

Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable : Conventions entre assureurs et procédures transactionnelles. Rapport de synthèse (provisoire)

1. La mise en œuvre amiable des garanties d'assurance ne va pas de soi ! «
», comme le soulignait Jean
Beauuchard professeur à Poitiers ! «

». Et l'assurance de responsabilité civile, quel que soit l'objet des risques couverts, porte en germe des conflits que ce soit dans les rapports entre l'auteur du dommage et son assureur, ou dans les rapports avec la victime (parfois elle-même assurée), dont les intérêts divergent sur la fixation de l'indemnité d'assurance et sur le principe de la responsabilité. Conflits également dans les rapports entre assureurs, lorsque plusieurs d'entre eux sont impliqués dans le processus d'indemnisation du sinistre, chacun voulant réduire la part d'indemnisation assumée.

2. Or, avant que les autorités européennes n'encadrent la médiation en matière civile et commerciale au travers de la directive du 21 mai 2008², avant qu'elles n'envisagent récemment de régir le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation³, les assureurs européens s'étaient déjà engagés résolument dans la voie de la gestion amiable des litiges d'assurance, conscients qu'elle constituait un élément déterminant dans la concurrence entre compagnies, et dans les rapports avec leur clientèle. Certaines garanties que la forgées, pour garantir la qualité de la médiation en droit des assurances, dans les rapports avec leur clientèle – notamment, celles issues des chartes de médiation de certains groupements d'assurance français - telles que l'information des assurés sur ces processus⁴, la confidentialité de ces processus amiables, l'indépendance la compétence du médiateur, la suspension de la prescription pendant les négociations⁵ - sont aujourd'hui consacrés par la directive de 2008, comme « principe directeurs » du règlement amiable des litiges. Principes dont la portée s'étend aujourd'hui à l'ensemble des pays de l'UE, au-delà même de l'assurance, signe que le droit des assurances avait de ce point de vue pris de l'avance !

¹ J. Beauuchard, L'assureur dans le procès civil, RGDA 2010 p. 542.

² Directive communautaire sur la médiation en matière civile, Dir. 2008/52/CE du 21 mai 2008. Cette directive a notamment conduit la France à se doter d'un régime commun du règlement amiable extrajudiciaire des litiges, dans le Code de procédure civile en 2012. Article 1528 s. c. proc. civ. Certaines des garanties qui y sont prévues figuraient déjà dans les chartes de médiation des grands groupes d'assurance.

³ Règlement n° 524/2013/CE du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et directive n° 2013/11/CE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

⁴ Article L 112-2 c. ass. Français.

⁵ Chartes GEMA et FFSA cf. Rapport français de Ph Pierre, Introduction. Cf. Rapport du médiateur de la FFSA 2012 RCA nov. 2013 insistant notamment sur la nécessité de la confiance réciproque des acteurs dans la démarche de médiation, il met en avant l'importance de l'indépendance des médiateurs Il suggère alors deux ajustements concernant l'exercice de sa propre mission. Le premier concerne l'information du public, à travers un site Internet performant et pertinent. Le second porte sur le budget, « qui doit être distinct, spécifique et suffisant pour l'accomplissement de la mission »

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

En 2004 l'OCDE⁶, analysant les bonnes pratiques pour la gestion des sinistres d'assurance, s'était déjà livrée à ce constat, soulignant que «

» est un «

».

Plus particulièrement, la recommandation incitait les assureurs à continuer de conclure entre eux des accords pour simplifier et accélérer l'indemnisation des sinistres impliquant plusieurs assureurs,

La gestion non contentieuse des sinistres améliore en effet l'image de marque⁷ des assureurs, ne les cantonnant pas à une attitude procédurière de contractants prompts à se soustraire à leurs obligations. Plus simple et plus rapide que la voie judiciaire, la voie conventionnelle réduit les coûts de traitement des sinistres et simplifie la gestion des dossiers par l'assureur, notamment pour les sinistres de masse ; elle évite les tracas et lenteurs d'une procédure judiciaire en vue de fixer l'étendue l'indemnisation.

3. La mise en œuvre non contentieuse de l'assurance responsabilité civile, qu'il s'agisse de litiges opposant entre eux les assureurs impliqués dans le processus d'indemnisation ou de litiges entre les assureurs et la victime, voire les assureurs et leur assuré, suppose alors d'envisager principalement deux types de mécanismes contractuels de règlement non contentieux, au-delà du recours aux procédures de médiation et d'arbitrage, parfois à l'œuvre en droit des assurances. L'un comme l'autre permettent de dépasser la structure conflictuelle du rapport d'assurance.

- Ceux opérés à l'aide des conventions conclues entre professionnels, qui, en amont, permettent d'aplanir certaines difficultés suscitées par la mise en œuvre des garanties d'assurance dans les rapports entre compagnies, lorsque plusieurs d'entre elles sont impliquées dans un processus d'indemnisation en fixant le cadre de celle-ci ; voire lorsque l'accident revêt une dimension internationale, en palliant certaines insuffisances de la loi qui, dans sa généralité ne peut et ne doit pas nécessairement tout prévoir, d'une part.

- Et, d'autre part, les mécanismes conventionnels de portée plus individuelle pour la fixation des indemnités d'assurance due à une victime - parfois précédés de procédures encadrées voire incitatives. Soit les procédures transactionnelles orientées vers la conclusion d'une convention d'indemnisation amiable de l'assuré et auxquelles sont parfois associés plusieurs assureurs, ce qui intègre à la fois le processus (la médiation ou la procédure d'offre) et le résultat, soit la convention d'indemnisation.

4. Envisagé sous ces deux aspects principaux, le règlement non contentieux des indemnités d'assurance, constitue sans nul doute, la forme la plus fréquente de mise en

⁶ OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques), Direction des affaires financières et des entreprises, *Les assurances de responsabilité civile*, 24 novembre 2004 qui souligne aussi que «

» est un «

».

⁷ Les termes des conventions entre assureurs font même référence à cette image de marque cf. Convention française expertise dommage et responsabilité civile du 13 mars 1991 art. 1 aux côtés des intérêts économique de l'assureur.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

œuvre de l'assurance de responsabilité : ce constat semble partagé par les divers droits nationaux⁸. Le phénomène reste pourtant difficilement quantifiable, faute de statistiques fiables, ce qui rend la comparaison entre eux plus délicate⁹.

5. L'approche de la mise en œuvre amiable diffère toutefois suivant que l'on se situe dans les rapports entre professionnels, ou dans les rapports entre assureur et assuré, où la relation est structurellement déséquilibrée et le risque plus grand d'une atteinte au droit au juge et aux droits fondamentaux de l'assuré¹⁰. Dans le premier cas, les enjeux concurrentiels prédominent, notamment face à une profession organisée en groupements professionnels d'assureurs, tandis que le nécessaire protection des droits de la personne lésée l'emporte dans le second. Au demeurant, les conventions entre assureurs apparaissent davantage comme un mode alternatif de mise en œuvre de la norme entre professionnels, pour l'adapter aux besoins pratiques - parfois pour infléchir les termes d'une jurisprudence jugée peu adaptée à la pratique -, alors que dans les rapports avec la victime ou l'assuré, le recours au contrat traduit plus directement un mode alternatif de règlement d'un litige ou du règlement des indemnités d'assurances en dehors du juge. Chacune de ces formes de mise en œuvre amiable, appréhendée à travers ses acteurs, est ainsi dominée par des enjeux qui lui sont propres, et renvoie à des instruments contractuels de nature différente, contribuant l'un et l'autre à la déjudiciarisation en la matière.

6. Ainsi, sera d'abord évoquée la mise en œuvre amiable entre assureurs, puis entre assureur et assuré ou tiers lésé. Sans perdre de vue que ces deux formes mises en œuvre amiables sont faites de jeux d'influences réciproques¹¹. En effet, la réforme des procédures transactionnelles d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation par la loi Badinter, en 1985, en France, a conduit à remanier certaines conventions entre assureurs relatives à l'indemnisation des préjudices matériels et corporels. De même, que la mise en place récente de l'action directe dans les rapports assureurs, tiers lésé, en Italie, a favorisé la conclusion de conventions entre assureurs¹².

⁸ Le rapport anglais de E. Descheemaeker et le rapport français de Ph. Pierre se livrent à une approche quantitative plus précise sans qu'une comparaison soit aisée entre ces Etats. Parfois la prépondérance du règlement amiable est affirmée et favorisée par les réformes récentes de procédure qui rendent obligatoire la conciliation (cf. Infra II sur cet aspect des choses), sans être nécessairement chiffrée.

⁹ Constat formulé à l'occasion d'un colloque organisé entre magistrats et assureurs du comité européen d'assurance en 1991,

B. Viret,

, RGAT 1991 p. 985). L'étude menée après une vaste consultation des sociétés d'assurances ayant répondu à un questionnaire conclut qu'il n'existe pas de statistiques fiables pour en mesurer la proportion (arbitragr lu sè-R8GR838yêt)O-è5G838yêa)Oçè-3GGçêg)8è5ç5G5Gyêe)çè-URUGê)Yz:n—êl)8èèiné

I – La mise en œuvre amiable entre assureurs : les conventions professionnelles, mode alternatif de mise en œuvre de la norme en droit des assurances

7. L'assurance, est un secteur d'activité plus organisé et homogène que d'autres. Le regroupement des assureurs en fédérations professionnelles nationales, et à l'échelle internationale en bureaux nationaux¹³, a permis la conclusion de conventions entre professionnels de ce secteur dès les années 30¹⁴, pour régir les rapports entre eux. Tant en matière d'assurance directe que pour les assurances de responsabilité civile, tant pour les dommages matériels¹⁵ que corporels¹⁶ ! Elles visent à faciliter l'indemnisation des victimes, assurant une gestion plus efficace et moins coûteuse de sinistres qui mobilisent parfois plusieurs d'entre eux, en en fixant le cadre¹⁷. Prenant leur plein essor au lendemain de la guerre, en matière d'accidents de la circulation, elles y occupent une place importante, sans doute directe sous l'impulsion des directives européennes en matière d'assurance qui généralisent l'assurance obligatoire l'action directe, comme le fait ressortir le rapport italien. Dans ce domaine, elles ont même acquis une dimension plus internationale¹⁸. Si leur développement est sans doute inégal d'un Etat à l'autre¹⁹, ce modèle de convention a donc acquis droit de cité en Europe²⁰.

En droit des accidents de la circulation, une convention dite « carte verte » illustre leur intérêt pratique : commune à tous les Etats ici représentés ; elle facilite l'indemnisation des

¹³ En Belgique, ces conventions sont rédigées sous l'égide de l'Union Professionnelle des Entreprises d'Assurances (Assuralia). En Allemagne, il existe une Union des assureurs. La plupart de ces conventions sont conclues en France sous l'égide de groupement d'assureurs (FFSA GEMA Groupama).

Au niveau européen, et dans les rapports internationaux, il existe aussi des bureaux européens d'assurance, organisme locaux auxquels sont tenus d'adhérer à l'échelle nationale l'ensemble des assureurs pratiquant l'assurance (notamment la RC automobile).

¹⁴ Et ce dès les années 1930 en France pour les dégâts des eaux. On trouve ainsi une convention sur le règlement des sinistres en coassurance en matière d'incendie dès 1932.

¹⁵ Convention RDR en Belgique, et en France, Convention IRSA pour

Hors des accidents de la circulations ces conventions relatives
l'indemnisation des dommages matériels sont nombreuses en France : Convention de Règlement de
l'Assurance Construction (CRAC), cf. rapport français,
CIDE COP ;

CIDRE

¹⁶ Convention IRCA en France et Convention IADC/CMRP/ Usagers faibles remplacée depuis 2004 par la convention « Victimes Innocentes » en droit belge.

¹⁷ Il faut distinguer ces conventions des mécanismes de réassurance, dont l'objectif est davantage de couvrir le risque économique et ne traduit par le même souci de judiciarisation des acteurs de l'assurance, ou encore des mécanismes où plusieurs assureurs sont associés à la conclusion de transactions qui seront envisagées en même temps qu'elles.

¹⁸ Voir également le système carte verte évoqué

¹⁹ En Italie ces conventions entre assureurs n'existent qu'en matière d'accident de la circulation où existe à la fois une assurance obligatoire et une action directe au bénéfice de la victime (exceptionnelle en droit italien).

²⁰ Comme le révèlent les travaux du CEA B. Viret, Modes de règlements non contentieux des indemnités d'assurance, précité.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

accidents « internationaux »²¹. Le système institué repose sur une assurance obligatoire, imposée par chaque Etat dont relèvent les adhérents, ainsi que sur un mécanisme de présomption d'assurance, que la convention consè-

venu sur son territoire, par l'intermédiaire d'un véhicule

ensuite des mécanismes de recours pour dé-

les accidents internationaux

conclue

J de

mbres

tionale,

²². Elles diffèrent alors, dans leur

contenu d'un

sont d'ailleurs conclues avec le fonds d'indemnisation

facilitent et accélèrent la gestion des sinistres.

C'est d'ailleurs, ce qui a conduit l'OCDE dans sa recommandation de 2004 à

encourager la conclusion de ces conventions entre assureurs : elles

25.

8. Là où elles existent, quoiqu'elles soient d'une importance pratique non négligeable

restent encore difficiles d'accès, et de ce fait, l'argen-

²¹ Lamy assurances 2013 n° 3069. La carte verte a valeur d'attestation d'assurance dans le pays d'émission. En cas d'accident causé en France par un automobiliste étranger le bureau central français est désigné comme gestionnaire du service, et gère l'indemnisation du sinistre survenu en France par l'intermédiaire d'un véhicule immatriculé à l'étranger. Les assureurs peuvent aussi demander à ce que le sinistre causé à l'étranger soit réglé par un de leurs correspondants qu'ils désignent et auxquels ils donnent mandat, avec l'accord des bureaux nationaux concernés car ces derniers sont garants de l'indemnisation des sinistres survenus à l'étranger. Sur le système carte verte cf. <http://www.cobx.org/fr>

En Europe, la convention multilatérale de garantie (Convention multilatérale de garantie du 15 mars 1991, RGAT 1991 p. 748), conclue sous l'impulsion de la 1^{ère} directive européenne automobile, énonce même que la plaque d'immatriculation équivaut à une attestation d'assurance au point que la carte verte n'a même plus à être demandée à l'entrée de ces pays

²² Rapport belge de N. Schmitz n° 30

²³ En France où l'Etat est son propre assureur

²⁴ En Allemagne avec les caisses d'assurance et en France notamment.

²⁵ Recommandation précitée de l'OCDE 2004.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

opacité ne tient pas seulement à leur contenu technique, parfois assez précis, ni même au fait qu'elles régissent des situations complexes. Les assureurs se gardent souvent de les faire connaître : le constat fait en Allemagne, reste valable en France, pour certaines d'entre elles, quoiqu'un effort ait été entrepris récemment pour publier un certain nombre d'entre elles dans un recueil. L'opacité en France tient encore aux mécanismes de résolution des litiges issus de ces conventions, qui renvoient à un processus amiable dit d'escalade et en dernier recours à une procédure d'arbitrage confidentielle²⁶, là ou en Allemagne, elles sont plus largement laissées à l'interprétation des tribunaux. Ainsi, si les difficultés d'accès ne sont pas les mêmes ici et là : le constat de fait demeure...

Les parties à ces conventions ayant été identifiées, reste à cerner plus précisément leur objet et leur portée.

A - L'objet de ces conventions professionnelles

9. En quoi, par quels mécanismes juridiques, ces conventions entre assureurs simplifient-elles la gestion du sinistre et sa prise en charge, évitant le plus souvent l'apparition même du contentieux, voire simplifiant le jeu des recours par des renoncements à l'exercice de certains recours ? La diversité de ces conventions et leur inégale portée couvrant tantôt des assurances directes, tantôt des assurances de responsabilité, tantôt des situations particulières (cumul d'assurance, preuve par l'expertise commune)²⁷ pourrait décourager toute entreprise de présentation globale des mécanismes qu'elles mettent en œuvre. Pourtant, sur la base des dispositifs les plus complets qu'elles prévoient, notamment en droit des accidents de la circulation, en s'appuyant sur l'exemple de la convention RDR du droit belge - qui fédère en réalité plusieurs conventions entre assureurs²⁸ -, tentons d'en décomposer la structure. Plusieurs mécanismes juridiques, plusieurs objets, se retrouvent assez souvent d'une convention à l'autre, et d'un Etat à l'autre, avec des variantes.

10. * Au départ, ces conventions procèdent souvent à la désignation et à l'identification du gestionnaire en charge du sinistre (assureur, fonds, bureau national²⁹). Pour simplifier les choses, et faciliter la communication avec la victime, il s'agit souvent, comme en l'espèce, de l'assureur direct de la victime. En tant qu'interlocuteur privilégié, celui-ci agira alors pour le compte des autres compagnies d'assurance adhérentes, en cause dans le sinistre, et en particulier, pour celle du responsable du sinistre, au titre d'une sorte de mandat général. Il est notamment prévu en droit belge que l'assureur du responsable s'oblige de son côté à adresser à l'assureur direct les demandes d'indemnisation qui lui parviendraient, s'interdisant par la même tout règlement.

²⁶ Rapport Français de Ph Pierre I A

²⁷ Rapport français de Ph. Pierre p. 2

²⁸ Rapport belge de N. Schmitz, n° 31

²⁹ Voir notamment rapport anglais p. 6 et rapport français de Ph Pierre, et pour un tel mandat de gestion du sinistre pour les sinistres d'incendie habitation voir rapport belge de N. Schmitz, n° 44 avec une répartition entre les assureurs suivant la nature du sinistre.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

11. * Dans le contexte de ce mandat, les conventions entre assureurs, comme la convention RDR prévoient souvent une convention d'expertise commune, qui fixe définitivement les données factuelles du litige, à l'égard de tous les assureurs concernés, en prévoyant les mécanismes de désignation de cet expert commun neutre, soumis au respect du contradictoire, avec dans l'exemple belge notamment un règlement d'agrément des experts. Cela évite, ce faisant, les lenteurs et les frais d'expertises multiples parfois contradictoires entre elles. Parfois, pour d'autres conventions, les faits résultent essentiellement du constat amiable qui sert de base à la fixation de l'étendue de l'indemnisation et aux recours.

12. * Enfin, elles prévoient souvent des barèmes ou des situations accidentelles prédéterminées qui permettent de dresser un partage de responsabilité selon des proportions convenues et qui simplifient le mécanismes des recours subséquents entre assureurs. Le gestionnaire en charge de l'indemnisation - dans notre modèle l'assureur direct de la victime - obtiendra souvent remboursement des décaissements effectués, non pas par l'exercice d'une action subrogatoire, mais dans le cadre d'un système de compensation³⁰. Les recours pouvant être basés sur des coûts moyens de sinistre (comme en droit italien et comme en droit belge au départ), sur les coûts réels, tels qu'ils résultent de l'expertise commune (comme en droit belge aujourd'hui) voire sur la base de barèmes. Les recours se font globalement, à une échéance donnée, – par exemple tous les mois. Avec parfois une renonciation aux recours pour les sinistres représentant de faibles montants.

13. * S'y ajoutent parfois, en droit français, des mécanismes de gestion amiable des litiges résultant des divergences d'interprétation de ces conventions, qui relèvent de mécanismes de médiation et d'arbitrage accentuant leur rôle de déjudiciarisation du litige. En Belgique, elles sont complétées au stade de leur mise en oeuvre par des règles de bonne conduite, sortes de bonnes pratiques qui garantissent un traitement rapide respectant les intérêts de l'assuré³¹ qui traduisent le souci de ne pas détourner de leurs fins ces procédures d'indemnisation simplifiées.

14. Leur objet est donc à la fois **juridique** et **économique** : il fixe en quelque sorte le cadre des négociations amiables, en réglant notamment des situations de coexistence d'une assurance directe et d'une assurance de responsabilité³² de cumul d'assurances³³, ce qui permet d'en accélérer le processus et d'en diminuer les coûts globaux, ce également au bénéfice des victimes indemnisées plus rapidement et plus simplement. Les assureurs aiment à rappeler, au demeurant, que les économies réalisées grâce à ces processus permettent une meilleure indemnisation des victimes.

³⁰ Voir notamment rapport italien et rapport belge

³¹ Rapport belge n° 47 et s.

³² Rapport allemand de O Berg

³³ Rapport français de Ph. Pierre

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

B- La portée de ces conventions professionnelles

15. La portée de ces conventions se résume en trois qualificatifs : obligatoires pour leurs signataires, leur portée est collective, mais reste relative. Elles ne semblent, de ce fait, réductibles à aucun modèle connu de contrat.

1. Portée obligatoire et collective

16. Le succès, l'efficacité pratique de ces conventions, pour contribuer à une déjudiciarisation, dépend d'abord du nombre de leurs signataires. A l'échelle européenne, le système dit carte verte qui les illustre s'appuie sur un mécanisme d'adhésion obligatoire des assureurs pratiquant l'assurance responsabilité aux bureaux nationaux³⁴. En Italie, l'indemnisation directe, par le jeu d'une action directe est basée sur une convention entre toutes les assureurs autorisés à exercer cette activité de responsabilité civile en matière d'accident de la circulation, ce qui permet d'organiser le droit de recours de chaque assureur ayant indemnisé son assuré endommagé, envers l'assureur du responsable, au travers d'une « chambre de compensation », sur la base du coût moyen des sinistres enregistrés en cours d'année.

L'objet de ces conventions - la modélisation sur laquelle elles reposent -, les rend plus adaptées aux sinistres de masse, ainsi qu'aux sinistres de plus faible montant³⁵. Les sinistres plus atypiques appellent davantage un traitement au cas par cas, qui pourrait relever d'une convention entre assureur de portée plus étroite³⁶. Ainsi, dans l'ensemble des pays envisagés, elles occupent une place toute particulière dans le règlement des accidents de la circulation, domaine où l'assurance obligatoire et le droit d'action direct se sont généralisés en Europe. Si une nouvelle extension de leur domaine paraît peu probable en France³⁷, la qualité de leur contenu peut en permanence évoluer³⁸.

Le système « carte verte », fait apparaître que par leur portée collective, ces conventions entre assureurs complètent et précisent en le rendant opérant le système mis en place par les cinq directives automobiles et codifié par la directive du 16 septembre 2009. Ainsi, ces conventions entre professionnels permettent la mise en œuvre concrète de la législation entre assureurs en l'adaptant aux besoins des assureurs et aux difficultés qu'ils rencontrent dans la mise en œuvre des garanties d'assurances³⁹.

³⁴ Lamy assurances 2013 n° 3070

³⁵ Rapport français de Ph. Pierre. Et rapport italien de N. Vardi p. 5 l'art. 139 du Code des assurances italien évoquant les « menus » dommages.

³⁶ Rapport anglais de E. Descheemaker qui l'envisage.

³⁷ B. Viret, Modes de règlements non contentieux des indemnités d'assurance, précité p. 1001

³⁸ Depuis 2004 la gestion de ces conventions entre assureur est confiée à un organisme intitulé le GCA (gestion des conventions entre assureurs). Une commission d'application a été instituée. Cette commission est chargée d'interpréter les conventions du recueil (toutefois, les modifications du texte devront être approuvées par l'Assemblée générale de la FFSA et par les sociétés du GEMA) et de préconiser, si nécessaire, l'adoption de nouvelles conventions.

³⁹ Il semblerait d'ailleurs que dans certains cas notamment en droit roumain ce soit la loi et les normes d'application établissent en détail la procédure et le contenu du formulaire du constat amiable du préjudice en cas d'accident de la circulation cf. Rapport roumain Razvan Dinca p. 4.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

Le constat vaut d'ailleurs également à l'échelle nationale. Ces conventions entre assureurs apparaissent davantage comme un mode alternatif de mise en œuvre de la norme entre professionnels, pour l'adapter aux besoins de la pratique - parfois pour infléchir les termes d'une jurisprudence jugée peu adaptée à la pratique, notamment en France à propos d'une jurisprudence de la Cour de cassation du 21 novembre 2000 en matière d'assurance cumulative⁴⁰. En Allemagne, il semblerait aussi que ce mécanisme de convention entre assureurs ait permis de compenser l'absence traditionnelle d'action directe en droit des assurances⁴¹.

D'où l'intérêt de circonscrire leur portée... D'où l'intérêt aussi d'un contrôle de la commission des clauses abusives sur les clauses du contrat d'assurance qui renverraient à ces conventions entre assureurs. A l'occasion d'avis⁴² ou de recommandations⁴³, la commission des clauses abusives a mis en évidence que la reprise de certains des éléments des conventions inter-compagnies, conçus par et pour les assureurs dans le contrat individuel, peut créer un déséquilibre significatif au détriment de l'assuré, notamment lorsque les critères d'évaluation retenus dans les premières ne sont pas suffisamment clairs ou neutres, alors que les polices d'assurance s'y réfèrent⁴⁴.

Pour autant, dans l'ensemble des pays envisagés, ces conventions de portée collective sont considérées comme de simples contrats : leur objet n'est pas de résoudre un litige né, ce qui exclut leur qualification transactionnelle, mais plutôt en amont d'organiser les relations et recours entre assureurs, de répartir les risques ou d'organiser la gestion des sinistres⁴⁵ par la mise en place d'un processus d'indemnisation simple et rapide. Ces conventions entre professionnels tirent, ce faisant, leur caractère contraignant de la force obligatoire des conventions⁴⁶, dans les limites du respect de l'ordre public.

⁴⁰ Lamy assurances cf. Lamy assurances n° 5414 voir Cass. Civ. 1 21 nov. 2000 n° 98-11891 confirmé en 2002 par Civ. 1 29 octobre 2002 n° 99-16749. Par cette pratique conventionnelle les parties se placent ainsi à l'abri d'un revirement jurisprudentiel là où la jurisprudence a pu par le passé évoluer sachant que les assurés eux restent en mesure de se prévaloir de la jurisprudence en vigueur puisque ces conventions ne leur sont pas opposables.

⁴¹ Rapport allemand dernier paragraphe.

⁴² Avis n° 06-03 relatif à un contrat d'assurance-garantie automobile et jugement de la juridiction de proximité de Béziers du 23 novembre 2006 reprenant cet avis. Avis n° 01-01 relatif aux conditions de détermination du taux d'incapacité dans un contrat d'assurance lié à un prêt immobilier suivi par CA Rennes 2 octobre 2002 disponibles sur le site de la commission.

⁴³ Recommandation n°89-01 concernant les clauses relatives aux contrats d'assurance des véhicules automobiles de tourisme disponible sur le site de la commission. La recommandation condamne la référence à des indices valeur vénale ou valeur de remplacement si les contrats ne donnent pas clairement un sens précis à ces divers critères ; de même sont condamnées les valeurs dites à dire d'expert qui n'informent pas suffisamment l'assuré sur la possibilité qu'il a de contester l'appréciation de l'expert qui n'est pas un expert judiciaire mais un expert de la compagnie ou choisi par elle.

⁴⁴ D'ailleurs sans doute consciente de ces enjeux, en France, la profession s'est dotée d'un comité d'éthique organe de contrôle de la bonne application de la convention IRSA dans sa lettre que dans son esprit...

⁴⁵ Elles ne sont pas régies dès lors par les articles 2044 et s. c. civ.

⁴⁶ Civ. 1, 17 juil. 1996, n° 94-11445 en droit français. Il en résultait, en l'occurrence, que l'assureur mandaté en vertu de la convention entre assureur française ICA devait en l'occurrence soumettre le litige à la procédure

2. Portée obligatoire mais relative

17. Ce fondement de la force obligatoire du contrat limite leur portée aux seules parties : les assureurs signataires (ou ceux qui ont conclu par l'intermédiaire d'un organisme mandaté qui les représente)... Obligatoires entre les parties, elles sont inopposables, tant aux assureurs qui ne l'auraient pas signée - parfois parce qu'ils sont affiliés à un autre groupement d'assureurs - , qu'aux tiers. En l'occurrence, tant à l'auteur du dommage qu'à la victime. Sauf bien sûr, dans le mesure où elle reconnaîtraient des droits à ces tiers⁴⁷.

La Cour de cassation française rappelle de façon récurrente⁴⁸, que ces conventions ne peuvent limiter les droits qu'un assuré tire de son contrat d'assurance et des règles impératives du Code assurances, de sorte, qu'on ne saurait par exemple appliquer les barèmes qu'elles prévoient dans les rapport entre l'assureur et l'assuré ou le tiers lésé⁴⁹. Ce contentieux récurrent révèle que ce que principe de relativité n'est pas ancré dans les esprits, y compris dans celui des juges du fond, compte tenu de la portée générale de ces conventions multipartites, et de la variété de leurs objets respectifs⁵⁰. L'articulation de ces conventions de portée collective avec les polices individuelles des assurés, n'est au demeurant pas toujours évidente : elle prête parfois à confusion. Certains arrêts de cour d'appel en attestent⁵¹, ainsi, contrairement à ce qu'a pu décider la Cour d'appel de Riom, la présence dans la police d'assurance d'une clause de direction de procès ne conduit pas à

dite " d'escalade " et, en cas d'échec, à la " commission d'arbitrage ", dont les décisions s'imposent aux parties, puisqu'il ne pouvait « s'affranchir des règles prévues par cette convention ».

⁴⁷ Rapport belge de N. Scmitz n° 30, Rapport français de Ph. Pierre.

⁴⁸ Le protocole entre les assureurs et les organismes sociaux ne saurait être opposé aux victimes, et les victimes ne sauraient s'en prévaloir leur préjudice continue d'être évalué selon les règles du droit commun, seuls les rapports entre organismes sociaux et assureurs en sont affectés (Crim. 7 novembre 1989, n° 89-90398, RCA 1990 com. n° 68 et Civ. 2, 21 mai 1997, n° 95-18997 et Crim. 4 juin 1997, Bull. Crim. n° 219, n° 96-84268, plus récemment Crim. 29 novembre 2001 n° 00-15337, RCA 2002 comm. n° 94). Ainsi c'est le montant réel des prestations servies par les organismes sociaux qui doit être pris en compte et non les décomptes provenant de l'application du Protocole d'accord avec les organismes sociaux

⁴⁹ D'ailleurs s'agissant de la convention française IRSA, compte tenu de son emprise de fait sur le marché de l'assurance les assureurs conscients des risques de prendre les solutions convenues entre eux et les barèmes convenus entre eux pour le droit commun, ont dans un souci de meilleure transparence eu la volonté de rebaptiser ce barème de barème de répartition des recours entre adhérents, pour faire ressortir son caractère inopposable aux assurés, et victimes. Ils affichent aussi le souci de ne pas faire s'éloigner trop ce barème du montant des indemnisations judiciaires.

⁵⁰ Civ. 3, 14 mars 2012, n° 11-11313, RGDA 2012 p. 807 n. Bigot s'agissant de la convention de gestion des sinistres portant sur l'application dans le temps des garanties d'assurance responsabilité civile, élaborée par la FFSA ; elle est inopposable à l'assuré dont il n'est pas allégué qu'il y fut partie.

Civ. 1, 27 mai 2003, RCA 2003 n° 282 pour la convention de renonciation à recours relative aux indemnités versées au titre des pertes indirectes et des honoraires d'experts et souscrite par l'assureur de chose au bénéfice des assureurs de responsabilité, laquelle est inopposable à l'assuré dans le contexte du recours subrogatoire de l'assureur de choses contre l'assureur de responsabilité.

⁵¹ L'articulation parfois un peu complexe entre ces conventions entre sociétés d'assurance et la police du contrat d'assurance conduit parfois la jurisprudence à des errements. Ainsi un arrêt de la C. App. De Riom a-t-il pu énoncer que du fait même de la clause de direction de procès insérée à la police dont il était signataire, l'assuré ne pouvait prétendre que ne lui était pas opposable la désignation d'un expert unique en application de la convention CRAC (convention de règlement des recours de l'assurance construction). 1 : c'est confondre deux conventions distinctes, la police d'une part, et la convention entre assureur inopposable à l'assuré CA Riom 20 octobre 1999, RGDA 2000 p. 14

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

imposer à la victime l'expertise commune qui ne lie les assureurs que dans leurs rapports mutuels, en vertu de la convention.

Une convention entre assureurs ne pouvant en particulier, limiter les droits que l'assuré tire de son contrat d'assurance ou des règles impératives du Code des assurances qui l'encadrent, il en résulte qu'en cas de cumul d'assurances, par exemple, alors qu'une convention entre assureurs régit cette situation entre eux, en droit français, l'assuré peut s'adresser à l'un ou l'autre de ces assureurs⁵², sans avoir à tenir compte des règles conventionnelles désignant un gestionnaire du sinistre. De même, dans le cadre de l'action directe, la victime pourra choisir d'agir contre l'un quelconque des assureurs des responsables, déjouant les prévisions et processus mis en œuvre par ces conventions pour désigner l'organisme en charge de la gestion du sinistre⁵³.

18. L'effet relatif des conventions entre assureurs est d'autant plus important à rappeler qu'elles prennent parfois le contrepied de certaines positions jurisprudentielles, lesquelles n'en conservent pas moins une portée pour régir les rapports assureur / assuré ou assureur / victime.

Du fait de leur effet relatif, ces conventions ne devraient en rien tarir les droits des assurés ou des victimes dans leurs rapports avec l'assureur du responsable. Pourtant, leur opacité et l'ignorance plus grande des victimes, notamment lorsqu'elles ne sont pas assistées d'un avocat au fait de ces questions, les rend peu conscientes de cette inopposabilité. Elles omettront parfois de la faire valoir, pour souligner, par exemple, qu'elles ne sont pas liées par une expertise commune, convenue entre assureurs, alors qu'elles sont en droit de demander une contre-expertise. De fait, les assurés et les victimes s'inclinent le plus souvent sans contester les propositions qui leur sont faites sur la base de conventions inter-compagnies.

19. Or, le processus d'indemnisation largement configuré par les conventions entre assurances, n'intègre pas toujours les droits des assurés. Il contribue souvent à schématiser les situations, et donc les responsabilités respectives - le constat à pu être fait à propos du constat amiable qui n'intègre pas toujours certaines données de fait décisives⁵⁴ -, ramenant souvent les solutions à un partage de responsabilité à 50%. Sortir de ces schémas réducteurs suppose alors une vigilance et des efforts particuliers de l'assuré et des victimes, qui ne sont d'ailleurs pas toujours en mesure d'établir la matérialité des faits autrement que par ce constat amiable. D'où la nécessité, pour elles, d'être assistées par un avocat au cours du règlement transactionnel de l'indemnité, pour faire valoir effectivement leurs droits - et écarter par exemple l'hypothèse d'un partage de responsabilité -, alors même que le

⁵² art. L121-4 c. ass.

⁵³ La jurisprudence rappelant le caractère inopposable de ces conventions, souligne par exemple qu'il n'appartient pas à la victime de déterminer l'assureur censé lui présenter une offre en vertu de la convention IRCA (Crim. 28 nov. 2000, n° 99-87758).

⁵⁴ Rapport français de Ph Pierre I .

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

processus leur paraît balisé⁵⁵. D'où aussi, la nécessaire vigilance des organismes de lutte contre les clauses abusives, et contre certaines pratiques de renvoi à ces conventions entre assureurs peu accessibles et pas forcément conçues dans l'intérêt et pour les besoins des assurés⁵⁶.

20. Certains soulignent aussi les incidences collatérales de ces convention : le jeu des renonciations aux recours mutuels, peut entraîner une certaine déresponsabilisation. Cela a été soulevé en France pour les conventions relatives aux dégâts des eaux, de sorte que les conventions entre assureurs prévoient, en cas de sinistres répétitifs sur une période de 24 mois causé par le même auteur, une dérogation à la règle du non-recours⁵⁷.

Leur généralisation opère enfin un rapprochement des assurances de responsabilité civile du schéma assurantiel des assurances directes⁵⁸, puisque, l'assureur direct est souvent investi de l'indemnisation de son assuré, victime du sinistre. Il est certes l'interlocuteur direct, dans un premier temps. Mais rapprochement ne vaut pas pour autant assimilation de l'un à l'autre. Dans le cas de l'assurance automobile, notamment, le schéma reste celui d'une assurance responsabilité puisque le conducteur, ou en cas de décès ses ayant-droits, n'ont pas le même statut que les autres victimes. Par ailleurs, le mandat au départ donné à l'assureur de la victime est suivi de recours entre assureurs, régis par un schéma plus classique d'assurance de responsabilité⁵⁹.

21. Le rayonnement des conventions entre assureurs les apparente à la ou droit souple⁶⁰ : elles traduisent un phénomène d'autorégulation, dans le secteur de l'assurance, une sorte de codification privée. Le rapprochement permet de souligner que leur portée « relative » ne les prive pas de tout effet (indirect) sur le règlement conventionnel des sinistres d'assurance entre l'assureur et le tiers lésé ou dans les rapports avec l'auteur du dommage, c'est-à-dire des tiers à ces contrats. Convention d'indemnisation du sinistre qu'il convient désormais d'envisager...

II – La mise en œuvre amiable entre assureur et assuré ou victime : la pratique transactionnelle, mode de résolution alternatif des litiges d'assurance

22. Les risques couverts par l'assurance de responsabilité pourraient être indemnisés par une action judiciaire en responsabilité civile. Pourtant, la victime du sinistre, comme les assureurs, peuvent préférer souvent fixer à l'amiable le montant des indemnités d'assurance

⁵⁵ Ce qui en fait est trop rarement le cas, cf.

⁵⁶ cf. D'où enfin parfois, l'intérêt peut-être de se prévaloir de l'article 6§1 CESDH quand on est hors du champ du droit de la consommation, notamment si le droit d'accès au juge se trouve atteint.

⁵⁷ Lamy assurances 2013 n° 5450

⁵⁸ Constat partagé par le rapport belge de N. Schmitz comme par celui de E. Descheemaeker pour le rapport anglais de E. Descheemaeker p. 6 et par Ph. Pierre pour le rapport français.

⁵⁹ Rapport belge de N. Schultz.

⁶⁰ Rapport belge de N. Schmitz n° 47. En France certains auteurs y voit une forme de codification privée G. Chantepie, , in le droit souple, Travaux de l'ass. H. Capitant, Dalloz 2009 p. 39.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

évitant par ce biais les lenteurs et le coût d'une action en justice. Même dans les cas où la responsabilité de l'auteur du dommage est incontestable, il reste encore à quantifier les dommages-intérêts dus (en tenant compte éventuellement d'une faute de la victime qui, elle aussi, peut prêter à contestation et modifier l'indemnisation).

23. Les assureurs, soucieux de maîtriser aussi la gestion du risque contentieux s'orientent assez naturellement vers la fixation conventionnelle de l'indemnisation.

Ils y sont au demeurant parfois incités par les droits nationaux : soit par les textes de procédure civile, soit par des textes spéciaux du droit des assurances.

- La récente réforme de la procédure civile anglaise incite ainsi nettement à la conclusion d'une transaction en amont d'une action en justice, pénalisant financièrement celui qui refuse une offre raisonnable de transaction pour s'engager dans le contentieux. Elle renforce d'ailleurs peut-être ici à mauvais escient l'asymétrie du rapport victime (assuré) assureur, la victime étant mal placée pour évaluer le caractère raisonnable de la proposition et du coup incitée à accepter la première proposition qui lui est faite⁶¹. La réforme de la procédure civile italienne rend elle aussi obligatoire le recours à la médiation, en matière de contrat d'assurance : elle pourrait aussi accroître le nombre de transactions, apparemment encore faible. Mais cela supposerait alors de faire un lien systématique entre médiation réussie et transaction, ce qui est loin d'être acquis, les mécanismes incitatifs n'étant pas les mêmes que dans la procédure anglaise⁶². Au demeurant, il est encore tôt pour établir un bilan⁶³, d'autant que la réforme italienne a dû être amendée, en ce qu'elle ne tenait pas compte des mécanismes incitatifs propres au droit des assurances, imposant certaines contraintes de formulation d'offre, plus directement à la charge de l'assureur, en matière d'accident de la circulation⁶⁴.

- Le droit des assurances incite parfois l'assureur à proposer les termes d'un accord amiable, dans un temps restreint, sous forme d'une offre motivée d'indemnisation, susceptible d'acceptation par l'assuré, sous peine de sanctions pécuniaires dissuasives. L'harmonisation par les directives européennes « assurances » en droit des accidents de la circulation lui donne aujourd'hui une portée très générale, dans le secteur en cause, pour

⁶¹ Rapport anglais de E. Descheemaeker II p. 5

⁶² M. CANNARSA, , in Proposition en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil des transactions, Rapport de l'Université de Lyon III pour la mission droit et justice p. 315 spec. P. 324.

⁶³ Ce constat pourrait d'ailleurs être étendu à l'Allemagne qui elle aussi généralise le recours au règlement amiable en faisant une procédure obligatoire en droit civil. cf. A. Alberts et C. Astoux, Clerc, , in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil des transactions », précité p. 292

⁶⁴ La réforme de la procédure civile imposant la médiation obligatoire n'a pas tenu compte de l'existence, dans le domaine de l'assurance automobile, d'une procédure de conciliation obligatoire (représentée par les articles 148 et suivants du Code des assurances). Le dispositif après une déclaration d'inconstitutionnalité a été repris, il prévoit une médiation obligatoire en matière d'assurance obligatoire mais réserve l'hypothèse des accidents de la circulation régis par des règles propres. Même avec les mécanismes d'offre issus de la directive et prévus par les articles 145-149 du Code des assurances le recours à l'action judiciaire reste très haut en matière d'accident de la circulation selon N. Vardi.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

tous les droits envisagés, même si le processus est plus ou moins encadré, plus ou moins contraignant selon les Etats⁶⁵. D'autres illustrations de ces procédures contraignantes d'offre, formulées dans certains délais, existent aussi dans les droits nationaux français pour l'assurance dommage ouvrage⁶⁶, ou en droit belge pour les sinistres d'incendie⁶⁷.

Ces procédures d'offres institutionnalisent la gestion amiable des sinistres d'assurance : le terme de procédure transactionnelle est dès lors ici employé à dessein pour le traduire⁶⁸. Or la portée contraignante de ces mécanismes incitatifs a parfois relancé le débat de la qualification de la convention d'indemnisation. Cette transaction, à supposer la qualification acquise - ce sur quoi on s'attardera d'abord -, est donc conclue dans la dépendance du droit de la responsabilité et de celui des assurances. Elle intègre alors les spécificités de la situation en cause, puisque ce contrat n'emporte pas novation⁶⁹, invitant à s'interroger sur la place de l'assureur dans les négociations, comme nous le verrons ensuite.

A – La qualification de la convention

24. En matière d'assurance, dans les divers droits envisagés la fixation transactionnelle des indemnités dues est l'hypothèse la plus fréquente⁷⁰, pour la grande masse des sinistres,

⁶⁵ Art. 22 de la directive du 16 septembre 2009 avec une réponse motivée à la réclamation de la victime d'accident dans les 3 mois de la réclamation (chiffrée) ; avec un système de sanctions financières et administratives en cas d'offre tardive).

Art. L. 211-9 c. ass. Français.

⁶⁶ Rapport français en matière d'assurance dommage ouvrage (art. L 242-1 c. ass., ou encore dans le code de la santé publique pour ce qui est des différentes procédures d'offre formulée par les fonds d'indemnisation (pour les accidents médicaux art. L 1142- 14 c. santé pub. et art. L 1142- 24-6 pour les victimes du benfluorex).

⁶⁷ Rapport belge de N. Schmitz n° 23

⁶⁸ On notera également que sous l'influence du droit européen ces transactions peuvent assez largement par une procédure simple et rapide être assorties de la formule exécutoire (cf. pour de droit allemand cf. A. Alberts et C. Astoux, Clerc, , in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Live troisième du Code civil des transactions », Rapport de l'Université de Lyon III pour la mission droit et justice p. 267

⁶⁹ Absence d'effet novatoire en droit français, voir aussi A. Alberts et C. Astoux article précité pour le droit allemand et pour le droit suisse P. DALMAZIR, , précité p. 351

Pour le droit italien, selon l'article 1965 du code civil italien : «

». Voir aussi M. CANNARSA, , précité p. 315. Et notamment sans concessions réciproques la transaction est nulle en droit italien. En plus d'un litige il faut en droit italien une incertitude.

Pour le droit anglais sur l'exigence de considération et l'exigence d'un litige cf. C. Lardaud, Clerc, , in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Live troisième du Code civil des transactions », Rapport de l'Université de Lyon III pour la mission droit et justice p. 280

Pour le droit allemand, § 779 du BGB qui pose l'exigence de concessions réciproques à peine de nullité de la transaction. Il faut également un litige ou du moins une incertitude sur le sort réservé à la prétention des parties. Ces deux éléments sont requis à peine de nullité de la transaction, faute de quoi ce contrat est dépourvu de fondement cf. A. Alberts et C. Astoux, Clerc, , in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Live troisième du Code civil des transactions », précité p. 261.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

réserve étant faite parfois de certains grands sinistres⁷¹, sauf peut-être en Italie où le rapport de Mme Vardi souligne encore la fréquence des actions en justice. Cette indemnisation amiable, lorsqu'elle est pratiquée, permet en outre une indemnisation plus rapide.

25. Apparemment la qualification de l'accord issu des négociations menées entre l'assureur et la victime, ou entre l'assureur et l'assuré, comme contrat de transaction ne semble pas poser difficulté et être assez communément partagée⁷². Comme le faisait ressortir le récent rapport de la mission de recherche droit et justice, de l'Université de Lyon

Pour le droit roumain, Cf. Rapport roumain par Razvan Dinca La mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, la qualification transactionnelle est retenue tant en matière d'assurance responsabilité que dans le domaine des accidents de la circulation dans la mesure où la convention se propose d'éliminer les litiges liés au dédommagement de la victime et a son quantum.

En droit roumain, la transaction est annulable pour défaut de cause, comme tout autre contrat. L'inexistence des concessions pourrait être considérée comme une application du manque de cause. En revanche, la transaction ne peut être annulée sur le fondement de la lésion. Et la jurisprudence refuse de ce fait d'annuler la transaction pour erreur sur le quantum des préjudices subis. Néanmoins, l'erreur sur la nature du préjudice ou sur les conséquences nouvelles ou aggravées de la faute sur laquelle la transaction a été conclue, peut déterminer son annulation.

Pour le droit suisse, P. DALMAZIR, _____, in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Live troisième du Code civil des transactions », précité p. 343 L'inspiration du contrat de transaction en droit suisse et en droit français est assez proche même si la transaction ne fait pas l'objet de dispositions propres au sein du Code civil suisse fédéral. Elle est vue comme une institution essentiellement pratique et parfois régie par les législations cantonales. La transaction est définie en jurisprudence comme «

» 13 Recueil Officiel, 95/1969 II, p. 419.

Pour le droit québécois, L'article 2631 du Code civil québécois exige des concessions réciproques à peine de nullité de la transaction, sachant que c'est un contrat qui vise à mettre fin à un litige même s'il existe des débats autour de la condition du litige Y EMERICH et V. PEZZELA, _____, in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Live troisième du Code civil des transactions », Rapport de l'Université de Lyon III pour la mission droit et justice p. 326.

⁷⁰ Rapport anglais de E. Descheemaeker et sources tiré du Atiyah's Accidents, Compensation and the Law de Peter Cane p. 232, voir également rapport français de Ph. Pierre. En Espagne à l'occasion des journées du GRERCA consacrées à l'indemnisation des accidents de la circulation il avait pu être constaté que les litiges d'indemnisation y compris ceux qui concernent un dommage corporel, sont pour al plupart réglés à l'amiable et sans l'intervention d'un avocat... (cf. Jordi Ribot,

_____, GRERCA Luxembourg, 15 déc. 2012). Seules les accidents corporels les plus graves ouvrent une action judiciaire mais elle est alors pénale, notamment parce que cela permet de profiter des facilités de preuve de l'action pénale à un moindre coût....

⁷¹ En Espagne à l'occasion des journées du GRERCA consacrées à l'indemnisation des accidents de la circulation il avait pu être constaté que les litiges d'indemnisation y compris ceux qui concernent un dommage corporel, sont pour la plupart réglés à l'amiable et sans l'intervention d'un avocat... (cf. Jordi Ribot,

_____, GRERCA Luxembourg, 15 déc. 2012). Seules les accidents corporels les plus graves ouvrent une action judiciaire mais elle est alors pénale, notamment parce que cela permet de profiter des facilités de preuve de l'action pénale à un moindre coût....

⁷² L'art. 1809 du Code civil espagnol définit précisément la transaction comme : «

». La jurisprudence est venue, elle aussi, préciser la notion : «

» Sentencia 13
octubre 1997, ponente Sr Garcia Varela, RJ 1997/7073. L'article 1813 du code civil espagnol permet de transiger sur l'action civile issue d'un délit car celle-ci est basée sur un intérêt exclusivement privé.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

III, remis au ministère de la Justice français en avril dernier, comportant des éléments de droit comparé de plusieurs pays, il faut pour retenir cette qualification de transaction (ou settlement), constater l'existence d'un litige, auquel le contrat entend mettre un terme et qui porte ici sur l'indemnisation : son principe et son quantum.

Les divers droits envisagés précisent parfois le domaine des transactions certains faisant référence à la libre disponibilité des droits⁷³ : or les indemnités couvrant les sinistres pris en charge par ces assurances relèvent du domaine des droits disponibles, à la différence de l'action publique en cas d'infraction pénale⁷⁴.

26. L'exigence d'un litige est appréciée de façon assez souple par les divers droits⁷⁵. Ainsi, l'objet même ce contrat est le droit d'action : les parties avaient au départ le choix de faire fixer l'indemnité de responsabilité par les tribunaux, ou de la fixer conventionnellement, choix qui, au moins du côté de la victime, doit être considéré comme un droit fondamental, garantissant son accès au juge, garantie que la CEDH veille à préserver, pour que la renonciation définitive à cette voie soit consciente et éclairée⁷⁶. Cela légitime alors que le processus d'indemnisation issu des directives en matière d'accident de la circulation, qui passe par une offre motivée imposée à l'assureur, laisse en définitive, le choix à la victime de la voie de l'indemnisation : amiable ou judiciaire.

Il arrive, au demeurant, qu'une partie conteste cette intention de mettre fin à un litige, réduisant alors la portée de l'acte à une simple quittance, le constat a pu être fait en droit belge ou en droit français, de sorte que l'acte n'aurait pas une portée définitive et n'exclurait pas une action en indemnisation pour les chefs qui ne seraient pas compris dans l'objet de la quittance⁷⁷.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

27. Le constat de ce que la transaction, aboutit souvent à une indemnisation moindre⁷⁸, semble assez généralement partagé. Le rapport anglais l'illustre avec l'affaire de la thalidomide, (concernant des enfants nés difformes dans les décennies d'après-guerre du fait de l'ingestion par leurs mères de ce médicament), les demandeurs ayant accepté de transiger pour 40% du montant supposé de la compensation intégrale du fait des doutes concernant des points aussi bien de fait que de droit. Cela devrait fragiliser ce contrat, puisque le défaut de concessions permet dans de nombreux droits de remettre en cause cette qualification, voire d'annuler la transaction⁷⁹.

Cela a conduit, en France, à se poser la question de la pertinence du maintien de ce critère des concessions réciproques précisément dans le contexte de l'indemnisation d'un préjudice en responsabilité civile, compte tenu des difficultés à les identifier de part et d'autre... Pourtant, le rapport de la mission Droit et Justice confirme l'opportunité du maintien de cet élément caractéristique de ce contrat, la même question ayant abouti à la même réponse quelques années plus tôt lors de la réforme du droit civil québécois. Sans doute parce que les concessions réciproques constituent un critère communément partagé au sein des pays envisagés, qui renvoie à la logique de ce contrat, et le distingue d'institutions voisines, même si le critère comporte certaines incertitudes et est appréhendé avec une certaine souplesse⁸⁰. Avec souvent des difficultés analogues, puisque s'agissant

⁷⁸ Rapport anglais de E. Descheemaeker évoquant l'affaire de la Thalomid, notamment.

⁷⁹ Une partie de la doctrine suisse ne considère la condition des concessions réciproques comme un élément nécessaire à la transaction. Ces auteurs estiment qu'il importe peu que l'accord conclu s'analyse comme un acte juridique à titre gratuit ou à titre onéreux. Selon eux, le juge n'a pas à se soucier de la réciprocité des concessions puisque cet élément ne rentrerait pas dans le contrôle opéré par celui-ci. Cette doctrine défend avec ferveur le rôle joué par l'autonomie de la volonté. Le seul élément qui serait déterminant se trouverait dans la bilatéralité de la transaction, dans l'accord conclu entre les parties. P. DALMAZIR, *op. cit.*, précité.

En Suisse, l'article 21 du Code des obligations permet au débiteur d'invalidier le contrat dans le délai d'un an à compter de sa conclusion en cas de « disproportion évidente entre la prestation promise et la contre-prestation de l'autre » au titre de la lésion. Encore faut-il que la lésion ait été déterminée par la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de celui qui s'en prévaut. « L'existence d'une différence minimale entre les dommages-intérêts ou l'indemnité pour tort moral effectivement payés et la somme réclamée au même titre ne suffit donc pas pour attaquer une transaction avec succès » Tribunal Fédéral, ATF 110 II 136

Dans le domaine particulier de la responsabilité civile où il est établi que le danger de conclure des transactions inéquitables est grand, le législateur (Loi Fondamentale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière) a introduit des dispositions plus strictes. Il est possible de faire annuler « dans le délai d'un an à compter de sa conclusion toute convention fixant une indemnité manifestement insuffisante », sans égard aux conditions dans lesquelles elle a été passée. La différence est de taille puisque la convention peut être invalidée même s'il n'y a pas eu exploitation de la situation de faiblesse de l'autre partie. Enfin, pour déterminer la disproportion, on se place d'un point de vue objectif en comparant le « montant du dommage (tel qu'il est déterminable au moment de la conclusion de l'accord), à ce que le lésé a effectivement reçu » Tribunal Fédéral, 4C. 219/2001 du 31 octobre 2001

⁸⁰ Sur l'appréciation souple des concessions réciproques en droit espagnol cf. Q. Nemoz Rajot, *op. cit.*, in Proposition en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil des transactions, précité p. 297 voir aussi cf. A. Alberts et C. Astoux, Clerc, La transaction en droit allemand, in « Proposition en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil des transactions », précité p. 264 soulignant qu'il suffit parfois de renonciations insignifiantes. La nullité ne joue à défaut de concessions réciproques que s'il y a une disproportion frappante.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

d'un contrat conclu « dans l'ombre de la loi », pour reprendre les termes d'Eric Descheemaeker, elles doivent être appréhendées au regard des prétentions formulées de part et d'autre, et non au regard de ce que le juge aurait attribué. Sachant aussi que dans bon nombre de pays, ces concessions peuvent être d'ordre différents, notamment d'ordre procédural pour l'une d'entre elle au moins, ce qui n'aide pas à apprécier leur caractère effectif de part et d'autre. Avec aussi ce constat commun que le contrôle de l'existence de ces concessions de part et d'autre n'est pas un contrôle de l'équivalence ou de l'équilibre du contrat en cause, les hypothèses de censure étant dès lors marginales. Seuls les plateaux de la balance de la justice devraient être équilibrés ! La jurisprudence française, quant à elle, a résolu la question de manière spéciale, en énonçant que la transaction, conclue en application de la loi de 1985 obéit à des mécanismes dérogatoires, et est soustraite au contrôle des concessions réciproques, sans que la portée de cette affirmation soit totalement élucidée⁸¹. Elle continue d'ailleurs de vérifier l'existence de concessions mutuelles dans les autres conventions d'indemnisation amiables conclues, hors de ce domaine par les assureurs – même si les censures pour concessions dérisoires sont rares⁸².

Voir aussi pour le droit italien M. CANNARSA, , in Proposition en vue de la réforme du titre XV Livre troisième du Code civil des transactions, Rapport de l'Université de Lyon III pour la mission droit et justice p. 315. Et si sans concessions réciproques la transaction est nulle en droit italien, car elles sont un élément causal de ce contrat, l'auteur souligne que les concessions sont appréciées avec une certaine souplesse et peuvent avoir des objets assez variés. L'équilibre économique n'est pas une condition de validité car ce sont les prétentions et contestations respectives que l'on confronte et non les droits effectifs des parties, les concessions n'ont donc pas à être équivalentes ou proportionnelles.

⁸¹ Cf. Infra

⁸² Et ce y compris après l'arrêt de 2006 rendu en matière d'accident de la circulation qui qualifie cette transaction de dérogatoire... Voir Civ. 1, 6 décembre 2007, n° 06-18049 pour une indemnisation proposée par le FIPOL il est relevé que la victime a certes accepté une limitation importante de la réparation du préjudice à laquelle il pouvait prétendre, une indemnisation amiable avait été proposée aux victimes sans attendre l'issue d'une procédure longue et coûteuse, que le FIPOL avait accepté au titre d'une indemnisation forfaitaire de dédommager M. X... pour la période pour laquelle il ne justifiait pas de ses pertes financières et qu'enfin le mode de détermination des pertes soit la référence à un coefficient de marée égal ou supérieur à 85 pour calculer les jours de pêche à indemniser était favorable à la victime

Et Civ. 1, 14 février 2008, n° 06-21378. En l'espèce, un incendie ravage un commerce. L'assurée et l'assureur sont en procès. Ils concluent une transaction pour mettre fin au litige dont la validité est ensuite contestée par l'assurée. Voyant sa demande rejetée par les juges du fond, celle-ci se pourvoit en cassation au moyen qu'il n'y aurait pas eu de concessions de la part de l'assureur. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que les juges du fond ont démontré « les concessions opérées par l'assureur », lesquelles consistent à ne plus mettre en œuvre une procédure contre l'assurée et à payer une indemnité forfaitaire. La jurisprudence ne s'est ici pas contentée du seul abandon du droit d'action mais exige, en plus, que soit bien caractérisée une renonciation à un droit substantiel ou à une prétention. Ainsi, la référence à une indemnité forfaitaire implique que le dommage indemnisé n'a pas eu besoin d'être prouvé et évalué alors que l'assureur n'est théoriquement tenu d'indemniser que les préjudices prouvés et évalués, en application du principe indemnitaire.

Voir aussi Civ. 2, 24 novembre 2011, n° 10-26208, qui à propos d'une convention d'indemnisation liée à un contrat d'assurance vie énonce qu' « aucune autre cause d'annulation ou de rescision de la transaction » et se retranche derrière son caractère définitif pour refuser toute indemnisation complémentaire.

Et avant cette date, Civ. 1, 9 juillet 2003, n° 01-11963, RGDA 2004, p. 712, note P. Rémy ; JCP G 2003, II, 10171, note R. Desgorges ; RDC 2004, p. 1033, obs. X. Lagarde qui invite le juge à rechercher systématiquement d'office l'effectivité des concessions mutuelles alors que le contentieux était engagé sur le terrain de l'absence d'offre.

Civ. 1, 26 novembre 2002, n° 99-15325, RGDA 2003, p. 100 : «

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

28. De même, le rapprochement des expériences nationales laisse apparaître que la victime n'est que rarement assistée⁸³. Ce, alors que le rapport de force entre assureur et victime est structurellement déséquilibré, l'assureur ayant une grande expérience de ce genre de négociations et maîtrisant les subtilités du droit en vigueur et alors qu'il existe, en Angleterre comme en France⁸⁴ des cabinets d'avocats spécialisés, et que dans ces deux pays, l'aide juridictionnelle peut couvrir ces frais de transaction⁸⁵. Ce constat explique, en partie, la faiblesse des indemnités obtenues à l'amiable. Une assistance plus systématique par des avocats contribuerait sans doute à une plus grande vigilance à en faire ressortir des concessions mutuelles.

- En Angleterre, cela a conduit à suggérer que les tribunaux disposent d'un pouvoir modérateur dans le cas où la victime n'avait pas été représentée par un professionnel ; tel n'est pourtant pas le cas actuellement⁸⁶.

- En France, en matière d'accident de la circulation, la procédure d'offre d'indemnisation mise en place par la loi de 1985, plus exigeante que celle issue du droit européen, oblige l'assureur à formuler une offre détaillée d'indemnisation comprenant tous les chefs de préjudice, ce qui devrait en partie éviter certaines sous-évaluations – mais de fait pas toutes. Et, les associations de victime continuent donc de réclamer l'assistance systématique par un avocat pour assurer leur protection, notamment t

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

Précisément, les contraintes pesant spécialement sur l'assureur, qui d'une part le soumettent plus directement au choix de la victime (entre voie amiable et judiciaire) et qui d'autre part, sont assorties de sanctions financières dissuasives à son égard⁸⁸, ont conduit le juge français à voir dans les transactions conclues en matière d'accident de la circulation des transactions atypiques, dérogoires. La Cour de cassation partant du constat qu'un contrôle judiciaire en amont de la procédure d'offre, est censé garantir une réparation intégrale, comprenant tous les chefs de préjudice - sous peine de sanctions, l'offre doit être détaillée et formulée rapidement - les a ainsi soustraites au contrôle de l'existence des concessions réciproques. Il a ainsi été jugé que : «

»⁸⁹. La France semble toutefois pour l'heure être la seule à considérer qu'il y a là une transaction spéciale dérogoire qui ne relèverait pas du contrôle de concessions réciproques, du fait des mécanismes contraignants de l'offre et des sanctions civiles qui y sont attachées, en maintenant hors de ce domaine un contrôle des concessions mutuelles pour les autres transactions conclues par les assureurs. Néanmoins, le rapport italien souligne également que le règlement extra-judiciaire prévu par l'art. 148 du Code des assurances privé italien en matière d'assurance automobile est considéré comme une procédure « spéciale », réglée en manière détaillée par les articles du Code des assurances⁹⁰ et non par le droit général issu du code civil.

Il faut en tous cas souligner qu'ôter toute référence à la transaction supposerait de doter ces conventions d'indemnisation d'un régime complet plus détaillé propre à ménager les intérêts respectifs des parties, en particulier ceux de la victime en situation d'infériorité. Le seul constat du caractère dérogoire de ces conventions d'indemnisation conclues en application de la procédure d'offre, n'induit pas nécessairement l'absence de contrôle () de l'existence de concessions, notamment si n'est sanctionnée en amont que l'offre tardive. A défaut, supprimer le contrôle des concessions réciproques ne semble pas opportun et protecteur pour la personne lésée, souvent victime de la sous-indemnisation, en ce sens qu'elle la prive du moyen - certes marginal en pratique - de remettre en cause un transaction dépourvue de concession, y compris en droit des assurances.

⁸⁸ Exigence d'une offre détaillée et soumise à certains délais sous peine de sanctions dont l'initiative incombe à l'assureur (art. L 211-9 et L 21-13 et L211-14 c. ass. français) droit de dénonciation (art. L 211-16), pris en compte de l'aggravation (art. L 211- 19) et de la vulnérabilité de certaines victimes pour lesquels le projet d'accord est soumis aux organes de protection à peine de nullité (art. L 211- 15) ainsi qu'une pénalité si le paiement effectif des indemnités ne se fait pas dans le délai d'un mois à l'expiration du délai de dénonciation (art. L 211-17 et 211-15).

⁸⁹ Civ. 2, 16 nov. 2006, n° 05-18631. La victime avait en l'occurrence, par la voie de son représentant légal, renoncé sans contrepartie à l'indemnisation de l'assistance par tierce personne.

Voir aussi reprenant la solution Civ. 1, 20 janvier 2010, n° 08-19627, RLDC n° 72 juin 2010 p. 16 n. C Boillot, RTD Civ. 2010 p. 302 n. Hauser, RCA 2010 n° 75

⁹⁰ D.lgs. 209/2005

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

Le modèle européen résultant de la directive semble moins contraignant que la procédure d'offre française ou belge. Il impose surtout des délais à peine de sanction et implique une offre motivée, sans nécessairement prévoir une sanction de l'offre manifestement insuffisante, comme en France ou en Belgique⁹¹. Or, la suppression du contrôle jurisprudentiel des concessions dépend d'une appréciation de l'ensemble de dispositions spécifiques, qui par les contraintes qu'elle pose en amont dans le processus de formulation de l'offre, le rendrait superflu, la réparation effective du préjudice étant par ailleurs assurée.

L'exemple français et la position du droit italien qui souligne le caractère original de la procédure d'offre font toutefois apparaître l'originalité des mécanismes d'indemnisation conventionnels ainsi mis en place, davantage cadrés et organisés qui acquièrent ainsi une tournure plus institutionnelle, en droit des assurances.

B– Les spécificités du rapport d'assurance

30. Les spécificités de l'indemnisation amiable dans le contrat d'assurance tiennent à plusieurs aspects, d'abord au fait que l'indemnisation met parfois en cause plusieurs acteurs (caisse de sécurité sociale fonds⁹²), qu'il faudra alors intégrer au processus de négociation pour avoir une vue complète de la réparation accordée à la victime. A défaut d'une telle association, le principe de l'effet relatif des contrats régira la coexistence de ces divers contrats relatifs à l'indemnisation⁹³.

Elles viennent de ce qu'en droit des assurances, à supposer même de s'en tenir au schéma le plus simple d'un assureur et d'un auteur du dommage confronté à une victime, deux personnes sont susceptibles de négocier l'indemnisation amiable du dommage avec le tiers lésé. L'assureur d'une part, et l'auteur du dommage d'autre part, qui peuvent l'un et l'autre prétendre conclure une transaction avec la victime.

L'assureur supportant en principe la charge définitive de la dette de responsabilité peut alors vouloir conserver la maîtrise de la défense au procès comme de la conduite des négociations amiables. Le règlement amiable directement convenu entre la victime et l'auteur du dommage pourrait présenter un risque particulier pour l'assureur, si l'on considère que le règlement transactionnel réalise le risque couvert par l'assurance⁹⁴. Pour

⁹¹ Art. 13 de la loi du 21 nov. 1989 relative à l'assurance obligatoire de responsabilité des véhicules automoteurs V. Callewaert et N Estienne, Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance Rapport belge GRERCA 14 et 15 décembre 2012.

⁹² Art. L 211-11 c. ass. français en droit des accidents de la circulation prévoit ainsi les modalités et des délais pour que les tiers payeurs dument informés produisent leur créance en temps utiles assorti d'un mécanisme de déchéance.

⁹³ En droit anglais, la transaction est régi par la « privity of contract » cf. La transaction en droit anglais précité p. 291 Et en Allemagne, Arne Alberts et Caroline Astoux, La transaction en droit allemand in La transaction proposition en vue d'une réforme du titre XV du Code civil, précité , p. 267. En droit français cf. Art. 2051 c. civ.

⁹⁴ Ainsi, c'est en analysant la transaction assuré/victime comme la réalisation objective du risque que la Cour de cassation a autorisé une compagnie d'assurances demeurée tiers à l'acte puisse s'en prévaloir, nonobstant l'effet relatif des conventions Civ. 1, 23 juin 1998, n° 96-12489.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

prévenir les difficultés que suscite cette situation, les clauses du contrat d'assurance prévoient parfois divers mécanismes qui permettent à l'assureur de conserver une certaine maîtrise sur le règlement amiable du dommage et sur le montant de l'indemnisation.

Deux schémas existent : l'un repose sur un mécanisme plus « informatif », l'autre sur un schéma plus directif, réservant par une clause du contrat le pouvoir de négociation à l'assureur.

L'un et l'autre reposent apparemment, dans les droits en cause sur l'insertion d'une clause spécifique de la police, soit sur les prévisions contractuelles de l'assureur, rappelant ainsi la nature contractuelle des mécanismes d'assurance. Ces clauses semblent assez répandues dans les droits où elles sont envisagées.

31. * **Dans le schéma plus informatif** sont prévus des mécanismes incitant l'auteur du dommage à informer son assureur des démarches transactionnelles engagées, sous peine que la transaction lui soit inopposable, en vue de l'associer aux négociations.

En droit anglais, le contrat d'assurance peut, et généralement va, prévoir l'obligation pour l'assuré d'informer l'assureur de toute demande reçue de la part d'éventuelles victimes, et le droit pour l'assureur de s'associer à la transaction s'il le souhaite⁹⁵. De même, il est courant de prévoir en Grande Bretagne des clauses du contrat obligeant à révéler une pluralité d'assurances couvrant le même risque ce qui permet à chaque assureur de ne payer que sa part....

En France, les contrats d'assurances de responsabilité stipulent généralement l'inopposabilité de la transaction intervenue hors la vue de l'assureur (art. L. 124-2 c. ass.), qui vise à associer l'assureur au processus transactionnel. Cette clause est quasi systématiquement insérée dans les contrats d'assurance, tout comme celle qui prive d'effet, à son égard, une reconnaissance de responsabilité faite par l'assuré hors de lui. Le législateur est seulement intervenu pour prévoir la sanction de ce défaut d'information : l'inopposabilité⁹⁶ - à supposer bien sûr que l'assureur n'en ait pas eu connaissance ou n'y ait pas consenti - en présence d'une telle clause⁹⁷. Elle permettait ainsi à l'assureur si elle était transgressée de refuser sa garantie à l'assuré, mais ne saurait être sanctionnée par une déchéance.

En droit roumain en matière d'assurances (en vertu de l'article 2207 C. civ.), l'assuré est également tenu de porter à la connaissance de l'assureur la réalisation du risque assuré dans le délai prévu dans le contrat d'assurance, ce qui vise apparemment la procédure de règlement du dédommagement conventionnelle ou judiciaire⁹⁸, mais cette fois l'origine de cette obligation semble légale.

⁹⁵ MacGillivray on Insurance Law, 13ème éd, 29-043

⁹⁶ Civ. 1, 4 avril 2001, n° 98-11841. C'est une inopposabilité et non une déchéance.

⁹⁷ Civ. 1, 22 juillet 1986, Bull. I n° 216

⁹⁸ Rapport roumain R. Dinca, pour interpréter ce délai (et son respect effectif), et sauf stipulation contraire dans le contrat d'assurance, le délai commence à courir au moment où l'assuré reçoit la demande de dédommagement formulée par la victime.

En cas d'inexécution de l'obligation de communiquer la réalisation du risque, l'assureur a le droit de refuser le paiement de l'indemnité lorsque cette inexécution l'empêche de déterminer la cause de la survenance de l'événement assuré ou l'étendue du dommage.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

32. * **Dans le schéma plus « directif »** : l'assureur se réserve le pouvoir de transiger au nom de son assuré, auteur du dommage par une clause du contrat. Cela ne pose pas de difficulté puisque la plupart du temps les intérêts de l'assureur et de l'assuré convergent. En revanche, cette convergence d'intérêt disparaît si l'assureur vient à invoquer un plafond de responsabilité ou une exclusion de garantie, et conduit à s'interroger sur les limites de ce pouvoir. Répondre à cette question suppose alors de qualifier le contrat investissant l'assureur du pouvoir de transiger, ce qui prête à débats, dans plusieurs droits nationaux.

Ainsi, en Italie un « pacte de gestion de la dispute » est quasi systématiquement intégré au contrat d'assurance. Cette clause de la police confère à l'assureur la gestion du litige, qu'elle soit judiciaire ou amiable, avec le tiers lésé. Elle met à la charge de l'assureur une obligation de faire accessoire, qui se réalise soit directement par l'assureur, soit en fournissant à l'assuré les moyens pour gérer la dispute. La nature juridique de cette clause est discutée. Elle pourrait être appréhendée comme un mandat conféré dans l'intérêt commun de l'assureur et de l'auteur du dommage (mandat au sens de l'art. 1723, 2ème alinéa, c.c.); soit comme un contrat atypique, accessoire au contrat d'assurance. L'assureur assumant cette obligation particulière de négocier le principe et le quantum de l'indemnisation engage sa responsabilité : de sorte que pourrait lui être opposé par l'assuré (voir par le tiers lésé), une « mala gestio » voire une « mala gestio procédurale », liée à sa conduite négligente dans la détermination des responsabilités ou dans la liquidation des dommages-intérêts. L'action relève d'une responsabilité contractuelle.

En France, la clause réservant à l'assureur la faculté de transiger seul avec la victime est très couramment répandue⁹⁹ : il s'agit de la clause de transaction¹⁰⁰, que l'on distingue de la clause de direction de procès, si bien que l'approche diffère un peu du schéma italien. La clause de transaction s'ajoute quasi systématiquement dans les polices à la clause envisagée à l'article L 124-2 c. ass. En revanche, les mêmes débats de qualification existent en France. L'analyse la plus courante de cette clause, y voit un mandat général ou - ou plus exactement, d'une promesse de mandat ! – de sorte que le règlement transactionnel lie en définitive l'assuré ; certains recourent même à la notion de mandat d'intérêt commun. Cette analyse au travers du mandat est cependant controversée¹⁰¹, car il est difficile de donner à ce mandat un périmètre précis, traduisant les limites des pouvoirs de représentation de l'assureur assignées par la jurisprudence. Les transactions conclues

⁹⁹ Indépendamment de la clause si elle n'avait pas été stipulée l'assuré pourrait donner à son assureur le pouvoir de transiger en son nom et lieu à sa place.

¹⁰⁰ Elle se distingue ce faisant de la clause de direction de procès qui laisse à l'assureur la faculté de se charger du procès intenté par la victime à l'assuré et dont la mise en œuvre est facultative. La clause de direction de procès se distingue aussi de la clause défense recours, contraignante pour l'assureur qui l'oblige à diriger le procès. Dans l'un et l'autre cas l'assureur qui prend la direction du procès est censé renoncer aux exceptions dont il aurait pu invoquer le bénéfice et s'il était en mesure de connaître ces exceptions. C'est par extension de ces principes qui découlent de l'article L. 113-17 c. ass. lequel ne vise directement que la direction du procès que sont assignées les limites du pouvoir réservé à l'assureur de transiger au lieu et place de

¹⁰¹ J Beauchard, RGDA 2010 précité qui l'analyse comme une convention sui generis.

On retrouve ici des réserves qui peuvent être opposées pour qualifier la clause de direction de procès de mandat ou de promesse de mandat.

**Les assurances de responsabilité, mise en œuvre amiable :
Procédures transactionnelles et conventions entre assureurs 03/12/13**

restent sans effet – sauf validation – si l'assuré « mandant » se trouve personnellement impliqué par l'indemnisation de la victime, à la suite d'une franchise ou d'une cause de non assurance ultérieurement soulevée par l'assureur « mandataire »¹⁰². C'est la raison pour laquelle, la qualification de contrat est parfois préférée aussi en droit français. Il est alors généralement conseillé, si le dommage risque de ne pas être couvert intégralement par l'assurance d'associer l'assuré aux négociations...

En droit anglais, les polices prévoient souvent que l'assureur organisera y compris la défense au pénal de l'assuré au cas où sa responsabilité civile pourrait se voir engagée ultérieurement sur la base des mêmes faits¹⁰³. Le contrat prévoit souvent aussi le droit pour l'assureur de transiger s'il le souhaite pour son assuré. La transaction opérée par l'assureur lie l'assuré en vertu des règles du mandat (agency) en anglais. Et, si l'assuré estime avoir subi un préjudice, il pourra réclamer des dommages-intérêts à l'assureur.

33. Pour conclure, la consécration de l'action directe semble favoriser l'essor du règlement amiable des litiges : incitant à la fois à développer les conventions entre assureurs pour opérer une centralisation des recours par le mandat donné à l'un d'entre eux, et au règlement transactionnel en simplifiant la conduite des négociations¹⁰⁴. Ce n'est donc sans doute pas un hasard que la mise en œuvre amiable trouve aujourd'hui un terrain propice en droit des accidents de la circulation, où l'action directe s'est généralisée, sous l'influence des directives européennes. Cette mise en œuvre amiable pourrait continuer de progresser dans les pays qui, comme l'Allemagne étendent l'action directe à l'ensemble des assurances obligatoires.

¹⁰² Civ. 1, 19 juin 2001, n° 98-23438, pour le cas d'une franchise.

Certaines décisions ont admis qu'en cas de déchéance totale excluant toute garantie de l'assureur, ce dernier conservait quand même le pouvoir de transiger au nom de l'assuré (CA Paris, 7 nov. 1970, D. 1971, J p. 367 ; Gaz. Pal. 1971, 1, p. 46, note M. D. V.). Mais la Cour de cassation estime que dans une telle hypothèse, l'assureur perd le pouvoir de transiger dès lors qu'il refuse sa garantie à l'assuré et qu'en conséquence la transaction qu'il a pu conclure est inopposable à l'assuré (Civ. 1, 9 mai 1972, D. 1972, J p. 658, cassant l'arrêt de la CA Paris, 7 nov. 1970, précité ; Civ. 1, 30 juin 1976, Bull. I, n° 243 ; RTD civ. 1977, p. 141, obs. Durry). L'assureur en de telles conditions, ne pourrait recouvrer le pouvoir de transiger que du consentement de l'assuré. Lorsque la déchéance n'est que partielle, il faut admettre, et pour autant que cela soit pratiquement possible, que l'assureur conserve le pouvoir de transiger mais dans les seules limites de sa garantie.

¹⁰³ Cane, p. 269.

¹⁰⁴ Dans les pays qui n'admettent que de façon plus exceptionnelle l'action directe, comme l'Allemagne jusque là, la gestion de l'indemnisation du dommage ne passe pas par le propre assureur de responsabilité de la victime mais par l'assureur de responsabilité de l'auteur du dommage. Il existe alors une plus nette étanchéité entre le recours en responsabilité et en garantie. La centralisation des recours par un mandat donné à un assureur n'est pas répandue. Il en résulte une multiplicité des recours, un accroissement de la charge des tribunaux.