EU:C:2013:717, pt. 23.

15. C.J.U.E., 7 novembre 2013, C442/12, *Sneller*, EU:C:2013:717, pt. 26.

16. C.J.U.E., 7 avril 2016, C-460/14, *Massar*, EU:C:2016:216, pt. 28.

17. C.J.U.E., 7 avril 2016, C-5/15, *AK*, EU:C:2016:218, pt. 26; pour un commentaire de cet arrêt, voy. J. ROGGE, « De vrije keuze van advocaat in rechtsbijstandverzekering nader gepreciseerd », *Bull. ass.*, 2017, p. 94.

18. C.J.U.E., 7 avril 2016, C-460/14, *Massar*, EU:C:2016:216, pt. 27; C.J.U.E., 7 avril 2016, C-5/15, *AK*, EU:C:2016:218, pt. 25.

III. CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

3. Sans reprendre les nombreux arguments avancés par l'avocat général SAUGMANDSGAARD ØE, la Cour de justice suit sa proposition de réponse à la question soulevée par la Cour constitutionnelle.

Après un exposé détaillé du droit de l'Union et du droit belge relatif à la question soulevée par la Cour constitutionnelle et de la jurisprudence de la Cour de justice, l'avocat général SAUGMANDSGAARD ØE estime que la médiation extrajudiciaire relève de la notion de procédure au sens de l'article 201, 1., a) de la directive solvabilité II pour six raisons principales:

– la médiation constitue une phase pendant laquelle les parties recherchent un mode de règlement amiable de leur différend et ne constitue qu'un autre moyen pour les intéressés d'obtenir une solution conforme à leurs intérêts. De plus, cette phase est un préalable obligatoire à une procédure judiciaire selon certaines législations nationales (pts. 94 à 96 Concl. de l'Av. gén.);
  Le rôle de l'avocat est analogue dans les processus de médiation et de réclamation (pt. 97 Concl. de l'Av. gén.);
– en droit belge, la médiation a un effet au moins équivalent, sinon supérieur, à celui de la réclamation, dès lors que la médiation suspend le cours de la prescription dès la signature du protocole de médiation extrajudiciaire (pt. 98 Concl. de l'Av. gén.);
– la phase de médiation aboutira à une procédure de nature juridictionnelle si le contenu de l'accord intervenu entre les parties doit être rendu exécutoire. Pour assurer l'efficacité et réduire les coûts, il est préférable que ce soit l'avocat qui aura assisté l'assuré au cours de la phase préalable de médiation qui l'assiste dans la phase juridictionnelle (pts. 100 et 101 Concl. de l'Av. gén.);
– le fait de garantir au preneur d'assurance de protection juridique le libre choix d'un avocat ou d'un représentant, en cas de médiation, contribue de manière efficace à la mise en œuvre de l'objectif visant à "faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges », énoncé à l'article 1er, 1., de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (pt. 102 Concl. de l'Av. gén.);
– une interprétation de la notion de « procédure judiciaire » limitée aux seules « procédures juridictionnelles » pourrait présenter des risques lorsque les Etats membres prennent des mesures législatives nationales qui consistent à transférer des attributions exercées traditionnellement par le juge à des organes civils ou administratifs chargés de recueillir l'accord des parties. En effet, dans ce cas, en raison de la nature juridictionnelle conférée à un tel accord, la question du choix du représentant revêt la même acuité (pt. 106 Concl. l'Av. gén.).

Selon l'avocat général, le droit belge ne s'oppose pas à une telle analyse:

– le Code judiciaire règle tant la médiation judiciaire que la médiation extrajudiciaire (pt. 113 Concl. de l'Av. gén.);
– dans le cadre de l'homologation de l'accord intervenu entre les parties, le contrôle de la contrariété à l'ordre public ou à l'intérêt de l'enfant revêt un caractère juridictionnel en ce qu'il implique une appréciation de fond allant au-delà d'un simple examen formel (pt. 114 Concl. de l'Av. gén.);
– la simple faculté de recourir à une homologation de l'accord est déterminante à l'instar de la phase de saisine d'une juridiction susceptible de succéder à une phase de réclamation (pt. 115 Concl. de l'Av. gén.).

IV. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE JUSTICE

4. Pour répondre à la question soulevée par la Cour constitutionnelle[19], la Cour rappelle que le libre choix du représentant a une portée générale et une valeur obligatoire qui, tenant compte des objectifs poursuivis par la directive, s'opposent à une interprétation restrictive de l'article 201 de la directive solvabilité II. Elle ajoute que la notion de « procédure administrative » doit être lue par opposition à celle de « procédure judiciaire » et que « l'interprétation des notions de 'procédure administrative' ou de 'procédure judiciaire' ne saurait être limitée en opérant une différenciation entre la phase préparatoire et la phase décisionnelle d'une procédure judiciaire ou administrative ».

5. La Cour précise que le terme « procédure » « ne comprend pas seulement la phase de recours devant une juridiction proprement dite, mais également une phase qui la précède et qui est susceptible de déboucher sur une phase juridictionnelle » (pt. 29). Dès lors, « toute phase, même préliminaire, susceptible de déboucher sur une procédure devant une instance juridictionnelle doit être considérée

19. C.C., 11 octobre 2018, n° 136/2018: « La notion de 'procédure judiciaire' visée à l'article 201, 1., a), de la directive n° 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle inclut les procédures de médiation extrajudiciaire et judiciaire prévues par les articles 1723/1 à 1737 du Code judiciaire belge? »

comme relevant de la notion de 'procédure judiciaire' au sens de l'article 201 de la directive n° 2009/138 » (pt. 31).

6. Elle constate que la médiation judiciaire est nécessairement ordonnée par un juge saisi d'un recours juridictionnel et représente une phase de la procédure judiciaire engagée devant une juridiction qui sera, en principe, liée par l'accord de médiation éventuellement obtenu par les parties.

Pour la Cour, il ne saurait être contesté que l'assuré a besoin d'une protection juridique lors de la phase de médiation qui, une fois entamée, fait partie intégrante de la procédure devant la juridiction qui l'a ordonnée. Une telle interprétation permet également à l'assuré de continuer à bénéficier de l'assistance du même représentant pour la phase proprement judiciaire de la procédure (pt. 33).

7. Le même sort est réservé à la médiation extrajudiciaire. Pour la Cour, la circonstance que celle-ci n'intervienne pas devant une juridiction ne permet pas de l'exclure de la notion de « procédure judiciaire » au sens de l'article 201 de la directive solvabilité II.

La Cour rappelle tout d'abord qu'une médiation extrajudiciaire est susceptible d'aboutir à un accord entre les parties pouvant être homologué par une juridiction qui est tenue par l'accord défini par les parties lors de la médiation, en dehors des hypothèses dans lesquelles celui-ci est contraire à l'ordre public ou, le cas échéant, à l'intérêt des enfants mineurs (art. 1733 C. jud.). L'ordonnance d'homologation présente, après avoir acquis force exécutoire, les mêmes effets qu'un jugement.

Selon la Cour, le rôle de l'avocat ou du représentant semble même être plus important dans le cadre d'une médiation extrajudiciaire que dans celui d'une réclamation introduite devant une autorité administrative dont l'issue ne lie ni une instance administrative ultérieure ni une juridiction administrative (pt. 37).

Le critère déterminant est donc le besoin de protection juridique de l'assuré dans le cadre d'un processus qui est susceptible de fixer définitivement sa position juridique, sans qu'il ait de possibilité réelle de modifier cette position au moyen d'un recours juridictionnel, compte tenu des effets de l'homologation de l'accord résultant de la médiation.

La Cour constate que les intérêts de cet assuré seront mieux protégés s'il peut, conformément à l'article 201 de la directive solvabilité II, choisir, aux fins d'une telle procédure, l'avocat ou la personne ayant les qualifications appropriées selon le droit national, à l'instar du preneur d'assurance qui soumettrait directement le litige au juge (pt. 38).

8. En second lieu, en ce qui concerne le contexte de l'article 201 de la directive solvabilité II, la Cour relève que le champ d'application de la section relative à l'assurance protection juridique est défini à l'article 198 de la directive solvabilité II de manière particulièrement étendue, dans la mesure où elle s'applique à l'assurance protection juridique « par laquelle une entreprise d'assurance s'engage, moyennant le paiement d'une prime, à prendre en charge des frais de procédure judiciaire et à fournir d'autres services directement liés à la couverture d'assurance, notamment en vue:

a) d'obtenir une indemnisation pour un dommage subi par l'assuré, à l'amiable ou dans une procédure civile ou pénale;

b) de défendre ou de représenter l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre, ou contre une réclamation dont il est l'objet ».

Une telle définition du champ d'application de cette section « confirme une interprétation large des droits de l'assuré prévus par ladite section dont notamment, celui de choisir son représentant visé à l'article 201 de la directive n° 2009/138 » (pt. 40).

9. Enfin, le droit de l'Union lui-même encourage le recours aux procédures de médiation, que ce soit au moyen de la directive n° 2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (*J.O.*, 2008, L. 136, p. 3) ou sur le fondement du droit primaire qui appelle le législateur de l'Union à adopter des mesures visant à assurer le « développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ».[20]

Il serait donc incohérent, souligne la Cour, que le droit de l'Union encourage l'utilisation de telles méthodes et restreigne, dans le même temps, les droits des justiciables qui décident de se prévaloir de ces méthodes (pt. 41).

10. La Cour conclut dès lors que « la notion de 'procédure judiciaire' visée par l'article 201, 1., sous a), de la directive solvabilité II inclut une procédure de médiation judiciaire ou extrajudiciaire dans laquelle une juridiction est impliquée ou susceptible de l'être, que ce soit lors de l'engagement de cette procédure ou après la clôture de celle-ci ».

V. Arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 octobre 2020

11. A la suite de l'arrêt du 14 mai 2020 de la Cour de justice, la Cour constitutionnelle a réouvert les débats. Dans ce cadre, le Conseil des ministres est revenu sur la position défendue antérieurement (voir pt. A.6.1. de l'arrêt de la Cour

20. Art. 81, 2., g), TFUE.

constitutionnelle du 11 octobre2018[21]) et a exposé que l'article 156, 1°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, doit à la suite de l'arrêt [du 14 mai 2020] « être interprété en ce sens que la notion de 'procédure judiciaire', contenue dans cette disposition, porte également sur les procédures de médiation extrajudiciaire et judiciaire ».[22] La Cour constitutionnelle n'a dès lors pu que constater que « dans cette interprétation, le droit au libre choix d'un conseil est garanti lorsqu'il est procédé à de telles procédures de médiation » et a rejeté, sous réserve de cette interprétation, le recours en annulation.

VI. Implications de l'arrêt du 14 mai 2020

12. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 octobre 2020 ne met pas fin au débat car l'arrêt de la Cour de justice est porteur d'autres enseignements.

L'arrêt du 14 mai 2020 est le prolongement de la jurisprudence antérieure; son intérêt est de confirmer de manière très claire que la clef de lecture de l'article 201 de la directive solvabilité II doit être la protection des intérêts de l'assuré en assurance protection juridique.

Cette protection implique le libre choix[23] par l'assuré de l'avocat ou de la personne ayant les qualifications appropriées dès que le processus dans lequel l'assuré est impliqué est susceptible de déboucher sur une procédure devant une instance judiciaire ou administrative ou encore n'est pas susceptible de recours.

13. La Cour met en avant, pour la première fois dans le cadre de l'analyse d'une question relative à l'assurance protection juridique, la nécessité de favoriser les méthodes alternatives de résolution des litiges. Cet objectif est également poursuivi en droit belge comme en témoignent les modifications[24] apportées au Code judiciaire et la loi du 22 avril 2019 visant à rendre plus accessible l'assurance protection juridique.[25]

Le libre choix de la personne qui assistera l'assuré est reconnu pour la médiation tant judiciaire qu'extrajudiciaire. Cette personne est tenue au secret professionnel (art. 1728 C. jud.; art. 458 C. pén.) et sera soit un médiateur agréé (avocat ou non), soit un avocat. Selon les constats révélés par la pratique[26] et reflétés par le Code de bonne conduite du médiateur agréé, la décision de l'assuré d'être conseillé dans le cadre de la médiation se justifie par le besoin d'informations et de conseils[27] mais également par la nécessité de respecter l'égalité des armes si l'autre médié est, lui, assisté.[28]

14. Si, ainsi que l'a souligné l'avocat général SAUGMANDSGAARD ØE, ne relève pas de l'article 201, 1., sous a), de la directive solvabilité II « tout ce qui est d'ordre contractuel, comme la transaction[29], ou ce qui constitue des services, préalables à la révélation d'un différend, tels que la recherche ou l'échange d'informations ou encore le conseil »[30], il ressort, en revanche, de l'arrêt que le libre choix d'un avocat ou de toute autre personne « ayant les qualifications appropriées » s'étend, même si la Cour ne s'est pas prononcée sur ces hypothèses spécifiques, à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges.[31]

A titre exemplatif, la grille d'analyse de la Cour de justice peut être transposée à certains d'entre eux.

21. C.C., 11 octobre 2018, n° 136/2018.
22. C.C., 22 octobre 2020, n° 138/2020, p. 3; voir quant aux positions défendues au cours des travaux préparatoires et de la procédure préalable à l'arrêt du 11 octobre 2018: J.-F. JEUNEHOMME et B. LECARTE, « Assurance protection juridique: la médiation est une procédure judiciaire », *J.T.*, 2020, p. 640.
23. La question du libre choix fait l'objet de débats récurrents en droit belge. Voy. C.C., 14 novembre 2019, n° 182/2019; Entr. Bruxelles (fr.) (cess.), 11 septembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 49 et 11 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 853.
24. Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges.
25. Loi du 22 avril 2019 visant à rendre plus accessible l'assurance protection juridique: art. 8, § 6: « Le contrat peut prévoir une franchise d'un montant maximum de 250 EUR par sinistre.
La franchise n'est cependant pas due lorsque l'assuré accepte de tenter de résoudre le litige en ayant recours à la médiation, judiciaire ou volontaire, ou à la conciliation ».
26. I. REUSENS, « L'accès à la justice au travers de l'assurance protection juridique », *in Van Meerbeeck* (dir.), *L'accès à la justice*, Coll. C.U.P., vol. 173, Anthemis, 2017, pp. 143 et s.; J.-L. FLAGOTHIER et K. LHEUREUX, « La loi du 9 avril 2017 modifiant l'article 156, 1°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances: une occasion manquée, … », *For. ass.*, 2017, p. 147.
27. Art. 16 du Code de bonne conduite du médiateur agréé établi par la Commission fédérale de médiation en vertu de l'art. 1727, § 2, 5°, C. jud.
28. Art. 13 du Code de bonne conduite du médiateur agréé.
29. *Contra*, la position de certains experts de la Commission des assurances qui estiment qu'il serait souhaitable de donner « à l'assuré la liberté de choisir un avocat ou toute autre personne qualifiée dès qu'un accord transactionnel lui est proposé, de manière à vérifier si cet accord tient bien compte des intérêts complets de la victime » (Commission des assurance, avis C2018/10 sur les projets de Livres II et III et les dispositions connexes du projet de Livre I du Code des assurances, 27 novembre 2018, p. 65, disponible sur le site www.fsma.be).
30. Concl. Av. gén. SAUGMANDSGAARD ØE dans l'affaire *Orde van Vlaamse Balies, Ordre des barreaux francophones et germanophone / Ministerraad*, C-667/18, EU:C:2019:1066, pt. 109.
31. Pour un inventaire, voy. B. BRUYR et P. DAMBLY, « Promotion des ADR en assurance protection juridique par la loi du 9 avril 2017 », *Bull. ass.*, 2017, p. 271.

15. Ainsi, tout processus de *droit collaboratif* ordonné par le juge (art. 1740 C. jud.[32]) est forcément visé puisqu'il survient pendant la phase de procédure judiciaire.

Dans l'hypothèse où le processus de droit collaboratif n'est pas ordonné par le juge, il précède – en cas d'échec – une procédure judiciaire. Il s'agit donc bien d'une phase « qui est susceptible de déboucher sur une phase juridictionnelle » (pt. 29 de l'arrêt) et pour laquelle l'assuré devra recourir aux services d'un avocat collaboratif. De plus, même si le Code judiciaire ne prévoit pas l'homologation d'un accord de droit collaboratif comme le souhaitait, entre autres, le Conseil supérieur de la justice[33], celui-ci peut être produit en justice ou, si les parties le décident, être entériné par un tribunal (art. 10 de la Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif).

16. Le même besoin de protection des intérêts de l'assuré survient en cas de recours à *une tierce décision obligatoire* en dehors de toute procédure judiciaire. A nouveau, les principes dégagés par la Cour de justice imposent le libre choix visé à l'article 201 de la directive solvabilité II. L'assuré sera en effet lié par la tierce décision obligatoire qui « fixera définitivement sa position juridique » (pt. 38 de l'arrêt).

17. Le même raisonnement peut être préconisé en cas de *conciliation*[34] ou de *négociation* où là encore le libre choix du représentant se justifie à la lecture de l'arrêt de la Cour de justice du 14 mai 2020 dont les termes sont extrêmement larges: « toute phase, même préliminaire, susceptible de déboucher sur une procédure devant une instance juridictionnelle doit être considérée comme relevant de la notion de 'procédure judiciaire' au sens de l'article 201 de la directive n° 2009/138 ». On pense notamment à l'éventualité dans laquelle la partie adverse assistée d'un avocat propose une conciliation ou une négociation à l'assuré ou encore lorsque, compte tenu des circonstances (l'urgence, p. ex.), une négociation s'impose.

Relevons que le principe de l'égalité des armes est expressément prévu par certains droits étrangers[35] et repris dans le projet de codification du droit des assurances.[36]

18. L'hypothèse où l'avocat de la partie adverse propose une résolution amiable du litige est de plus en plus fréquente dès lors que l'obligation déontologique d'informer et de favoriser les modes de règlement alternatif des litiges[37] est renforcée depuis 2018 par une disposition spécifique du Code judiciaire[38] et peut faire l'objet d'une vérification par le juge.[39]

Le protocole d'accord entre les assureurs protection juridique affiliés à Assuralia, l'O.V.B. et l'Ordre des barreaux francophones et germanophone vise implicitement[40] un certain nombre des hypothèses mentionnées ci-avant et les forfaits de frais et honoraires d'avocat par prestation proposés par l'arrêté royal du 28 juin 2019[41] font référence, à plusieurs reprises, à la phase amiable de résolution du litige.

19. On peut imaginer qu'en cas de refus de l'assureur protection juridique de permettre un recours à un mode de résolution amiable du litige mentionné ci-avant (ou un autre) et qui serait souhaité par l'assuré ou proposé par le conseil de l'autre partie, l'assuré invoquera la clause d'objectivité[42] pour trancher le différend qui l'oppose à son assureur sur la stratégie à mener. Ce différend pourra éga-

32. Art. 1740 C. jud.: « Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties et après avoir entendu celles-ci quant à la mesure envisagée, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. »

33. Conseil supérieur de la justice, avis relatif au Titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges (disponible sur le site csj.be); A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, Larcier, 2018, p. 86.

34. Est visée ici la conciliation qui n'intervient pas dans le cadre d'une procédure judiciaire (art. 731 à 734 C. jud.).

35. Art. L127-2-3 du Code assurances français: « L'assuré doit être assisté ou représenté par un avocat lorsque son assureur ou lui-même est informé de ce que la partie adverse est défendue dans les mêmes conditions. » Le principe de l'égalité des armes est également repris dans le projet du Code des assurances.

36. Commission des assurances, avis C2018/10 sur les projets de Livres II et III et les dispositions connexes du projet de Livre I du Code des assurances, 27 novembre 2018, p. 66, disponible sur le site www.fsma.be.

37. Art. 2.12 du Code de déontologie de l'avocat. Art. 264 Codex deontologie voor advocaten; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008, p. 121.

38. Art. 444, al. 2, C. jud.: « Ils informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. S'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser. »; G. KUYPER et P. VAN ROOST, « Vers un nouveau rapport entre l'avocat et son client. Aspect économiques, stratégiques et humains », *in* B. INGHELS (dir.), *La médiation autrement*, *Dossiers J.T.*, Larcier, 2019, p. 174.

39. Art. 730 C. jud.

40. Protocole d'accord entre les assureurs protection juridique affiliés à Assuralia, l'O.V.B. et l'O.B.F.G.: « Les assureurs et les barreaux confirment, en outre, qu'il est nécessaire, ou du moins utile pour l'assuré, de pouvoir bénéficier dans certaines circonstances de l'assistance d'un avocat avant ou en dehors de toute procédure, quelle qu'elle soit. »

41. Arrêté royal du 28 juin 2019 portant exécution des articles 8, § 2 et 11 de la loi du 22 avril 2019 visant à rendre plus accessible l'assurance protection juridique; F. DEBLATON, « L'assurance protection juridique: un chemin semé d'embûches? Présentation et commentaire de la loi du 22 avril 2019 visant à rendre plus accessible l'assurance protection juridique », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.651.

42. Art. 157 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances; V. CALLEWAERT, « L'assurance protection juridique: ambitions, réalités et perspectives », *in La victime, ses droits, ses juges*, Larcier, 2009, p. 54; T. DUBUISSON et N. SIMAR, « Phase précontentieuse et assurance protection juridique: clause d'objectivité et droit des obligations » (note sous Liège, 13 septembre 2017), *For. ass.*, 2019, p. 30.

lement être soumis pour avis[43] à la commission mixte de protection juridique instituée par le protocole d'accord entre les assureurs protection juridique affiliés à Assuralia, l'O.V.B. et l'O.B.F.G.

20. La cohérence entre la promotion des méthodes alternatives de résolution des litiges et la protection des intérêts de l'assuré en protection juridique imposait la solution retenue par la Cour de justice.

L'arrêt de la Cour de justice du 14 mai 2020 empêche toute tentative de délimitation figée des rôles de l'assureur protection juridique et de l'avocat ou de toute autre « personne ayant les qualifications appropriées » pour « défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré ». En effet, le critère mis en exergue est celui de la protection des intérêts de l'assuré et un dossier, même dans une matière identique, n'est pas l'autre. L'assuré doit être informé dès le départ et conseillé, au regard de son dossier particulier, sur les avantages et inconvénients des options qui s'ouvrent à lui: modes alternatifs de règlement du litige, expertise amiable/judiciaire, procédures juridictionnelles … Cette obligation d'information et de conseil lorsque le sinistre survient repose sur tout interlocuteur de l'assuré, l'avocat mais également l'assureur.[44] Cette obligation d'information perdure tout au long du dossier. En effet, la particularité des modes de règlement alternatif des litiges est leur utilité à tout moment: avant, pendant une procédure et même après si l'entièreté des points du litige n'ont pas été réglés.

L'enseignement retiré de cet arrêt a pour conséquence que d'autres intervenants que l'assureur pourraient être amenés à jouer un rôle dans la « phase précontentieuse » qui lui revient habituellement[45] lorsque l'assuré souhaite s'engager dans une phase préliminaire via un mode de règlement alternatif du litige susceptible de déboucher sur une procédure devant une instance juridictionnelle ou encore lorsque l'assuré est impliqué dans un processus susceptible de fixer définitivement sa position juridique, sans qu'il ait de possibilité réelle de modifier cette position au moyen d'un recours juridictionnel.

L'impossibilité de délimiter les rôles de chaque intervenant prône pour une nouvelle rédaction de l'article 156 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Le projet de codification du droit de l'assurance va dans ce sens et l'avis de la Commission des assurances du 27 novembre 2018 est révélateur d'initiatives qui s'accordent avec l'arrêt du 14 mai 2020 dont notamment le droit pour l'assuré d'être assisté d'un avocat en cas de médiation ou d'un autre mode de règlement alternatif des litiges, le principe de l'égalité des armes, l'obligation dans le chef de l'assureur d'informer l'assuré de l'existence et du fonctionnement de la clause d'objectivité.[46]

43. Ces avis ne sont pas contraignants mais la pratique a démontré que les avis sont suivis par les parties. C. VAN SCHOUBROECK, « ADR-adviezen van de Nederlandstalige gemengde Commissie rechtsbijstandsverzekering (overzicht saisine en dekking 2005-2012) », *in* R. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen – La justice: enjeux et perspectives de demain*, die Keure-Anthemis, 2013, p. 391; D. DE CALLATAY, « Synthèse des avis de la Commission mixte de protection juridique Assuralia-avocats.be (2006-2011) », *in* R. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen – La justice: enjeux et perspectives de demain*, die Keure-Anthemis, 2013, p. 427.

44. Règles de conduite de l'assureur de protection juridique en vigueur à l'égard des assureurs protection juridique membres d'Assuralia (disponible sur le site www.assuralia.be).

45. Pour un descriptif du rôle habituel de l'assureur protection juridique: S. DE REY, « Verzekeringsprestaties in natura: mogelijkheden en grenzen », *Bull. ass.*, 2018, p. 445; Circ.e CBFA_2010_22 du 19 octobre 2010 – Circ. sur l'assurance protection juridique (disponible sur le site www.nbb.be).

46. Commission des assurances, avis C2018/10 sur les projets de Livres II et III et les dispositions connexes du projet de Livre I du Code des assurances, 27 novembre 2018, pp. 65 à 68, disponible sur le site www.fsma.be. Concernant, plus spécifiquement la clause d'objectivité, voy. les rapports annuels de l'ombudsman des assurances, 2015, p. 21 et 2018, p. 39, disponible sur le site www.ombudsman.as.