

Garanties de l'indemnisation

(Rapport espagnol)

RICARDO PAZOS CASTRO¹

Chercheur doctorant à l'Université de Saint-Jacques de Compostelle

L'accroissement de la technification et le changement d'une société industrielle à la société des services actuelle sont des raisons sociologiques qui font augmenter la nécessité de services professionnels. Le risque est un élément inséparable de l'activité professionnelle et en conséquence il y aura de plus en plus réclamations en responsabilité civile professionnelle, lequel fait logique et même convenable l'assurance d'une telle responsabilité. Quand le risque de causer un préjudice est haut à cause des caractéristiques de l'activité, la loi prescrit l'assurance obligatoire. Le droit espagnol ne fait pas obligatoire l'assurance pour toutes les professions juridiques, bien que l'exercice de ces professions implique souvent un risque. Tandis qu'il y a une loi sur les ordres professionnels et une sur les sociétés professionnelles, il n'existe pas une réglementation spécifique sur l'assurance de responsabilité des professionnels; cette réglementation est établie à travers de différents normes qui ne sont pas applicables à toutes les professions. D'autre part, il n'y a un seul assureur en position de monopole pour couvrir la responsabilité des professionnels du droit. Les compagnies concurrencent librement pour obtenir la souscription des assurances collectives des différents ordres professionnels juridiques, ainsi que des assurances individuelles que les professionnels veulent contracter.

Tout d'abord on doit parler des juges et magistrats, car ils remplissent une fonction publique mais ils doivent décider sur les intérêts privés des citoyens. Pour les juges et magistrats, la souscription d'une assurance n'est pas obligatoire. Souvent, l'action nuisible du juge sera considéré une « erreur judiciaire » ou une conséquence du fonctionnement anormal de l'administration de justice. Dans ces cas, c'est l'état qui prend en charge le paiement de la compensation². En plus, l'article 297 de la Loi organique du pouvoir judiciaire de 1985 (LOPJ) dispose que les citoyens peuvent demander une indemnisation directement au juge ou magistrat, et à l'article 411 de la LOPJ ceux-ci sont tenus de répondre par les dommages et intérêts causés par « dol ou faute »³. La responsabilité de l'état par erreur judiciaire ou fonctionnement anormal de

¹ Je dois remercier les institutions suivantes pour avoir répondu à quelques questions que je leur ai demandées sur l'assurance: Asociación Cuota Colegial Mínima, Asociación de Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes, Colegio de Registradores de España, Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de Procuradores de España, Consejo General del Poder Judicial, Foro Judicial Independiente et Ilustre Colegio de Procuradores de Barcelona.

² Voir l'article 121 de la Constitution espagnole de 1978 et l'article 292 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire de 1985. D'autre part, l'article 296 de cette loi dit que l'état est tenu de répondre des dommages causés par dol ou faute grave des juges et magistrats, mais après il pourra répéter contre eux.

³ Le mot « faute » a été interprété comme « faute grave ». Cf. J. ALMAGRO NOSETE, *Responsabilidad civil de la profesiones jurídicas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 29 et ss.; J. I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, «

l'administration de justice mentionnée avant n'exige pas la faute du juge. On doit tenir en compte aussi que pour le citoyen qui subit un dommage probablement sera mieux intenter l'action en justice contre l'état que contre une personne individuel, parce que la victime évite le risque d'insolvabilité du juge⁴. Alors, c'est claire que pour la victime c'est plus facile la voie de recours contre l'administration. Puisque l'assurance obligatoire a pour but protéger aux victimes, et la prévision légale de l'article 296 est déjà une garantie suffisante pour la personne qui subit le dommage, l'assurance obligatoire ne semble pas être nécessaire⁵. Néanmoins, on doit dire que le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire espagnol a contracté une assurance de responsabilité civile pour les juges, mais cette assurance ne couvre qu'aux juges et magistrats titulaires, pas aux suppléants⁶. Ca n'empêche pas qu'un juge puisse contracter une assurance individuelle de responsabilité civile professionnelle.

À côté de la fonction publique des juges et magistrats, on trouve des autres professions juridiques dont fonction est privée totalement ou partiellement (avocats, avoués, notaires, conservateurs des hypothèques...). Sur les avocats, d'abord il est nécessaire citer le Décret royal 658/2001, du 22 juin, à travers duquel il fut approuvé le Statut général des barreaux espagnols de 2001, actuellement en vigueur (ci-après, Statut de 2001). À l'article 78, deuxième alinéa du Statut de 2001 il est prévu la responsabilité civile par dol ou faute applicable à l'exercice de la profession d'avocat, et le même article dit qu'il serait possible établir légalement une assurance obligatoire. Le mot « légalement » (*legalmente*) peut être interprété comme le droit en général (en incluant les Décrets royaux, les arrêtés des Ministères et autres normes administratives) ou comme « une norme avec le rang de loi », mais en 2009 la Loi 17/2009, du 23 novembre sur le libre accès aux activités de services et leur exercice traita les assurances et garanties de responsabilité civile professionnelle et à l'article 21 la loi dit qu'une *norme avec le rang de loi* pourrait exiger aux prestataires de services la souscription d'une assurance de responsabilité civile ou une autre garantie équivalente, dans les cas où les services impliquent un risque direct pour la santé ou sécurité du destinataire ou un tiers, ou pour la sécurité financière du destinataire (italiques ajoutées).

À la séance plénière du Conseil Général des Barreaux Espagnols (CGBE) qui eut lieu le 12 juin 2013 il fut approuvé un nouveau Statut général des barreaux espagnols (ci-après, SGBE), mais ce nouveau Statut est dans l'attente de l'approbation du gouvernement pour substituer au Statut de 2001. L'article article 8, premier alinéa du SGBE dit qu'une des conditions pour s'inscrire dans un barreau, lequel est condition nécessaire pour exercer la profession d'avocat, est contracter une assurance de responsabilité civile dont objet sera couvrir la responsabilité découlant de sa profession. Néanmoins, cette

La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores », dans COLLECTIF, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 24.

⁴ Cf. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Poder judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, p. 40.

⁵ De fait, la proposition d'établir cette assurance obligatoire pour les juges et magistrats n'a pas été objet d'une grande discussion entre la doctrine espagnole. À cet égard on peut citer P. GARCIA MANZANO (« Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados », dans *Revista de la Administración Pública*, n° 117, pp. 141 et 142), qui posa l'établissement d'une telle assurance obligatoire.

⁶ La rénovation de l'assurance pour cette année 2014 fut accordée à la séance du 12 novembre 2013. La prime payée est 173.874,88 euros, pris en charge par l'enveloppe budgétaire 08.01.111M.224 du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire.

réquisition ne doit pas être rempli par les avocats qui exercent sa profession exclusivement au service d'une administration publique ou quand ils sont travailleurs dépendants d'un autre avocat qui a déjà couvert les risques qui découlent de sa profession.

Dans la pratique tous les barreaux exigent contracter une assurance pour s'inscrire, mais on peut se demander si l'assurance est réellement obligatoire conformément au droit espagnol. L'article 21 de la Loi 17/2009, du 23 novembre, sur le libre accès aux activités de services et leur exercice exige une disposition avec le rang de loi pour établir l'obligation de souscrire une assurance. Une telle norme de caractère national n'existe pas aujourd'hui en Espagne, et probablement le SGBE sera approuvé, comme le Statut de 2001, par un Décret royal, norme qui n'a pas le rang de loi. Néanmoins, les communautés autonomes ont fait des lois sur les ordres professionnels et quelques de ces lois établissent l'obligation de s'assurer. C'est le cas d'Andalousie (article 27 point c) de la loi andalouse 10/2003, du 6 novembre), de la Catalogne (article 9, premier alinéa de la loi catalane 7/2006, du 31 mai) ou du Pays Basque (article 12, alinéa 1 de la loi basque 18/1997, du 21 novembre). Au même temps, des avocats peuvent choisir se joindre et se constituer en société, laquelle doit être une « société professionnelle », car la Loi 2/2007, du 15 mars sur les sociétés professionnelles (LSP) exige créer une société de ce type quand l'objet de la société est l'exercice d'une « activité professionnelle »⁷. On trouve la même disposition, spécifiquement sur les avocats, à l'article 41 du SGBE. L'article 11, troisième alinéa de la LSP exige aux sociétés professionnelles une assurance qui couvre la responsabilité civile qui peut découler de leur activité.

En conséquence, on peut répondre que l'assurance des avocats n'est pas obligatoire sauf pour les avocats des communautés autonomes dans lesquelles il y a une loi qui exige l'assurance du professionnel et pour les avocats d'Espagne qui exercent leur profession à travers d'une société professionnelle. Dans la pratique, tous les barreaux contractent une assurance et tous les avocats, au joindre le barreau correspondant et payer les frais et taux d'inscription sont couverts automatiquement. Les différents barreaux deviennent preneurs de l'assurance et, car les barreaux fixent les frais d'inscription à payer par les avocats, la prime est cachée dans le montant totale abonné⁸. Alors, l'assurance qui est volontaire dans quelques communautés autonomes selon la loi devient dans la pratique une assurance obligatoire dans toute l'Espagne.

Sur l'activité des avoués, on doit mentionner le Statut général des avoués de l'Espagne (SGA), approuvé à travers du Décret royal 1281/2002, du 5 décembre. Pour exercer cette profession, l'article 10, point a) du SGA exige l'incorporation à un des ordres professionnels des avoués, et l'article 9, point c) du SGA exige avoir déposé la caution indiqué aux articles 47 et suivants. La fonction de cette caution est exprimée à l'article 47, premier alinéa au dire « en garantie de sa conduite professionnelle », et 48,

⁷ Selon l'article 1 de la LSP, « activité professionnelle » est celle que pour être exercé exige l'obtention préalable d'un diplôme universitaire officiel et l'inscription dans le correspondant ordre professionnelle.

⁸ Ce système a été très critiqué par quelques avocats, et de fait il y a une association appelé *Cuota Colegial Mínima* (« Minime Frais des Barreaux ») qui demande une totale liberté pour ne pas s'adhérer à l'assurance pris par les barreaux. Voir <http://cuotacolegialminima.blogspot.com.es/2012/08/el-seguro-de-responsabilidad-civil.html>.

deuxième alinéa, qui dit que la caution sera destinée au paiement des obligations engagées dans l'exercice de sa profession. Au même temps l'article 57, deuxième alinéa du SGA dispose que les avoués sont responsables civiles quand par dol ou négligence ils causent un dommage aux personnes qu'ils représentent, et de la même façon que l'article 78, deuxième alinéa du SGBE, l'article 58 deuxième alinéa du SGA dit que l'assurance obligatoire peut être établie légalement.

Le Conseil Général des Avoués de l'Espagne considère que l'assurance des avoués est volontaire. Le conseil dit que d'une part l'article 9, point c) et d'autre les articles 47 au 51 qui ont été cités ont été dérogés tacitement par l'article 21 de la Loi 17/2009, du 23 novembre sur le libre accès aux activités de services et leur exercice. Ce le même cas que pour les avocats, il n'existe pas une norme nationale espagnole avec le rang de loi qui exige que l'assurance soit obligatoire, mais l'assurance sera obligatoire pour les avoués des communautés autonomes qui aient disposé une loi qui exige une telle assurance⁹.

Néanmoins, le système d'assurance des avocats et avoués pourrait changer dans les prochains mois, puisqu'il existe un avant-projet de loi de services et ordres professionnels du 20 décembre 2013 qui est en train d'être débattu. À cet égard, les changes pourraient être deux. D'une part, l'assurance pourrait devenir obligatoire sans doute aussi pour avocats que pour avoués de toute l'Espagne, mais la situation n'est pas claire. Dans l'étude d'impact normatif de l'avant-projet il est reconnu l'obligation d'assurance du professionnel d'accord avec la normative sectorielle, et il est dit que l'article 20 « établit une prévision générale de l'obligation de s'assurer, en se rapportant au prévu dans la normative sectorielle applicable ». Mais je ne vois pas l'établissement de l'obligation de souscrire une telle assurance, ni le renvoi aux normes sectorielles correspondantes. L'article 20 de l'avant-projet dit: « quand il soit prévu dans une norme avec le rang de loi, et dans les conditions spécifiées par cette norme, le professionnel devra souscrire une assurance ou garantie équivalente qui couvre la responsabilité civile découlant de son exercice professionnel ». C'est-à-dire, à mon avis l'avant-projet maintient la nécessité d'une norme avec le rang de loi pour établir l'obligation d'assurance, sans être lui-même qui oblige à la souscrire. D'autre part, l'article 47, sixième alinéa de l'avant-projet dit que la souscription d'assurances à travers des ordres professionnels sera en tout cas un service volontaire, et par conséquent les avocats et avoués ne devraient pas payer obligatoirement l'assurance dont les barreaux et ordres professionnels soient preneurs.

En ce qui concerne l'activité des notaires, l'article 14 de la Loi organique du notariat du 28 mai 1862 (LN), laquelle logiquement a été objet de plusieurs modifications (la dernière en 2006), ordonne déposer une caution comme « garantie pour l'exercice de son poste ». L'Arrêté du 24 avril 1948 autorisait à l'Assemblée de Bâtonniers des Ordres Professionnels Notariaux d'Espagne (*Junta de Decanos de los Colegios*

⁹ C'est important de mentionner que des ordres professionnels territoriaux tels que l'Ordre Professionnel des Avoués de Barcelone offrent la souscription volontaire d'une assurance collective, tandis que d'autres comme l'Ordre de Saint-Jacques de Compostelle ont signé un accord avec un courtage d'assurances pour faire plus facile l'assurance pour les professionnels de la cité.

Notariales de España, aujourd'hui Conseil Général du Notariat (*Consejo General del Notariado*) pour organiser le système de paiement aux victimes des dommages causés par les notaires dans l'exercice de son poste¹⁰. La responsabilité professionnelle des notaires était organisée dans un système duel. D'une part la caution, et d'autre part une caisse de responsabilité dont fonds provenait des frais mensuels payés par les notaires¹¹. Ce système duel fut considéré insuffisant, et l'Arrêté du 24 avril 1948 fut laissé sans effet par l'Arrêté du 16 novembre 1982, lequel changea l'ancien système de caution et caisse de responsabilité pour un autre d'assurance collectif pour tous les notaires, en donnant à l'Assemblée de Bâtonniers des Ordres Professionnels Notariaux d'Espagne la capacité pour souscrire une telle assurance¹².

Malgré la mention de l'assurance faite à l'Arrêté du 16 novembre 1982, jusqu'à l'année 2007 l'article 24 du Règlement du notariat (Décret du 2 juin 1944, dont la dernière version est de l'année 2011; ci-après RN) parlait encore de « caution ». Le Décret royal 45/2007, du 19 janvier modifia le RN, et maintenant l'article 24 exige l'accréditation d'avoir contracté une assurance de responsabilité civile pour commencer l'exercice de l'activité notariale. Les conditions minimales de l'assurance sont fixés par la Direction Générale des Registres et du Notariat, avec audience préalable du Conseil Général du Notariat. Alors, la responsabilité professionnelle des notaires est assurée de manière collective, sans préjudice de que chaque notaire puisse souscrire une autre assurance individuellement.

Sans faire appel à la voie judiciaire il y a deux autres systèmes pour réclamer des dommages causés par notaires. D'une part la voie contenue à l'article 146 du RN, qui consiste en une réclamation devant l'Assemblée Directive de l'Ordre Professionnel Notarial. Cet organe peut proposer une indemnisation, laquelle néanmoins ne vincule pas au réclamant ni au notaire. D'autre part, si le réclamant et le notaire sont d'accord, l'Assemblée de Bâtonniers des Ordres Professionnels Notariaux d'Espagne pourra assumer le jugement d'un cas de responsabilité civile d'un notaire, ainsi que le paiement de la compensation¹³.

Sur l'activité des professionnels aux services du livre foncier (*Registro de la propiedad*) et du registre du commerce (*Registro mercantil*), l'assurance est aussi obligatoire. Le régime de responsabilité civile des conservateurs des hypothèques est contenu principalement aux articles 296 à 312 de la Loi hypothécaire (Décret du 8 février 1946, ci-après LH), et la constitution d'une caution qui sert à répondre de la responsabilité qui

¹⁰ En plus, le décret du 2 février 1951 établit que l'Assemblée de Bâtonniers cité devait administrer le service de responsabilité civile des notaires. Voir l'Arrêt de la Cour suprême espagnole du 29 janvier 2008 (Référence du répertoire Aranzadi de jurisprudence: RJ 2008, 685).

¹¹ Cf. E. GIMÉNEZ ARNAU, *Derecho notarial español*, vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1965, pp. 329 et ss.

¹² Arrêt de la Cour suprême espagnole du 29 janvier 2008 (RJ 2008, 685). Cf. M. BALLESTEROS ALONSO, « La responsabilidad civil de registradores y notarios », dans COLLECTIF, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 126 et 129; R. VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del notario*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 187 et 188.

¹³ Cf. L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 4^e Ed., 2008, pp. 884 et 885. Voir l'article 6 de l'Arrêté du 16 novembre 1982.

découle de leur activité professionnelle est condition nécessaire pour prendre possession du poste¹⁴. L'article 18 deuxième alinéa du Code de commerce espagnol dit que les greffiers du Registre du commerce sont responsables dans l'exercice de leur activité, et l'article 13, troisième alinéa du Règlement du registre du commerce (Décret royal 1784/1996, du 19 juillet) prescrit que le statut juridique des greffiers des registres du commerce sera le même que ce des conservateurs des hypothèques, avec les seules exceptions fixés par la loi et par le même Règlement du registre du commerce.

L'article 520 du Règlement hypothécaire (Décret du 14 février 1947) donna à l'Ordre Professionnel National des Conservateurs des Hypothèques (*Colegio Nacional de Registradores*) la possibilité de constituer une caution collective qui substituerait aux cautions individuelles, et l'Arrêté du 10 novembre 1960 approuva la proposition de constitution de cette caution collective. Aujourd'hui, et sans avoir éliminé la caution collective qu'on vient de citer, le système est similaire au des notaires. Il existe une assurance collective dont le preneur est l'Ordre Professionnel National des Conservateurs des Hypothèques et des Greffiers du Registre du Commerce, et la prime est payé avec les frais abonnés par les professionnels, puisque cet ordre professionnel dispose d'un service de responsabilité professionnelle qui a, parmi d'autres, la fonction de proposer la souscription d'assurances collectives¹⁵. Ce système est complété par une autre garantie, la réclamation en responsabilité devant le propre service de responsabilité professionnelle¹⁶. On doit préciser qu'il ne s'agit pas d'une procédure d'arbitrage, car il n'y a pas un compromis préalable et la décision du service de responsabilité n'est pas dotée de l'autorité de chose jugée¹⁷.

C'est convenable aussi faire une brève référence aux médiateurs, pour lesquels l'assurance est aussi obligatoire. Cette obligation se trouve à l'article 11, troisième alinéa de la Loi 5/2012, du 6 juillet, sur la médiation en affaires civiles et commerciaux, et aussi dans le Décret royal 980/2013, du 13 décembre. À l'article 26, deuxième alinéa de ce Décret royal on peut lire que l'assurance peut être contracté de manière individuelle par le médiateur ou à travers d'une assurance collectif, et l'article 29 dispose que les institutions de médiation peuvent assumer la souscription d'une assurance pour couvrir la responsabilité des médiateurs qui remplissent leur fonction dans leur domaine territorial.

¹⁴ Voir les articles 282, 283 et 296 et ss. de la LH.

¹⁵ Voir l'article 55 des Statuts généraux de l'ordre professionnel national des conservateurs des hypothèques et des greffiers du registre du commerce (Décret royal 483/1997, du 14 avril).

¹⁶ Dans ce cas, le 75% de la compensation est payé par le service cité et l'autre 25% par le propre professionnel qui a causé le dommage, mais le réclamant doit céder ses actions en justice au service de responsabilité professionnelle pour recevoir le montant dû. Voir l'article 69 des Statuts généraux de l'ordre professionnel national des conservateurs des hypothèques et des greffiers du registre du commerce. Cf. M. BALLESTEROS ALONSO, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷ Cf. L. F. REGLERO CAMPOS (coord.), *op. cit.*, p. 883.