



POSITION DU CCBE CONCERNANT LE LIBRE CHOIX D'UN AVOCAT EN MATIÈRE D'ASSURANCE PROTECTION JURIDIQUE

Position du CCBE concernant le libre choix d'un avocat en matière d'assurance protection juridique

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente environ 1 million d'avocats européens, appartenant aux barreaux qui en font partie, dans 31 pays membres effectifs et 11 pays associés et observateurs. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le CCBE a présenté ses arguments aux parties impliquées dans l'affaire « Eschig » C-199/08 afin de souligner l'importance de la liberté de choix d'un avocat. Le CCBE s'est réjoui tout particulièrement de l'arrêt dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la directive 87/344/CEE doit être interprétée comme interdisant aux assureurs en protection juridique de se réserver le droit, lorsque plusieurs assurés subissent une perte à la suite d'un même événement, de choisir le représentant légal de tous les assurés concernés. Par conséquent, le CCBE s'intéresse particulièrement aux travaux en cours de la Commission qui tendent à donner des orientations aux assureurs en protection juridique sur les mesures à prendre afin de respecter la décision et d'élaborer une « doctrine » sur la liberté de choix.

Le CCBE n'a pas l'intention de répondre au questionnaire de la Commission européenne du 17 mars 2010 étant donné que les questions font référence à la situation et à la relation entre avocats et assureurs en protection juridique au sein des États membres. Toutefois, le CCBE souhaite exprimer ses trois principales préoccupations. Tout d'abord, le CCBE estime que les avocats et leurs ordres professionnels respectifs, y compris le CCBE, devraient être associés à l'élaboration de la « doctrine » dans la mesure où le secteur de l'assurance et les avocats sont évidemment tout aussi concernés que les assureurs. Deuxièmement, le CCBE invite la Commission à veiller à ce que les États membres procèdent à des modifications législatives afin de mettre en application, si nécessaire, la décision Eschig et que les assureurs en protection juridique y adhèrent pleinement. Enfin et surtout, le CCBE explique pourquoi il estime que la liberté de choix doit être garantie à toutes les étapes et ne peut se restreindre à la phase de la procédure.

I. Garantir la participation des avocats à l'élaboration d'une « doctrine »

Le CCBE a été informé d'une initiative entreprise par la DG Marché intérieur et services à la suite de l'affaire Eschig et affectant le libre choix de l'avocat en matière d'assurance protection juridique. Selon les informations reçues, la DG Marché intérieur avait d'abord prévu de publier un communiqué. Elle a ensuite prévu d'élaborer une « doctrine » et de la présenter aux organismes nationaux de surveillance des assureurs en protection juridique et au comité européen des assurances et des pensions professionnelles (CEAPP) avant de la publier. Plus récemment, le CCBE a appris que la Commission a finalement l'intention de confier au secteur de l'assurance la rédaction de cette « doctrine » tout en gardant un œil sur son contenu.

À notre connaissance, la DG Marché intérieur n'avait pas l'intention de consulter la DG Justice ni les ministères de la justice des États membres à cet égard. En outre, même si certains barreaux ont tenu quelques réunions très fructueuses avec la DG Marché intérieur, celle-ci n'a apparemment pas associé à ses travaux la profession d'avocat en tant que telle au même titre que le secteur des assurances. Cela dit, le CCBE estime que les conséquences de la décision Eschig et du libre choix de l'avocat ne peuvent pas être considérées comme relevant uniquement du marché intérieur, car elles affectent directement l'administration de la justice et l'un des droits fondamentaux de tout citoyen d'une société démocratique.

Compte tenu de l'importance de la question, le CCBE est d'avis que la profession d'avocat doit être autorisée à participer pleinement à l'élaboration de la « doctrine ». Il est nécessaire de présenter le projet de « doctrine » à la DG Justice et aux ministères de la justice des États membres afin de vérifier

qu'elle respecte non seulement la directive, mais également la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les exigences des systèmes judiciaires nationaux.

II. Garantir le respect des termes de l'affaire Eschig de la part des assureurs

Le 10 septembre 2009, la CJUE a déclaré dans sa décision sur l'affaire Eschig : « *L'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 87/344, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique, doit être interprété en ce sens que l'assureur de la protection juridique ne peut pas se réserver le droit, lorsqu'un grand nombre de preneurs d'assurance sont lésés par un même événement, de choisir lui-même le représentant légal de tous les assurés concernés* ».

Avant de rendre cette décision, la CJUE a jugé que les droits des assurés reconnus par les articles 4, 6 et 7 de la directive « visent à protéger d'une manière large les intérêts de l'assuré sans se limiter aux situations dans lesquelles surgit un conflit d'intérêts ». Elle a également souligné l'absence « d'indices de ce que, par l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 87/344, le législateur communautaire entendait uniquement créer un instrument supplémentaire de suppression des conflits d'intérêts et non un droit autonome à choisir son représentant ». Au contraire, la Cour a souligné que l'histoire de la rédaction de la directive appuie la conclusion que « l'objectif initial de garantir dans tous les contrats d'assurance-protection juridique le libre choix du représentant, qui n'est pas conditionné par la survenance d'un conflit d'intérêts, a été maintenu, bien que limité aux procédures judiciaires et administratives ».

Avec cette décision, la Cour de justice envoie le message clair que l'objectif de la directive n'est pas seulement d'éviter ou d'éliminer les conflits d'intérêts entre les assurés en protection juridique et les assureurs, mais également d'accorder à chaque assuré le droit de choisir librement un avocat. La CJUE a confirmé l'avis du CCBE selon lequel la liberté de choix est un élément-clé de la directive. Le résultat de l'affaire Eschig a un effet considérable sur la manière dont les États membres appliquent la liberté de choix. Le CCBE expliquera son avis sur l'application de la liberté de choix en vertu des dispositions respectives de la directive et à la lumière de l'arrêt Eschig au chapitre III.

Toutefois, il est clair que les assureurs devront cesser d'agir comme si la liberté de choix n'existait pas. Cela est particulièrement vrai dans le cas des « sinistres collectifs » telles que la clause litigieuse des conditions générales applicables à l'assurance protection juridique en Autriche (ARB 1995), où la Commission est désormais appelée à vérifier qu'elles soient éliminées et que les assureurs adaptent leurs pratiques et le traitement de leurs dossiers aux résultats de l'affaire Eschig.

III. Garantir le droit à la liberté de choix de l'assuré

1. Déni de la liberté de choix de la part des assureurs

D'après les rapports des barreaux des États membres, il est évident que les assureurs en protection juridique tentent de limiter ou de contourner le libre choix d'un avocat par divers moyens. Rares sont les États membres dans lesquels les assureurs ne prévoient pas d'obstacles afin de dissuader ou d'empêcher l'assuré d'exercer son droit de choisir un avocat. L'exemple de la France montre que le législateur a même dû intervenir pour réglementer par une loi la relation entre les avocats et les assureurs après avoir déclaré que la situation n'était pas défendable.

En Autriche, les assureurs en protection juridique sanctionnent les assurés qui choisissent librement leur représentant légal en facturant des franchises d'un montant pouvant atteindre 40 % des frais de procédure, ce qui signifie que l'assuré doit payer de sa poche 40 % des honoraires de son avocat, majorés de 40 % des honoraires du représentant légal de la partie adverse et de 40 % des frais judiciaires et des honoraires des experts techniques. En outre, les assureurs tentent d'influencer la conduite des affaires, de limiter ou d'éviter le risque de frais de justice en faisant pression sur les avocats qu'ils ont choisis et mandatés eux-mêmes afin d'éviter les procédures (souvent au détriment de l'assuré).

En Allemagne, les assureurs tentent de contourner la liberté de choix en recommandant des centres d'appel (« numéros d'urgence en cas de dommage »), qu'ils ont créés eux-mêmes pour leurs assurés et qui les dirigent systématiquement vers des avocats qui ont conclu des accords avec l'assureur. Ils

contournent également l'arbitrage en cas de désaccord sur les perspectives de réussite d'une affaire en imposant des pressions sur les avocats pour qu'ils évaluent les chances de réussite au niveau le plus bas possible afin d'éviter à l'assureur le risque de perdre une affaire.

En France, les assureurs avaient pour habitude de discriminer les assurés ayant choisi librement leur avocat. Les assurés, contraints d'avancer les honoraires de l'avocat, ne recevaient en remboursement que l'indemnité prévue dans le contrat d'assurance. En revanche, les assurés dont l'avocat était imposé par les assureurs eux-mêmes n'avaient pas à avancer les honoraires : les assureurs le payaient directement. Cette pratique a conduit les assurés à recourir à l'avocat mandaté par les assureurs car ils y avaient un intérêt évident. Le fait que tous les assureurs en protection juridique fassent partie des principales sociétés d'assurance en France a aggravé la situation car dans la plupart des cas la même compagnie d'assurance gérait d'un côté l'assurance protection juridique permettant à l'assuré de faire valoir ses droits et, de l'autre, son indemnisation. La loi du 19 février 2007 a finalement aboli les liens entre les assureurs en protection juridique et leur réseau d'avocats afin de mettre un terme aux abus.

En Angleterre et au pays de Galles, la directive (et plus précisément le terme de « procédure ») est mal interprétée par les assureurs, ce qui mène de fait à un déni de la liberté de choix du consommateur dans la grande majorité des cas, entravant ainsi la finalité de la directive. Il est évident que les protocoles préalables à l'action en justice (et par conséquent la préparation) sont une partie obligatoire de la procédure. Les assureurs posent des obstacles pour dissuader les assurés d'exercer leur droit de choisir, même après le début des procédures, ce qui peut impliquer un déni de responsabilité dans la duplication des coûts engendrés par les avocats désignés pour prendre en charge une affaire et une limitation de la rémunération. L'effet pratique combiné de priver l'assuré du choix de son avocat dès le début, puis de placer des obstacles au point de remettre en cause une procédure constitue un déni de la liberté de choix des consommateurs.

2. Conflit entre les intérêts des assureurs et des assurés demandant justice

Il existe des preuves dans de nombreux États membres que les assureurs font pression et influencent les avocats qu'ils ont mandatés eux-mêmes (et qui n'ont pas été choisis par l'assuré) pour qu'ils représentent les intérêts des clients si ces intérêts sont contraires aux intérêts de l'assureur en protection juridique. Le meilleur exemple de comportement des assureurs est un projet d'accord de coopération établi par un assureur en protection juridique (ARAG) et présenté aux avocats en Autriche en vue d'obtenir leur signature, comprenant les clauses suivantes :

1. « *Le partenaire de la coopération (l'avocat) déclare qu'il aura toujours pour objectif un règlement à l'amiable avec ARAG en cas de litige. Si pour quelque raison que ce soit cela s'avère impossible, le partenaire de la coopération convient d'abord de ne pas tenter de poursuites concernant la couverture à l'encontre ARAG* ».

2. « *Dans les cas où les chances de réussite sont discutables et dépendent uniquement de l'examen des preuves par le tribunal, le partenaire de la coopération recommandera à l'assuré, après consultation avec l'équipe dirigeante d'ARAG de s'orienter vers une solution de « Prozesskostenablöse » (contrat qui offre à l'assuré le paiement d'une somme forfaitaire au lieu des frais de justice en échange de son renoncement à poursuivre l'action en justice).*

3. « *Il est convenu que le contenu du présent contrat et du règlement des sinistres est confidentiel* ».

Cette proposition de contrat montre clairement que l'avocat mandaté ne pourra pas représenter les intérêts de son client s'ils sont contraires à ceux de l'assureur en protection juridique. L'avocat ne pourra entreprendre quoi que ce soit qui oblige l'assureur en protection juridique à exécuter les services stipulés dans le contrat d'assurance. Il dissuadera l'assuré d'entreprendre une procédure si celle-ci est jugée risquée.

Cet accord de coopération soumis à la signature des avocats en Autriche démontre également que l'intérêt des assureurs en protection juridique est d'éviter les procédures. Il devient évident que chaque fois qu'un avocat est choisi par l'assureur, l'assuré doit être au courant de la tentative de l'assureur d'influencer l'avocat (parfois au détriment de l'assuré).

Le modèle d'accord de coopération ci-dessus n'est pas le seul exemple d'assureur cherchant à influencer l'avocat dans le but de dissuader les clients de lancer une procédure. Les accords entre les assureurs en protection juridique et les avocats peuvent donc mettre en danger toutes les personnes en quête d'accès à la justice si les intérêts commerciaux des assureurs en protection juridique deviennent prédominants.

Il est évident qu'il existe un conflit indissoluble entre, d'un côté, les intérêts des assureurs en protection juridique et, de l'autre, les intérêts des personnes en quête de justice. Le conflit d'intérêts surgit alors car les assureurs en protection juridique veulent éviter tout risque de frais, mais la réalisation des objectifs du client n'est souvent possible qu'avec une certaine prise de risque.

Les exemples cités montrent que les assureurs en protection juridique tentent d'influencer le contenu de la gestion des affaires de protection juridique afin d'éviter les risques de litiges. Ils démontrent également que les procédures ne sont pas lancées lorsque les exigences des assureurs sont suivies et que le client se voit alors refuser son accès à la justice.

3. La liberté de choix en vertu de l'article 3 (2) c)

La liberté de choix en vertu de l'article 3 (2) c) de la directive doit être séparée de celle en vertu de l'article 4. Selon la CJUE (affaire Eschig) la directive a mis en place « *d'une part, des mesures organisationnelles et contractuelles et, d'autre part, un certain nombre de garanties spécifiques en faveur des assurés. Pour ce qui est des mesures organisationnelles et contractuelles, l'article 3, paragraphe 2 [...] donne aux assureurs la possibilité de gérer les sinistres par du personnel distinct au sein de la même entreprise ou de sous-traiter la gestion des sinistres à une entreprise juridiquement distincte. De plus, l'article 3, paragraphe 2, sous c), de cette directive permet d'écarter les conflits d'intérêts en accordant à l'assuré la liberté de choisir son représentant dès qu'un sinistre couvert se déclare.* »

« *En ce qui concerne les garanties spécifiques, cette directive reconnaît le droit aux assurés de choisir librement un représentant dans les procédures visées à son article 4, sous a), ou, conformément à cet article, sous b), lorsque surgit un conflit d'intérêts.* ». Pour la Cour, il ressort de l'ensemble des articles 4, 6 et 7 de la directive que les droits des assurés reconnus par ces articles visent globalement à protéger les intérêts de l'assuré sans pour autant se limiter aux situations donnant lieu à un conflit d'intérêts. La Cour indique que l'article 4 (1) fixe le niveau minimal de liberté devant être accordé à l'assuré quelle que soit l'option, prévue à l'article 3 (2), à laquelle est tenue la compagnie d'assurance.

En conséquence, la liberté de choix en vertu de l'article 3 (2) c) ne s'applique que lorsqu'un État membre a décidé de permettre cette solution particulière. Toutefois, la Cour a jugé que, si tel est le cas, cette solution « *donne des droits plus étendus aux assurés que l'article 4, paragraphe 1, sous a), de cette directive* », étant donné que « *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* ».

Cela signifie que l'article 3 (2) c) prévoit le libre choix d'un avocat pour obtenir des conseils juridiques non seulement dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure, mais également indépendamment de toute procédure judiciaire ou administrative (article 4 (1) a)) et indépendamment de tout conflit d'intérêts (article 4 (1) b)). La liberté de choix prévue à l'article 3 (2) c) vise les conseils juridiques « purs », en d'autres termes les conseils juridiques dans les cas où aucun conflit ne doit être réglé dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure et en l'absence de conflit d'intérêts.

4. La liberté de choix en vertu de l'article 4 (1) a)

Le libre choix d'un avocat conformément à l'article 4 (1) a) est une garantie spécifique que les assureurs doivent respecter dans tous les contrats d'assurance protection juridique, à tout moment et quelle que soit la solution de prévention des conflits d'intérêts retenue par les États membres en vertu de l'article 3 (2). L'article 4 (1) a) précise : « *Tout contrat de protection juridique reconnaît explicitement que 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 ».

La principale caractéristique de la liberté de choix en vertu de l'article 4 (1) a) est que ce droit est lié à des enquêtes et poursuites. Cela ne signifie pas que les assurés n'ont le droit de choisir leur avocat qu'une fois les enquêtes ou les procédures lancées. Au contraire, la disposition légale prévoit le libre choix d'un avocat afin que les assurés puissent être défendus et représentés ou que leurs intérêts soient servis dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative. Cela signifie à nouveau que le droit de choisir un avocat ne peut être lié à la condition du lancement de la procédure.

Le libre choix d'un avocat en vue de la représentation au sein d'une procédure judiciaire ou administrative implique que la liberté de choix doit être garantie avant la procédure afin de s'y préparer. Des activités telles que la préparation d'une procédure, la collecte d'informations, l'évaluation de la situation juridique, la rédaction d'une demande et la composition d'une action en justice sont réalisées afin de représenter les assurés dans une procédure judiciaire ou administrative.

Le CCBE estime donc que la liberté de choix en vertu de l'article 4 (1) a) doit s'appliquer à partir du moment où un avocat est contacté par un assuré dans le but d'évaluer les chances de réussite de la procédure judiciaire ou administrative afin de la préparer et de la mener à bien. L'assuré doit être en mesure de consulter un avocat librement choisi par ses soins afin de décider s'il convient de lancer une procédure. Ce point de vue est irréfutable pour trois raisons :

- - Tout d'abord, c'est le libellé de l'article 4 (1) a) lui-même qui conduit à ce point de vue car il comprend l'instruction en stipulant « [...] pour défendre, représenter ou servir les intérêts [...] ».
- - Deuxièmement, les assurés doivent être protégés contre les conflits d'intérêts évidents entre les assureurs et eux-mêmes, tel que mentionné au point III.2. L'intérêt des assureurs est d'éviter les risques onéreux et donc d'éviter les procédures, tandis que l'intérêt de l'assuré est d'obtenir justice. À cette fin, l'assuré doit être conseillé par des avocats indépendants et librement choisis, et il est souvent nécessaire de préparer la procédure pour la lancer.
- - Finalement, ce point de vue ressort du jugement Eschig. Si les assureurs étaient autorisés à restreindre la liberté de choix au tout début de la procédure (par exemple le dépôt de la demande), la liberté de choix en vertu de l'article 4 (1) a) serait vidée de sa substance car dans la pratique aucun assuré ne change d'avocat une fois que la procédure est commencée. Cependant, la Cour a clairement indiqué dans l'affaire Eschig qu'elle ne voulait pas vider l'article 4 (1) a) de sa substance. La Cour n'a donc pas suivi l'interprétation proposée par l'assureur et la Commission car celle-ci aurait conduit à l'élimination du champ d'application de l'article 4 (1) a).

Le point de vue du CCBE correspond à l'intention du législateur anglais, autrichien, belge ou allemand par exemple. Le système juridique anglais de conduite précontentieuse en vertu des règles de procédure civile présente une situation où la conduite précontentieuse doit s'effectuer dans le cadre de « procédures ». Les droits de procédure autrichien, belge et allemand ne prévoient pas de frais distincts (à déterminer dans les affaires où le principe du perdant-payeur s'applique) pour la phase d'instruction. Les frais de dépôt de la plainte ou de l'action comprennent les services préparatoires tels que la collecte d'informations ou la préparation de la demande. Cette règle vient du principe selon lequel un avocat ayant déjà donné conseil dans le domaine extrajudiciaire connaît suffisamment bien la législation et les circonstances de l'affaire pour poursuivre la procédure. Cela prouve que les législateurs autrichien, belge et allemand considèrent ces mesures comme étant intrinsèquement liées à l'action et à la procédure. L'évolution postérieure d'une affaire n'est pas seulement déterminée au moment de la décision d'intenter un procès, mais dès le premier contact entre l'avocat et son client : c'est à ce moment même que l'avocat évalue les faits et circonstances et recommande à son client de poursuivre ou non l'affaire. Dans cette optique, il devient évident que ceux qui, pour le domaine extrajudiciaire, restreignent le libre choix de l'avocat aux avocats qui d'une manière ou d'une autre dépendent des compagnies d'assurance abolissent en fait presque complètement cette liberté de choix. Enfin, il est incompréhensible que le libre choix de l'avocat soit plus important dans le cadre de procédures judiciaires qu'en dehors des tribunaux. La crainte est qu'un conflit d'intérêt existant se concrétise au sein de procédures judiciaires. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ce conflit pourrait entraîner un règlement hâtif pour de simples raisons économiques au détriment des intérêts

du client. Ce conflit éventuel pourrait également se traduire par le retrait direct d'une action ou par une déclaration de classement définitif de l'affaire. Ceux qui ont ces craintes et croient donc en la nécessité du libre choix de l'avocat devront se demander s'il n'est pas au moins tout aussi dangereux d'empêcher l'assuré de faire valoir ses intérêts après qu'il a demandé des conseils extrajudiciaires auprès d'un avocat.