

RECHTSLEER

DOCTRINE

VERZEKERINGEN / ASSURANCES

Résolution amiable des litiges en assurance

Béatrice Toussaint¹

Introduction	1044
I. Médiation institutionnelle en assurances – Ombudsman des Assurances	1044
I.1. Cadre	1044
I.2. Caractéristiques principales	1045
<i>Plaignant</i>	1045
<i>Entreprise d'assurance ou intermédiaire d'assurances concernés</i>	1045
<i>Types de plaintes</i>	1046
<i>Participation obligatoire – facultative</i>	1046
I.3. Procédure	1047
<i>Rôle du service interne de gestion des plaintes</i>	1047
<i>Délais</i>	1047
<i>Recevabilité de la demande</i>	1048
<i>Examen du dossier</i>	1048
<i>Avis – Solution</i>	1048
<i>Rôle des codes de bonne conduite du secteur et de l'équité</i>	1048
<i>Confidentialité – Principe du contradictoire</i>	1049
<i>Portée de l'avis</i>	1050
<i>Evolution</i>	1050
II. Médiation	1051
II.1. Diversités des médiations et clauses de médiation	1051
II.2. Sanction en cas de non-respect d'une clause de médiation	1051
II.3. Confidentialité	1052
II.4. Type de litiges	1052
III. Arbitrage	1052
III.1. Arbitrabilité des litiges en matière d'assurance	1052
III.2. Opposabilité de la clause d'arbitrage	1054
III.2.1. Opposabilité de la clause du contrat d'assurance organisant l'arbitrage	1054
1° Bénéficiaire d'une assurance pour compte	1054
2° Tiers exerçant l'action directe contre l'assureur responsabilité	1054
3° Assuré cité devant une juridiction étatique	1054
III.2.2. Opposabilité à l'égard de l'assureur de la clause d'un contrat organisant un arbitrage	1055
1° Intervention forcée de l'assureur	1055
2° Assureur subrogé	1055
III.3. Type de litiges en matière d'assurance terrestre soumis à l'arbitrage	1055
III.4. Caractéristiques de l'arbitrage pertinentes au regard de la matière d'assurance	1055
Conclusion	1056

¹ Avocat.

RÉSUMÉ

Malgré le frein imposé, à première vue, à l'arbitrage en assurance par l'article 90 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances qui répute non écrite la clause d'arbitrage dans certains contrats d'assurance, l'arbitrage et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges se développent en assurance et en réassurance.

Selon l'expertise du preneur d'assurance (consommateur ou entreprise), la nature du risque assuré (risque de masse ou grand risque), le type de contrat (contrat d'adhésion ou « négocié ») et les attentes des parties au litige quant à la manière de régler leur différend, plusieurs options sont ouvertes, notamment le recours à l'ombudsman des assurances, à la médiation (volontaire ou judiciaire) ou à l'arbitrage. La présente contribution propose d'examiner le fonctionnement et les caractéristiques de ces modes alternatifs de règlement des litiges en assurance et en réassurance.

SAMENVATTING

Ondanks de beperking die artikel 90 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen, die een arbitragebeding in bepaalde verzekeringsovereenkomsten als niet geschreven beschouwt, op het eerste gezicht aan arbitrage in verzekeringskwesaties oplegt, ontwikkelen de arbitrage evenals andere manieren van alternatieve geschillenbeslechting zich in het domein van de verzekering en de herverzekering.

In functie van de expertise van de verzekeringnemer (consument of onderneming), de aard van het verzekerde risico (massarisico of groot risico), het type van overeenkomst (toetredingscontract of onderhandeld) en de verwachtingen van de partijen bij het geschil over de manier waarop zij dit geschil willen beslechten, bestaan er verschillende opties, voornamelijk het inschakelen van de ombudsman van de verzekeringen, de bemiddeling (vrijwillig of gerechtelijk) of arbitrage. In deze bijdrage worden de werking en de kenmerken van deze methoden van alternatieve geschillenbeslechting in het domein van de verzekering en de herverzekering geanalyseerd.

INTRODUCTION

Les modes de règlement extrajudiciaires des litiges se sont développés de manière diversifiée en assurance. La contribution décrira les modes alternatifs de règlement des conflits entre parties au contrat d'assurance ou de réassurance ou impliquant l'intermédiaire d'assurances. Seront dès lors écartés de l'analyse, la médiation dans le contrat d'assurance protection juridique (art. 154 et 156 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances), les régimes particuliers de concilia-

tion, par exemple en matière d'assurance du solde restant dû (art. 221 et s. de la loi du 4 avril 2014) ou d'assurance soins de santé (art. 206 de la loi du 4 avril 2014) ou encore les conciliations organisées par les conventions Assuralia².

Dans ce cadre, seront mises en avant les convergences/divergences entre l'ombudsman des assurances (I), la médiation (II) et l'arbitrage (III).

I. MÉDIATION INSTITUTIONNELLE EN ASSURANCES – OMBUDSMAN DES ASSURANCES

I.1. Cadre

1. L'ombudsman des assurances est reconnu comme une entité qualifiée telle que définie par le Titre 4 du Livre XVI « Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation » du Code de droit économique³.

Il n'est pas médiateur au sens de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

Le recours à un ombudsman des assurances est encouragé par diverses dispositions de droit européen⁴ mais également par les principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA)⁵.

² Pour ces conventions, voy. L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 931.

³ Le Livre XVI transpose la directive n° 2013/11 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement n° 2006/2004 et la directive n° 2009/22/CE (J.O.U.E., L. 165/63, 18 juin 2013).

⁴ Directive n° 2013/11 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement n° 2006/2004 et la directive n° 2009/22/CE (J.O.U.E., L. 165/63, 18 juin 2013); art. 183 et 185 de la directive n° 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), J.O., L. 335 du 17 décembre 2009.

⁵ L'art. 1:302 des principes du droit européen du contrat d'assurance prévoit que l'application de ceux-ci n'écarte pas le recours à un ombudsman des assurances (Principles of european contract law (PEICL) prepared by the project group restatement of european insurance contract law, Sellier, 2009, p. 103).

2. Le service ombudsman des assurances a été créé en 1987 par les entreprises d'assurance via l'UPEA (Assuralia). Avant l'arrêté royal du 21 juin 2006⁶, les réclamations étaient gérées par trois organes: la CBFA (Commission bancaire, financière et des assurances – auparavant par l'OCA (Office de contrôle des assurances)), le SPF Economie et l'ombudsman des assurances⁷.

L'ombudsman des assurances intervient à présent comme guichet unique et ses compétences sont décrites à l'article 302 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

Même si son financement dépend du secteur, l'ombudsman des assurances tire son indépendance de divers textes⁸ (budget propre et spécifique suffisant pour l'accomplissement de ses missions, conseil de surveillance, etc.).

3. Pour le consommateur, le recours à l'ombudsman des assurances est gratuit; il permet dès lors de régler des litiges qui en raison de leur faible enjeu, de leur complexité ou de leur durée anticipée ne seraient pas portés devant un juge, tandis que le coût d'une médiation ou d'un arbitrage est partagé entre les parties selon un accord qui leur est propre (médiation) ou décidé par la sentence arbitrale.

4. Le service de l'ombudsman des assurances est composé de juristes chevronnés en matière d'assurance, ce qui permet un dialogue aisé avec l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurances alors que le consommateur est lui souvent démuni devant la supériorité technique et juridique de ceux-ci.

De cette manière, l'expertise de l'ombudsman des assurances compense le déséquilibre entre l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurances et le consommateur lié au manque de connaissance et d'expérience de ce dernier⁹.

Il ressort d'ailleurs des rapports annuels de l'ombudsman des assurances que celui-ci est perçu par le consommateur comme un expert neutre qui pourra lui expliquer de manière claire et argumentée pourquoi, par exemple, tel refus de cou-

verture par un assureur est fondé ou convaincre – arguments à l'appui – l'entreprise d'assurance de revoir sa position quant à la résiliation du contrat¹⁰.

A la différence de la médiation dont un des objectifs principaux est de restaurer le dialogue entre les parties, l'ombudsman des assurances ne poursuit pas prioritairement cet objectif. Il cherche à trouver une solution à un litige en communiquant successivement, généralement par écrit, avec une partie puis avec l'autre.

I.2. Caractéristiques principales

Plaignant

5. Le plaignant visé à l'article 302, § 1, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances peut être le preneur d'assurance, l'assuré (en ce compris l'assuré pour compte), le bénéficiaire (assurance vie) ou le « tiers ayant un intérêt à l'exécution du contrat d'assurance », par exemple la victime susceptible d'exercer une action directe à l'encontre d'un assureur responsabilité familiale¹¹.

Entreprise d'assurance ou intermédiaire d'assurances concernés

6. La plainte doit viser les activités
- des entreprises d'assurance pour les contrats d'assurance régis par le droit belge que l'entreprise d'assurance soit établie en Belgique ou y exerce son activité au départ d'un autre Etat membre de l'Espace économique européen (« EEE ») (liberté de prestation de services ou liberté d'établissement);
 - des intermédiaires d'assurances que ces activités soient soumises à la loi du 4 avril 2014 ou que l'intermédiaire opère en Belgique au départ d'un autre Etat membre de l'EEE pour les activités régies par les dis-

⁶ Arrêté royal du 21 juin 2006 modifiant le traitement des plaintes dans le secteur des assurances, défini dans l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance et dans l'arrêté royal du 25 mars 1996 portant exécution de la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et à la distribution d'assurances (*M.B.*, 4 juillet 2006).

⁷ Avis du 31 mars 2006 de la Commission des assurances sur le projet d'arrêté royal instaurant un service des plaintes dans le secteur des assurances (disponible sur le site www.fsma.be); C. VAN SCHOU BROECK, « Nederlandse Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten voor de Belgische spiegel », *AV&S*, 2008, 308-315.

⁸ Art. 302, § 3, de la loi du 4 avril 2014; art. 15 *bis* de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance; Livre XVI du Code de droit économique; arrêté royal du 16 février 2015 précisant les conditions auxquelles doit répondre l'entité qualifiée visée au Titre XIV du Code de droit économique (*M.B.*, 25 février 2015).

⁹ E. JEULAND et T. CLAY, *Médiation & Arbitrage Alternative Dispute Resolution*, Litec, 2005, p. 79.

¹⁰ Ceci rejoint une étude sur la médiation institutionnelle (non limitée au secteur de l'assurance) selon laquelle le médiateur institutionnel est perçu comme celui qui

– clarifie pour le consommateur la position de l'entreprise et répercute auprès de celle-ci la réclamation du consommateur;

– va défendre la position du consommateur, le soutenir et le réassurer dans sa démarche;

– et enfin « ouvrir des portes » au niveau de l'entreprise pour que sa réclamation soit entendue (N. CREUTZFELDT, « What do we expect from an ombudsman? Narratives of everyday engagement with the informal justice system in Germany and the UK », *International Journal of Law in Context*, 2016).

¹¹ De son côté, le règlement de procédure précise que l'ombudsman des assurances est compétent pour les litiges avec une entreprise d'assurance ou un intermédiaire en assurances suite à une plainte qu'elle soit introduite par « une personne privée, un indépendant, une association ou encore une société » (Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* – version janvier 2016, p. 1).

positions d'intérêt général qui leur sont applicables (art. 302 de la loi du 4 avril 2014).

Types de plaintes

7. Au fil des rapports de l'ombudsman des assurances, on constate que les contrats d'assurances faisant l'objet de réclamation évoluent même si des constantes se maintiennent: branche automobile, incendie, vie, soins de santé.

8. L'ombudsman des assurances est également compétent en qualité d'instance d'appel lorsqu'une demande de rectification introduite auprès de Datassur a échoué.

Participation obligatoire – facultative

9. Les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurances sont tenus de participer aux procédures de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation introduites auprès de l'ombudsman des assurances. Lorsque la plainte lui est communiquée par l'ombudsman des assurances, l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurances n'a pas d'autre choix que d'y répondre¹². Par contre, le recours à l'ombudsman des assurances est facultatif pour le consommateur.

Dans d'autres pays, le recours à la médiation institutionnelle est imposé au consommateur également. Ainsi, la Cour de justice s'est récemment prononcée sur une question préjudicielle portant sur une réglementation nationale imposant le recours préalable à la médiation (notamment en matière de contrat d'assurance) dans un litige soumis à la directive n° 2013/11¹³, comme condition de recevabilité de la demande en justice¹⁴.

La Cour de justice a rappelé que l'article 1 de la directive n° 2013/11 « prévoit explicitement la possibilité, pour les Etats membres, de rendre obligatoire la participation aux procédures de REL, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès à la justice » (point 48 de l'arrêt du 14 juin 2017). Le processus

peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction, mais aussi prescrit par le droit d'un Etat membre. Dès lors, ce qui importe selon la Cour de justice, ce n'est pas le caractère obligatoire ou facultatif du système de médiation, mais le fait que le droit d'accès à la justice des parties soit préservé. Partant, le fait qu'une réglementation nationale ait rendu obligatoire le recours à une procédure de médiation extrajudiciaire, préalablement à la saisine d'un juge, n'est pas de nature à compromettre la réalisation de l'objectif de la directive n° 2013/11 pour autant que le principe de protection juridictionnelle effective soit respecté.

La Cour de justice considère que « l'exigence d'une procédure de médiation comme condition de recevabilité d'un recours juridictionnel peut s'avérer compatible avec le principe de protection juridictionnelle effective, lorsque cette procédure n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties, pour autant toutefois que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à ladite procédure de conciliation et que des mesures provisoires soient possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose » (point 61 de l'arrêt du 14 juin 2017).

Elle ajoute, en raison des particularités du cas d'espèce qui lui était soumis, qu'en revanche, « ladite directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que, dans le cadre d'une telle médiation, les consommateurs doivent être assistés d'un avocat et qu'ils ne peuvent se retirer d'une procédure de médiation que s'ils démontrent l'existence d'un juste motif à l'appui de cette décision » (point 71 de l'arrêt du 14 juin 2017).

Le recours à la médiation institutionnelle peut donc être imposé mais avec une liberté totale pour le consommateur de se retirer de la procédure à tout moment pour des motifs purement subjectifs.

¹² Selon la directive n° 2013/11/UE, lorsque les règles nationales prévoient la participation obligatoire des professionnels aux procédures de RELC, la possibilité de se retirer de la procédure s'applique uniquement au consommateur (art. 9, 2, a)). Cette exigence est reflétée à l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 février 2015.

¹³ Directive n° 2013/11 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement n° 2006/2004 et la directive n° 2009/22/CE (J.O.U.E., L. 165/63, 18 juin 2013).

¹⁴ C.J.U.E., 14 juin 2017, C-75/16, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa*, EU:C:2017:457. La Cour de justice avait déjà jugé qu'une obligation de mise en œuvre d'une procédure de conciliation, en tant que condition de recevabilité d'une action judiciaire, était compatible avec le principe de protection juridictionnelle effective consacré à l'art. 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la mesure où cette procédure:

- n'aboutissait pas à une décision contraignante pour les parties;
- n'entraînait pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel;
- suspendait la prescription des droits concernés;
- ne générait pas de frais substantiels pour les parties;
- n'était pas uniquement accessible par la voie électronique, et
- n'empêchait pas l'octroi de mesures provisoires dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose (C.J.U.E., 18 mars 2010, C-317/08, *Rosalba Alassini / Telecom Italia SpA*, EU:C:2010:146).

I.3. Procédure

Rôle du service interne de gestion des plaintes

10. L'ombudsman des assurances peut théoriquement être saisi alors même que le service de gestion des plaintes de l'entreprise d'assurance ou de l'intermédiaire en assurances n'a pas été contacté¹⁵. L'ombudsman des assurances conseille toutefois de soumettre au préalable le litige à ce service interne de gestion des plaintes.

11. Lorsque ce service interne de gestion des plaintes existe au sein de l'entreprise ou de l'intermédiaire d'assurances, pour éviter tout risque de confusion dans l'esprit du consommateur, il ne peut faire référence dans sa dénomination aux termes « ombuds », « médiation », « conciliation », « arbitrage », « entité qualifiée » ou « règlement extrajudiciaire des litiges » (art. XVI.2 C.D.E.).

L'entreprise répond aux plaintes dans les plus brefs délais et fait preuve de diligence pour trouver une solution satisfaisante (art. XVI.3 C.D.E.).

Lors du traitement de la réclamation qui lui est adressée, l'entreprise d'assurance fait application des règles de conduite pour la gestion des réclamations dans les entreprises d'assurance établies par Assuralia¹⁶ selon lesquelles l'entreprise accuse réception dans les 3 jours à moins qu'une réponse au fond ne soit donnée dans la semaine, tente de répondre à la réclamation dans les 2 semaines et garantit une réponse définitive dans le mois ou motive le non-respect de ce délai.

L'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP-EIOPA) a émis des orientations en la matière¹⁷.

Le souhait des médiateurs institutionnels en assurance est que la réclamation soit perçue comme « une opportunité commerciale de renouer le lien avec le client et de recueillir des informations propres à améliorer la prestation délivrée et donc l'efficacité globale de l'entreprise »¹⁸ ou encore comme « un moyen de préserver la relation avec son assuré, pour un coût très inférieur à celui de la conquête d'un nouveau client »¹⁹.

Délais

12. Si le plaignant n'a pas obtenu satisfaction auprès du service interne de gestion des plaintes et qu'il adresse sa réclamation à l'ombudsman des assurances, le délai endéans lequel celui-ci rend son avis ou propose une solution ne prend cours que lorsque la demande qui lui a été adressée est complète, à savoir qu'elle reprend les diverses informations visées par le règlement de procédure²⁰. A défaut, l'ombudsman des assurances sollicitera des informations complémentaires.

13. Dès que l'ombudsman des assurances a reçu une demande complète, les délais de prescription sont suspendus. La suspension s'applique également à la procédure de recouvrement et de recours dès que l'ombudsman des assurances en a informé l'instance concernée.

La suspension de la prescription prend fin lorsque l'ombudsman des assurances informe les parties que la demande est

¹⁵. Ombudsman des assurances – *Règlement de procédure*, version janvier 2016, p. 1 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

¹⁶. Règles de conduite pour la gestion des réclamations dans les entreprises d'assurances (version février 2012 (2015) – disponible sur le site d'Assuralia – www.assuralia.be). Voy. en France, la recommandation sur le traitement des réclamations 2016-R-02 du 14 novembre 2016 de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution – ACPR (disponible sur le site <https://acpr.banque-france.fr>).

¹⁷. EIOPA/AEAPP, « Orientations sur le traitement des réclamations par les entreprises d'assurances » (EIOPA –BoS-12/069) et « Orientations sur le traitement des réclamations par les intermédiaires d'assurances » (EIOPA –BoS-13/164) – disponibles sur le site d'EIOPA <https://eiopa.europa.eu>.

¹⁸. J. VAN ELDEREN, « 'A Complaint is a Gift' », *R.B.F.-B.F.W.*, 2004/7, p. 412; R. CROONENBERGHS, « L'Office de Contrôle des Assurances et l'ombudsman des compagnies d'assurance », in M. STORME et F. DE LY (dirs.), *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, 1994, p. 49; BLANDINE MALLET-BRICOUT, « Médiation et droit de la consommation: une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges – Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (*J.O.*, 21 août 2015, p. 14721) », *R.T.D. Civ.*, 2015, p. 952; P. BAILLOT, « Les charmes discrets de la médiation de l'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, 2016, p. 416.

¹⁹. P. BAILLOT, « La médiation de l'assurance », *Gaz. Pal.*, 9 mai 2017, n° 18, p. 56.

²⁰. Le règlement de procédure précise ces informations:

« Dans tous les cas:

1) l'identité et l'adresse de l'auteur de la plainte;

2) une courte description des raisons pour lesquelles la demande est introduite;

3) – si la demande est dirigée à l'encontre d'une entreprise d'assurances: son nom, la référence du dossier ou le numéro de police;
– si la demande est adressée à l'encontre d'un intermédiaire en assurances: ses coordonnées complètes et le numéro du dossier.

En outre:

1) si la demande est introduite par une personne de confiance désignée par le plaignant:

un mandat complété et signé par le plaignant ainsi qu'une copie de sa carte d'identité;

2) si la demande porte sur des données de nature médicale:

une autorisation à prendre connaissance de ces informations, dûment complétée et signée par la personne concernée et accompagnée d'une copie de sa carte d'identité. » (Ombudsman des assurances – *Règlement de procédure de l'ombudsman des assurances* (version janvier 2016, p. 3) (disponible sur le site www.ombudsman.as).

irrecevable ou « lorsqu'il communique le résultat de son enquête »²¹.

14. Lorsque la plainte est recevable, l'entreprise est invitée à exposer son point de vue quant à la demande endéans le mois.

L'ombudsman des assurances rend un avis ou propose une solution par support durable dans les 90 jours à compter de la réception de la demande complète.

A titre exceptionnel, ce délai est prolongeable, une seule fois, pour une durée équivalente à condition que les parties en soient informées avant l'écoulement du délai initial et que cette prolongation soit motivée par la complexité du litige.

Recevabilité de la demande

15. Dans les 3 semaines qui suivent la réception de la demande complète, l'ombudsman des assurances informe les parties, de sa décision de poursuivre ou de refuser le traitement de la demande.

L'ombudsman des assurances déclarera irrecevable:

- 1° la demande fantaisiste, vexatoire ou diffamatoire;
- 2° la demande anonyme ou lorsque l'autre partie n'est pas identifiée ou identifiable;
- 3° la demande qui vise le règlement d'un litige qui fait ou a déjà fait l'objet d'une action en justice;
- 4° la demande dont le traitement entraverait gravement le fonctionnement effectif de l'ombudsman des assurances;
- 5° la demande qui ne relève pas des litiges de consommation pour lesquels l'ombudsman des assurances est compétent:
 - les litiges relatifs au règlement des sinistres accidents du travail car ces litiges sont de la compétence du Fonds des accidents du travail en ce qui concerne la médiation, le contrôle de l'indemnisation et l'assistance sociale aux victimes²²;
 - les litiges qui relèvent d'un droit étranger;
 - les litiges entre professionnels du secteur de l'assurance (litiges entre intermédiaires d'assurances ou entre un intermédiaire d'assurances et une entreprise d'assurance);
 - les litiges d'ordre commercial²³.

²¹ *Règlement de procédure de l'ombudsman des assurances* (version janvier 2016, p. 5) (disponible sur le site www.ombudsman.as).

²² Art. 58, 8° et 9°, 64 bis et 64 ter de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.

²³ Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* – version janvier 2016, point 5 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

²⁴ Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* – version janvier 2016, point 1 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

²⁵ « Cependant, lorsque l'assuré n'obtient pas satisfaction, il reçoit, grâce à l'intervention de l'ombudsman, les explications et les justifications objectives quant au bien-fondé de la position de l'instance concernée. Ainsi, l'ombudsman pallie un défaut dans la communication et elle reçoit des remerciements du plaignant dont les doutes, les frustrations et les incompréhensions ont été écartés (...) Malgré les efforts réalisés par les entreprises d'assurances, notamment par une meilleure organisation de la gestion des réclamations en première ligne, force est de constater que le consommateur se tourne encore spontanément vers l'ombudsman, en tant qu'instance neutre et indépendante pour obtenir des informations objectives. Méfiant, inquiet, doutant de l'information qu'il a reçue, le consommateur s'adresse à l'ombudsman pour obtenir la confirmation des informations recueillies. En répondant à ces interrogations, l'ombudsman permet d'éviter la survenance d'un litige. » (Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2016*, pp. 12 et 13).

²⁶ M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 5^e éd., Larcier, 2016, pp. 115 et 118.

Examen du dossier

16. Après avoir pris connaissance de la position de l'entreprise d'assurance et/ou de l'intermédiaire d'assurances, l'ombudsman des assurances procède à un examen approfondi du dossier. A cet égard, l'article XVI.19 du Code de droit économique octroie à l'ombudsman des assurances un pouvoir d'investigation très large lui permettant de consulter les documents en rapport direct avec l'objet de la demande auprès de l'entreprise d'assurance ou de l'intermédiaire d'assurances.

Avis – Solution

17. L'ombudsman des assurances rend un avis ou propose une solution. En effet, l'ombudsman des assurances « fait de la médiation pour faciliter la résolution à l'amiable des litiges qui font l'objet d'une plainte »²⁴.

L'ombudsman des assurances initie lorsqu'il l'estime opportun une solution transactionnelle lorsque la plainte est recevable et fondée alors qu'en médiation, le médiateur ne joue a priori pas le rôle d'un conciliateur et ne propose pas lui-même des solutions aux parties.

18. La communication, essentielle lors d'une médiation, joue également un rôle majeur entre le plaignant et l'ombudsman des assurances car souvent, les plaignants ignorent ou ne comprennent pas la réglementation applicable qui est complexe, évolutive et transposée avec peu d'explication dans les contrats proposés aux consommateurs. L'ombudsman peut alors communiquer l'information pertinente ou l'explication satisfaisante qui permettra au consommateur de comprendre et d'accepter la position de l'entreprise d'assurance ou de l'intermédiaire d'assurances²⁵.

Rôle des codes de bonne conduite du secteur et de l'équité

19. Alors qu'en médiation, le droit ne joue pas de rôle prépondérant, l'ombudsman des assurances prend en compte les « lois, règlements et dispositions du contrat d'assurance ainsi que le volet 'consommateurs' des codes de conduite »²⁶

des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurances »²⁷.

En effet, « l'ombudsman est le garant du respect des codes de conduite des acteurs du secteur. Ce volet est important, car ces codes traduisent les engagements que les acteurs ont pris mais leur non-respect n'est pas assorti de sanctions spécifiques. Cette compétence de l'ombudsman renforce les mesures d'autorégulation prises par les acteurs d'un secteur d'activités qui, en l'absence de sanctions, ne pourrait être qu'un recueil de bonnes intentions »²⁸.

Enfin, il « tient compte dans l'exercice de ses fonctions du principe d'équité »²⁹. Il sera donc sensible au fait que les parties disposent d'une expertise inégale en la matière.

Néanmoins, le principe de l'équité ne permet pas d'écarter la force obligatoire du contrat d'assurance sous peine de faire perdre toute crédibilité au processus: « La médiation serait donc un processus juridique d'élaboration *ex nihilo* de règles de droit, qui vont régir les relations futures des intéressés. Mais ce qui est vrai pour la médiation familiale, ne l'est pas en assurance, où la règle de droit préexiste, sous la forme d'un contrat d'assurance. Il s'agit en effet d'appliquer des règles contractuelles à une situation de fait. La médiation en assurance, faiblement créatrice de droits, se borne le plus souvent à faire découvrir aux parties la réalité et l'intangibilité des règles qui s'appliquent à elles. Quant à l'équité, cette notion n'est jamais invoquée pour nier une règle de droit mais seulement pour en tempérer l'éventuelle rigueur. »³⁰.

20. En toute hypothèse, en cas d'ambiguïté d'une clause du contrat d'assurance, l'ombudsman des assurances devra retenir l'interprétation en faveur du consommateur³¹.

Confidentialité – Principe du contradictoire

21. Certains des documents établis et des communications faites pendant une procédure devant l'ombudsman des assurances et pour les besoins de celle-ci restent confidentiels.

En effet, dès qu'une demande de règlement de litige est déclarée recevable, les parties ne peuvent plus communiquer directement entre elles dans le dossier concerné mais doivent communiquer les documents, arguments et faits avancés à

l'ombudsman des assurances qui s'assure de leur transmission à l'autre partie³².

Le règlement de procédure prévoit à cet égard que « le cas échéant, l'obligation d'échange de tous les documents, arguments et faits avancés par les parties à charge de l'ombudsman ne pourrait l'amener à violer ses obligations légales en matière soit de respect du secret professionnel d'une des parties à la procédure ou d'un tiers, soit du respect des données à caractère personnel des personnes tierces à la procédure de règlement du litige ». Nathalie Jouant souligne que cette clause ne peut pas permettre d'empêcher un échange des pièces d'un dossier³³.

En effet, l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 février 2015³⁴ précise que l'entité qualifiée (en l'espèce l'ombudsman des assurances) veille à ce que les parties disposent d'un délai raisonnable, tenant compte de la durée maximale de la procédure, pour:

- a) communiquer leur point de vue;
- b) prendre connaissance de tous les documents, arguments et faits avancés par l'autre partie;
- c) réagir sur les documents, arguments et faits visés au point b);
- d) se prononcer sur la solution proposée.

22. La question du contradictoire est, dans cette optique de la confidentialité, débattue en doctrine.

Pour certains, le principe du contradictoire ne lierait pas le médiateur institutionnel car le respect de ce principe impliquerait une violation de la confidentialité:

« Ainsi, dans notre pratique de médiateur, nous ne nous sommes pas sentis liés par le principe du contradictoire qui nous semblait antinomique avec le fait que nous étions le confident de l'une et de l'autre partie. Or, qui dit confident dit confidentialité dont la violation aurait été au demeurant contre-productive. Ainsi, quelle chance de succès peut avoir une médiation quand l'assuré apprend d'emblée, par la communication d'une pièce interne à la compagnie, que son assureur le soupçonne de fraude? »³⁵.

Pour d'autres, la règle du contradictoire, – instaure les conditions d'une égalité de traitement entre l'assureur et l'assuré: « chaque partie peut ainsi

27. Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* – version janvier 2016, point 1 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

28. J.-P. BUYLE, J. VAN ELDEREN, P. PROEMANS et N. SCHMITZ, « Comment régler un conflit commercial en dehors des tribunaux? », in *L'entreprise et ses clients... To B & to C. Nouveau défis et solutions*, Bruylant, 2011, pp. 239 et 240.

29. Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* – version janvier 2016, p. 2 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

30. J. LANDEL, « L'efficacité des systèmes de médiation en assurance au regard de la recommandation européenne de 1998 », *Revue générale du droit des assurances*, 2001, p. 658.

31. En application notamment de l'art. 23, § 2, de la loi du 4 avril 2014, voy. B. TOUSSAINT « Les dispositions de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances portant sur l'interprétation du contrat d'assurance, la publicité, la tarification et la segmentation », *R.D.C.*, 2015, pp. 943-955.

32. Ombudsman des assurances, *Règlement de procédure* (version janvier 2016), point 10 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

33. N. JOUANT, « Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation en Belgique: évolutions », *D.C.C.R.*, 2017, p. 29.

34. Arrêté royal du 16 février 2015 précisant les conditions auxquelles doit répondre l'entité qualifiée visée au Livre XVI du Code de droit économique reprenant partiellement l'art. 9, 1., a), de la directive n° 2013/11/UE.

35. L. MAYAUX, « Les relations entre médiation et arbitrage en matière d'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p. 168; P. BAILLOT, « La médiation de l'assurance », *Gaz. Pal.*, 9 mai 2017, n° 18, p. 56.

prendre connaissance des arguments ou éléments fournis par l'autre et y répliquer par des arguments ou éléments contraires, afin de mieux faire admettre son point de vue »³⁶;

- « garantit la neutralité et l'objectivité des débats »³⁷: l'exigence du contradictoire incite les parties à s'appuyer sur des faits incontestables et à communiquer l'ensemble des pièces justificatives à l'appui de leur position.

A tout le moins, si l'ombudsman des assurances a connaissance de pièces qui n'auraient pas été communiquées à l'autre partie, il devrait en faire abstraction dans sa proposition de solution³⁸.

Portée de l'avis

23. Rédigé de manière claire et compréhensible pour le consommateur, l'avis de l'ombudsman des assurances informe les parties du fait qu'elles disposent du choix d'accepter ou suivre la solution proposée ou trouvée et des conséquences juridiques en cas d'acceptation de la solution. L'ombudsman des assurances précise également que la solution proposée peut être différente de la décision qui serait rendue par un juge et enfin que la participation à la procédure n'empêche pas l'introduction d'une action en justice (art. 5, 2° de l'arrêté royal du 16 février 2015).

24. Même si les avis de l'ombudsman des assurances sont confidentiels en ce sens qu'ils ne sont pas publiés tels quels mais reflétés dans le rapport annuel, chaque partie pourra, en l'absence d'accord et dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ou d'une médiation, utiliser les informations ou documents qu'elle aura elle-même communiqués à l'ombudsman des assurances ou encore l'avis rendu par celui-ci.

25. L'avis ne lie ni le plaignant ni l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurances. Il est intéressant de relever que l'avis rendu par la Commission de litiges voyages (collège arbitral) est contraignant pour les deux parties et que, dans d'autres pays européens, l'avis de l'ombudsman peut être contraignant pour le professionnel³⁹ ou pour les deux

parties avec possibilité de recours devant une cour d'appel, par exemple pour les plaintes introduites devant le Financial Services Ombudsman irlandais.

Le rôle de l'ombudsman des assurances en Belgique reste très différent de celui d'un arbitre: il ne rend pas de sentence, il donne un avis, propose une solution alors que l'arbitre tranche le litige. Ce rôle diffère également de celui d'un médiateur car celui-ci ne propose pas de solution ni ne donne d'avis mais facilite la recherche d'un accord par les parties.

26. Dans la mesure où il est rendu suite à l'échec de la démarche effectuée par le consommateur auprès du service interne de gestion des plaintes de l'entreprise, l'avis devra être détaillé et motivé qu'il aille à l'encontre de la position de l'assureur ou de celle du consommateur. En effet, « dans une industrie à l'activité exceptionnellement encadrée juridiquement, extrêmement compétitive et aux marges sous pression (par suite de l'évolution des taux longs, du choc réglementaire en cours, ...), la médiation ne saurait se contenter d'énoncer des oracles pour les voir suivis. Inversement, des avis étayés, émanant d'une structure indépendante et spécialisée, permettront ponctuellement aux entreprises de faire progresser leurs pratiques, administratives ou commerciales, ainsi que sur la durée, la rédaction de leurs contrats »⁴⁰.

Le rapport annuel 2016 précise que pour 51% des réclamations négociées adressées tant à l'encontre des entreprises d'assurance que des intermédiaires d'assurances, une solution satisfaisante a pu être trouvée. Ce n'est que dans 7 dossiers que les conclusions de l'analyse de l'ombudsman des assurances n'ont pas été suivies par l'entreprise⁴¹.

Evolution

27. Les rapports annuels de l'ombudsman des assurances révèlent que les réclamations qui lui sont adressées sont chaque année plus nombreuses. Ils reprennent les recommandations que l'ombudsman des assurances adresse au secteur sur le fonctionnement des contrats, les problèmes de rédaction/interprétation des clauses des polices ou encore d'information du consommateur.

³⁶ J. LANDEL, « L'efficacité des systèmes de médiation en assurance au regard de la recommandation européenne de 1998 », *Revue générale du droit des assurances*, 2001, p. 658.

³⁷ J. LANDEL, « L'efficacité des systèmes de médiation en assurance au regard de la recommandation européenne de 1998 », *Revue générale du droit des assurances*, 2001, p. 658.

³⁸ J. LANDEL, « La médiation des litiges de la consommation: un nouveau défi pour les assureurs », *Revue générale du droit des assurances*, 2015, p. 538.

³⁹ M. COHEN-BRANCHE, « L'étonnante diversité des systèmes de médiation financière à travers l'Europe et les objectifs de la nouvelle directive du 21 mai 2013 », *Rev. banc. fin.*, septembre 2013, étude 21.

⁴⁰ P. BAILLOT, « Les charmes discrets de la médiation de l'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, 2016, p. 416.

⁴¹ Ombudsman des assurances, *Rapport annuel 2016*, p. 11 (disponible sur le site www.ombudsman.as).

Par ses recommandations⁴² et les échanges⁴³ avec la Financial Services Market Authority (FSMA) et le Service Public Fédéral Economie, l'ombudsman des assurances peut pointer des problèmes répétitifs et formuler des recommandations pour permettre, par une modification législative ou réglementaire ou par une surveillance accrue de la FSMA, de mettre un terme à certains dysfonctionnements.

De cette façon, l'ombudsman des assurances ne joue pas le

rôle d'une simple alternative au service interne de gestion des plaintes car c'est ce service qui est au premier plan pour désamorcer les conflits par l'écoute et la communication. L'ombudsman des assurances ne devrait dès lors intervenir qu'exceptionnellement pour les dossiers similaires à ceux pour lesquels il a déjà formulé auparavant des recommandations générales.

II. MÉDIATION

II.1. Diversités des médiations et clauses de médiation

28. En dehors des litiges impliquant un consommateur, la médiation se développe également par le biais de la:

- médiation libre, c'est-à-dire en dehors du cadre institué par le Code judiciaire;
- médiation judiciaire, menée par un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation et nommé par le juge à la demande des parties, ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci (art. 1734 C. jud.);
- médiation conventionnelle (« médiation volontaire » visée à l'art. 1730 C. jud.), lorsque les parties qui sont ou non en procès s'accordent, sans en référer au juge, pour tenter une médiation avec un médiateur agréé et ce en se conformant aux exigences du Code judiciaire.

29. Une clause de médiation est rare et peu justifiée dans les contrats d'assurance de masse puisque l'intervention de l'ombudsman des assurances est déjà prévue en seconde ligne (après le service interne de gestion des plaintes) pour ce type de litige. Toutefois, en théorie, le contrat d'assurance de particulier pourrait comporter une clause de médiation.

La médiation est plus fréquente en cas de litige entre une entreprise ou un professionnel (grands risques⁴⁴ et risques des artisans, petits commerçants, entrepreneurs) et une entreprise d'assurance ou un intermédiaire d'assurances ou entre un assureur et un réassureur ou encore entre une entre-

prise d'assurance et un intermédiaire d'assurances.

La médiation est alors organisée par une clause de médiation du contrat liant les parties qui précise si la médiation est facultative ou obligatoire. Elle peut également être mise en place (également pour un litige impliquant une police souscrite par un consommateur⁴⁵) par un accord écrit établi après la survenance du litige par lequel les parties acceptent de recourir à la médiation et en précisent les modalités.

II.2. Sanction en cas de non-respect d'une clause de médiation

30. Diverses sanctions en cas de non-recours (préalablement à l'introduction d'une procédure judiciaire) à une médiation rendue obligatoire par une clause du contrat d'assurance peuvent être envisagées. En droit belge, l'examen de la cause est suspendu par le juge ou l'arbitre à la demande d'une des parties (art. 1725 C. jud.). D'autres sanctions sont possibles: une décision du juge prise d'initiative de suspendre le traitement de l'affaire tant qu'une tentative de médiation n'a pas été faite de bonne foi⁴⁶ ou encore l'irrecevabilité de la demande. Ainsi, par un arrêt du 14 février 2003, la Cour de cassation française a sanctionné par l'irrecevabilité de la demande en justice, le non-respect d'une clause prévoyant une tentative de conciliation préalable entre les parties⁴⁷.

En Italie, une juridiction s'est interrogée sur la recevabilité

⁴². La directive prévoit que le rapport annuel comprend des informations relatives aux « problèmes systématiques ou importants qui se posent fréquemment et qui sont à l'origine de litiges entre les consommateurs et les professionnels; ces informations peuvent être accompagnées de recommandations sur la façon dont de tels problèmes peuvent être évités ou résolus à l'avenir, afin d'améliorer les normes des professionnels et de faciliter les échanges d'informations et de bonnes pratiques » (art. 7, 2., b), de la directive n° 2013/11/UE).

⁴³. Article 303 de la loi du 4 avril 2014 et article 15 *ter* l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance.

⁴⁴. Les grands risques sont définis à l'art. 5, 39°, de la loi du 4 avril 2014, qui renvoie au point A de l'annexe de la directive n° 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice et à l'annexe I, partie A, de la directive « Solvabilité II ». Les risques y sont classés selon la nature du risque, la nature des activités assurées et les caractéristiques économiques du preneur d'assurance.

⁴⁵. Le raisonnement développé au point 34 en matière d'arbitrage est transposable à la clause de médiation.

⁴⁶. Parlement européen, Direction générale des politiques internes, Département thématique C-Droit des citoyens et affaires constitutionnelles, « Les enseignements tirés de l'exécution de la directive sur la médiation – le point de vue des juges », Doc. PE 453.169, 2011, p. 21.

⁴⁷. La clause de médiation était libellée comme suit: « pour toute contestation qui s'élèverait entre les parties relativement à l'interprétation ou à l'exécution des présentes, les soussignés s'engagent à soumettre leur différend, préalablement à toute instance judiciaire, à des conciliateurs, chacune des parties en désignant un, sauf le cas où elles se mettraient d'accord sur le choix d'un conciliateur unique ». Voy. pour un commentaire de cet arrêt: P. ANCEL et M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation (note sous Cass. 14 février 2003) », *D.*, 2003, p. 1386.

de la procédure judiciaire dans l'hypothèse d'une médiation rendue obligatoire par une disposition légale (voir point 9).

II.3. Confidentialité

31. Dans le cadre du processus de médiation conventionnelle, le protocole de médiation signé par le médiateur et les parties contient « le rappel du principe de la confidentialité des communications échangées dans le cours de la médiation » (art. 1731 C. jud.). La signature du protocole de médiation suspend le cours de la prescription (art. 1730, § 3, C. jud.). La suspension de la prescription prend fin un mois après la notification par l'une des parties ou le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation (art. 1731 C. jud.).

Le régime de confidentialité de la médiation impose un engagement des parties et du médiateur à respecter, pendant et après la médiation, la confidentialité de tout propos ou document échangé et le respect par le médiateur de la confidentialité des éléments reçus en cas de caucus (sauf accord exprès pour la divulgation à l'autre partie).

Les divergences en matière de confidentialité sont évidentes: alors qu'en médiation l'information doit circuler au mieux entre parties pour assurer le retour du dialogue avec pour corollaire un engagement de confidentialité renforcé, dans le processus porté devant l'ombudsman des assurances, le rôle des parties est beaucoup plus limité, elles transmettent des informations à l'ombudsman des assurances que celui-ci retransmet pour la plupart à l'autre partie. En effet, c'est l'ombudsman des assurances qui est actif et joue le rôle principal dans la résolution du litige.

II.4. Type de litiges

32. Le recours à la médiation progresse pour des litiges particulièrement complexes dans les assurances grands risques (plusieurs polices d'assurance de branches différentes voire de rangs différents appelées à jouer pour un même sinistre, nombreuses parties impliquées, difficulté à chiffrer les dommages, sinistres sériels, nombres de réclamations tellement élevés que les juridictions compétentes ne seraient pas en mesure de les traiter⁴⁸, ...).

Ici aussi les avantages classiques de la médiation apparaissent par rapport à une procédure judiciaire voir même par rapport à un arbitrage: rapidité, participation à la solution, flexibilité du processus de médiation, mise en œuvre de la solution négociée plus spontanée parce choisie par les parties, maintien des relations, ... Les grandes entreprises américaines ont augmenté leur participation dans des médiations de plus de 10% en 14 ans⁴⁹, la progression est lente mais certaine.

33. L'intérêt marqué pour la médiation a poussé par exemple, le législateur français à rendre obligatoire, sous certaines conditions une tentative de conciliation avant la saisine du tribunal d'instance⁵⁰ du moins lorsque celui-ci est saisi par déclaration au greffe et à prévoir que la citation précise les diligences effectuées pour parvenir à une solution amiable⁵¹.

Des initiatives similaires sont intervenues également dans certains états des USA et en Australie⁵². La médiation en matière commerciale a également pris son envol en Allemagne et en Pologne⁵³.

III. ARBITRAGE

III.1. Arbitrabilité des litiges en matière d'assurance

34. Depuis la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance

terrestre est prohibée l'insertion de clauses d'arbitrage dans les polices d'assurance terrestre⁵⁴ au motif, selon les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992, que les assurés « seraient moins bien informés des techniques de

⁴⁸ Voy. les exemples cités par N. KHOURI, « Civil justice responses to natural disaster: New Zealand's Christchurch High Court earthquake list », *Civil Justice Quarterly*, 2017: tremblements de terre dans la région de Canterbury en Nouvelle Zélande, tsunami affectant la centrale nucléaire de Fukushima, ouragans Andrew (1992), Katrina (2005), ...

⁴⁹ M. ALMEIDA PRADO, « Commercial mediation in Brazil: an effective tool or a waste of time? », *International Business Law Journal*, 2015.

⁵⁰ Art. 4 de la loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle: « A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf:

1° si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord;

2° si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige;

3° si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime. »

⁵¹ Art. 56 C. proc. civ. fr.: « Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. »

⁵² N. KHOURI, « Civil justice responses to natural disaster: New Zealand's Christchurch High Court earthquake list », *Civil Justice Quarterly*, 2017.

⁵³ Rapport du 26 août 2016 de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive n° 2008/528/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (COM/2016/0542 final), pp. 9 et 10.

⁵⁴ Les clauses d'arbitrage restent fréquentes pour les traités de réassurance et en assurances de transport, voy. J.-P. KESTELOOT, « Les assurances transports », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre VII, Livre 74, 2017, pp. 91 et 92.

l'assurance » ou encore privés par l'arbitrage de « mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la défense de leurs intérêts légitimes » et amenés à subir « le coût généralement élevé de la procédure d'arbitrage »⁵⁵.

Auparavant l'arbitrage était fréquent, même pour les risques de masse⁵⁶ à l'exception de l'assurance vie.

L'article 90, § 1^{er}, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances reprenant l'article 36 de la loi du 25 juin 1922 dispose que « la clause par laquelle les parties à un contrat d'assurance s'engagent d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat est réputée non écrite »⁵⁷.

Toutefois le § 2 de l'article 90 de la loi du 4 avril 2014 déclare inapplicables les dispositions du § 1^{er} aux contrats d'assurance que le Roi détermine, à l'exclusion des risques suivants:

- responsabilité civile et corps de véhicules en matière de véhicules automoteurs;
- incendie (risques simples);
- responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée;
- accidents corporels couverts à titre individuel;
- assistance;
- protection juridique.

L'arrêté royal du 24 décembre 1992 portant exécution de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, tel

que modifié par l'arrêté royal du 29 décembre 1994, énumère limitativement les types de contrats pour lesquels l'interdiction de la clause d'arbitrage est levée. Il s'agit principalement des risques industriels et commerciaux⁵⁸.

De plus, l'arbitrage est expressément autorisé en assurance-crédit (l'art. 135 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances déclare l'art. 90 inapplicable à la branche assurance-crédit).

35. Lorsque survient un litige relatif à un contrat d'assurance ne bénéficiant pas de l'exemption visée à l'article 90, § 2, les parties peuvent valablement convenir de le soumettre à des arbitres puisqu'« à ce moment, l'assuré risque moins de se voir imposer l'arbitrage que lors de la signature de la police, contrat d'adhésion où la clause d'arbitrage fait partie des conditions générales »⁵⁹. Le compromis d'arbitrage n'est pas une clause du contrat d'assurance, « il n'intervient pas en amont du sinistre mais en aval, à un moment où le litige est déjà né » et « à l'égard du compromis, les parties ne sont pas nécessairement dans une relation déséquilibrée »⁶⁰.

De même, la clause du contrat d'assurance prévoyant la simple faculté de recourir à l'arbitrage en cas de litige n'est pas critiquable au regard de l'article 90 de la loi du 4 avril 2014⁶¹.

^{55.} Exposé des motifs de la loi du 25 juin 1992, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 37: « Le paragraphe 1^{er} interdit purement et simplement les clauses d'arbitrage. Cette disposition est inspirée de l'article 13 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail. Cette interdiction s'applique à toute contestation à naître du contrat lui-même, qu'il s'agisse de l'interprétation et de l'application de ses clauses ou de la détermination du montant du préjudice. Le problème de l'arbitrage en matière d'assurance a déjà fait l'objet de discussions avec la préoccupation de restreindre le recours à ce mode de règlement des litiges entre assureur et assuré. L'article 1678 du Code judiciaire décide ainsi qu'est, en principe, nulle toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance du litige dont le tribunal de travail doit connaître en matière d'accident du travail. L'*exposé des motifs* du projet de loi sur le contrôle des entreprises d'assurances (*Doc. parl.*, Sénat, session 1970-1971, n° 269 p. 34) disposait, quant à lui, 'qu'il convient de ne pas permettre que cette procédure se généralise au détriment des assurés, surtout lorsque ceux-ci sont moins bien informés des techniques de l'assurance; vu le caractère d'adhésion des contrats d'assurance, il faut veiller à ce que l'assuré ne se voit pas imposer des clauses qui ne lui permettraient pas de mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la défense de ses intérêts légitimes'. Le Rapport de la Commission du Sénat abonde dans le même sens en relevant, en outre, le coût généralement élevé de la procédure d'arbitrage (*Doc. parl.*, Sénat, session 70-71, n° 570, p. 33). Afin de permettre une certaine souplesse, le § 2 confie au Roi le pouvoir de déroger à l'interdiction générale des clauses d'arbitrage pour les risques industriels et commerciaux qu'Il détermine. Il s'avère en effet que le recours à l'arbitrage peut être utile dans certains grands risques où l'assuré est capable de défendre ses propres intérêts. Dans cet ordre d'idées, l'application de l'art. 36 a été écartée en matière d'assurance-crédit (art. 71). »

^{56.} Les contrats d'assurance dit « de masse » se définissent par opposition aux grands risques (voir note infrapaginale 44) avec quelques exceptions. Pour un exposé détaillé de la diversité des questions traitées en arbitrage avant la loi du 25 juin 1992: H. CLAASSENS, « Arbitrage en private verzekeringen: een algemene inleiding in stand van zaken », in M. STORME et F. DE LY (dirs.), *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, 1994, pp. 56 à 60).

^{57.} Dans le cadre de l'Union européenne, la France, l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, le Luxembourg et la Suède ont une législation qui interdit l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats d'assurances couvrant les particuliers; voy. F. TURGNÉ, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p. 177.

^{58.} 1° les dommages aux biens pour les risques autres que ceux visés à l'art. 121, § 2, de la loi (les risques simples) et pour autant que ces biens soient assurés contre l'un des périls suivants: incendie, explosion, tempête, grêle, gel, catastrophes naturelles, affaissements de terrain ou énergie nucléaire; 2° les assurances des risques de responsabilité civile à l'exception du risque responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, du risque responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée et du risque responsabilité civile en matière d'assurance incendie-risques simples, ainsi que des risques de même nature qui sont couverts à titre complémentaire ou accessoire dans un autre contrat d'assurance;

3° pertes pécuniaires diverses portant sur les biens visés au 1°;

4° tous risques chantiers dans la mesure où l'assurance porte sur un bien visé au 1°;

5° les risques couverts à titre complémentaire ou accessoire dans les contrats souscrits en exécution des lois du 3 juillet 1967 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public et du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.

Les risques simples visés sous 1° sont des biens déterminés dont la valeur assurée ne dépasse pas un certain seuil calculé en fonction de divers critères prévus par l'article 5 de l'arrêté royal du 24 décembre 1992 portant exécution de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

^{59.} M. FONTAINE, *Précis de droit des assurances*, 5^e ed., Larcier, 2016, p. 438.

^{60.} C. JALLAMION et A. PÉLISSIER, « Risque, assurance et arbitrage », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p. 163.

^{61.} Comm. Bruxelles, 16 novembre 2003, *R.D.C.*, 2003, p. 900.

III.2. Opposabilité de la clause d'arbitrage

III.2.1. Opposabilité de la clause du contrat d'assurance organisant l'arbitrage

36. Trois hypothèses peuvent être distinguées, celle du bénéficiaire d'une assurance pour compte, celle du tiers exerçant l'action directe contre l'assureur responsabilité, celle de l'assuré attrait devant une juridiction étatique. La matière est évolutive en raison notamment de développements jurisprudentiels visant à « étendre » la clause d'arbitrage à des tiers au contrat, par exemple, en cas de groupe de contrats⁶².

1° Bénéficiaire d'une assurance pour compte

37. L'assurance pour compte⁶³ est un mécanisme par lequel une personne souscrit une assurance en son propre nom mais pour garantir l'intérêt d'assurance d'une autre personne. Ce mécanisme met donc en cause au moins trois parties⁶⁴:

- le souscripteur ou preneur d'assurance, qui conclut le contrat d'assurance et assume en principe les obligations qui en découlent;
- l'assureur, qui s'engage à fournir sa garantie;
- l'assuré pour compte, titulaire de l'intérêt d'assurance, qui bénéficie de la garantie accordée par l'assureur.

L'assurance pour compte fait naître un droit propre à l'égard de l'assureur dans le chef de l'assuré pour compte, dans la mesure où ce dernier, bien que n'ayant pas souscrit personnellement la couverture, pourra réclamer à l'assureur sa garantie en cas de sinistre.

Bien que l'assuré pour compte ne marque pas son accord sur les conditions contractuelles et n'est même pas nécessairement identifié lors de la souscription du contrat d'assurance, les termes ou l'objet de la police d'assurance lui confèrent la qualité d'assuré⁶⁵, de sorte qu'il n'est généralement pas considéré comme un tiers par rapport au contrat d'assurance.

38. Le bénéficiaire de l'assurance pour compte n'a pas souscrit à la clause d'arbitrage du contrat d'assurance pour compte mais en est néanmoins le bénéficiaire.

Dès lors, l'assuré pour compte qui revendique le bénéfice de l'assurance pour compte sera tenu par les dispositions de la police d'assurance. En effet, l'article 92 de la loi du 4 avril 2014 précise que « *les exceptions inhérentes au contrat d'assurance que l'assureur pourrait opposer au preneur d'assurance sont également opposables à l'assuré quel qu'il soit* ».

Il sera donc tenu par la clause d'arbitrage dans le cadre de la réclamation à l'encontre de l'assureur⁶⁶.

2° Tiers exerçant l'action directe contre l'assureur responsabilité

39. Lorsque le tiers est lié contractuellement avec l'auteur du dommage par une clause d'arbitrage peut-il agir contre l'assureur de celui-ci devant une juridiction étatique?

L'action directe visée par l'article 150 de la loi du 4 avril 2014 est indépendante de l'action de la victime contre le responsable. La victime ne peut dès lors se voir opposer une clause d'arbitrage insérée dans ses rapports contractuels avec le responsable et peut porter devant un juge étatique son action directe contre l'assureur responsabilité du responsable⁶⁷.

3° Assuré cité devant une juridiction étatique

40. Si l'assuré est attrait devant un tribunal ordinaire, il ne pourra y faire intervenir son assureur en garantie lorsque le contrat d'assurance comporte une clause d'arbitrage, à moins que le litige ne soit indivisible (art. 31 C. jud.), tout au plus pourrait-il citer l'assureur en déclaration de jugement commun⁶⁸.

⁶² D. MATRAY et F. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », in CEPANI, *L'arbitrage et le droit des assurances*, Larcier, 2015, pp. 71-124.

⁶³ B. TOUSSAINT et S. MORTIER, « Assurance pour compte: illustrations, problématiques et pistes de réflexion », *R.D.C.*, 2015, pp. 956-973.

⁶⁴ L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 315.

⁶⁵ J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, T. III, *Droit privé des assurances terrestres*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 82.

⁶⁶ D. MATRAY et F. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », in CEPANI, *L'arbitrage et le droit des assurances*, Bruylant, 2014, p. 141; G. ZEYEN, « Arbitrage et droit des assurances: perspectives de droits belge et français autour des notions de subrogation et stipulation pour autrui et de leur influence sur une clause d'une convention d'arbitrage », *For. Ass.*, 2010, n° 106, p. 140; Bruxelles, 22 juin 1989, *Pas.*, 1992, II, p. 54.

⁶⁷ Voy. la décision inédite (Anvers, 19 septembre 2007, AR 2000/1396) commentée par L. SCHUERMANS et C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 951; H. BARBIER, « Les clauses de conciliation et de médiation doivent-elles être mises en œuvre lors d'une action directe ou d'une action oblique? », note sous Civ. (3^e ch.), 10 novembre 2016, n° 15-25.449, *R.T.D. Civ.*, 2017 p. 148.

⁶⁸ J.-L. FAGNART, « Considérations sur l'arbitrage en matière d'assurance », in M. STORME et F. DE LY (dirs.), *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, 1994, p. 40; K. BERNAUW, « Gerechtelijke en buitengerechtelijke schaderegelingen », in *Indemnisation des dommages en assurances*, *Bull. Ass.*, n° spécial 2003, p. 76; H. DE RODE, « Le contrat d'assurance en général », *Rép. not.*, t. XII, Larcier, 2012, n° 129; Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 1995, F-19951109-10 (C.93.0235.N).

III.2.2. Opposabilité à l'égard de l'assureur de la clause d'un contrat organisant un arbitrage

1° Intervention forcée de l'assureur

41. Lorsque, dans la même hypothèse que celle visée au point 39 (tiers et assuré liés par une clause d'arbitrage), le litige les opposant est porté devant un tribunal arbitral, l'assureur ne pourra pas être appelé en intervention forcée devant ce tribunal par son assuré car il n'est pas lié par la clause arbitrale liant son assuré au tiers⁶⁹. Son intervention volontaire sera réglée par l'article 1709 du Code judiciaire (accord de toutes les parties et du tribunal arbitral).

2° Assureur subrogé

42. L'assureur qui indemnise son assuré est, en vertu de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014, légalement subrogé dans les droits de celui-ci. Il ne pourra dès lors invoquer l'inopposabilité de la clause d'arbitrage liant son assuré à son cocontractant⁷⁰ et devra recourir à la procédure arbitrale pour exercer ses droits contre le tiers responsable.

III.3. Type de litiges en matière d'assurance terrestre soumis à l'arbitrage

43. Si le champ d'application de l'arbitrage était plus large avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1992 en ce qu'il comprenait des risques de masse (assurance incendie habitation, assurance individuelle contre les accidents, vol, ...⁷¹) voire même la problématique de primes impayées⁷², il a continué à se développer lorsque l'assuré est un professionnel ou en matière de grands risques.

L'arbitrage est à présent fréquent en assurance de la construction (« tous risques chantier »), RC exploitation, RC après livraison, RC des dirigeants d'entreprise, bris de machine, assurance « globale de banque », pertes d'exploitation, ... Il est également prévu dans certains contrats conclus par les assureurs pour leurs activités et relatifs par exemple à la distribution de produits d'assurance de particuliers ou à la gestion des sinistres⁷³.

44. Les traités de réassurance sont systématiquement soumis à une clause d'arbitrage en raison de la technicité de la matière, d'usages et de l'environnement international même si les cédantes et réassureurs ont privilégié pendant longtemps la résolution des litiges à l'amiable pour préserver la continuité des relations entre parties, intermédiaires en réassurance compris.

III.4. Caractéristiques de l'arbitrage pertinentes au regard de la matière d'assurance

45. Les critiques à l'égard de l'arbitrage en assurance sont diverses, répétées et trop souvent non fondées:

- la préférence pour la protection du juge censé défendre les intérêts des assurés contre la puissance des assureurs au motif que le contrat d'assurance serait « un contrat léonin imposé par la supériorité économique et juridique de l'assureur » et que « la renonciation à saisir les juridictions étatiques accentuerait alors le déséquilibre de la relation contractuelle »⁷⁴;
- la crainte de la partialité des arbitres;
- la perte de la liberté des parties quant à la solution à donner au litige;
- le coût de l'arbitrage qui apparaît plus élevé que celui de la procédure judiciaire;
- la crainte de décisions « diplomatiques ».

46. Les avantages sont de même mis en avant:

- la confidentialité qui facilite une conciliation mais qui est également appréciée par le « petit monde » de l'assurance où « les acteurs du marché (assureurs, réassureurs, intermédiaires et assurés) se côtoient et ont vocation à travailler ensemble ou à être concurrents. Il n'est dans ces conditions pas bon que tout se sache, surtout à propos des différends et de leur règlement »⁷⁵;
- le maintien des courants d'affaires de par l'absence de confrontation judiciaire;
- l'évitement du coût indirect d'une procédure judiciaire: aléa quant à la durée, atteinte à la réputation;
- la spécialisation des arbitres ayant une bonne connaissance du secteur de l'assurance et dès lors susceptibles

⁶⁹. M. BERLINGIN, « L'extension de la clause d'arbitrage à des tiers participant à l'exécution du contrat au regard du droit belge » (note sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 9 juillet 2014), *b-Arbitra*, 2015, p. 141 et ref. citées.

⁷⁰. O. CAPRASSE et F. HENRY, « Le transfert de la clause d'arbitrage à l'assureur » (obs. sous Comm. Mons, 22 novembre 2012), *J.T.*, 2014/7, n° 6551, p. 121.

⁷¹. H. CLAASSENS, « Arbitrage en private verzekeringen: een algemene inleiding en stand van zaken », in M. STORME et F. DE LY (dirs.), *Verzekeringen en geschillenbeslechting*, 1994, p. 55.

⁷². M. FONTAINE, « Quelques aspects de l'arbitrage en droit des assurances et de la réassurance », in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris, Editions A. Pedone, 2011, p. 287.

⁷³. En France, où la clause d'arbitrage est moins fréquente qu'en Belgique dans les contrats d'assurance celle-ci est notamment utilisée dans le domaine maritime, en assurance aviation, en assurance spatiale (voy. F. TURGNÉ, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p. 177).

⁷⁴. F. TURGNÉ, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *Revue générale du droit des assurances*, 2012, p. 177.

⁷⁵. R. SCHULZ, « Le nouveau règlement CEFAREA-CMAP: évolution et adaptation d'un arbitrage institutionnel dans le secteur de l'assurance », *Revue générale du droit des assurances*, 2014, p. 143.

- d’appréhender au mieux la volonté des parties lors de la conclusion du contrat en donnant la priorité aux documents contractuels, aux usages (surtout en réassurance) par rapport aux dispositions légales;
- la souplesse dans le mode d’arbitrage choisi;
- la rapidité entraînant un coût global moindre qu’une procédure judiciaire et permettant d’éviter les conséquences désastreuses pour une société ou un indépendant dont l’activité subirait de graves difficultés en raison de l’absence d’indemnisation rapide par l’assureur;

- la maîtrise de l’environnement international (notamment pour les traités de réassurance);
- le caractère définitif sauf lorsque les parties en ont convenu autrement (art. 1716 C. jud.) ou dans l’hypothèse d’une annulation de la sentence (art. 1717 C. jud.)⁷⁶.

Ces avantages sont également ceux de la médiation, à la différence qu’un accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732 du Code judiciaire peut être soumis pour homologation au juge compétent (art. 1733 C. jud.) tandis que la sentence arbitrale sera soumise au tribunal de première instance compétent pour être revêtue de la formule exécutoire (art. 1719 C. jud.).

CONCLUSION

La médiation institutionnelle pour les contrats d’assurance souscrits par les consommateurs continue à progresser de manière stable d’année en année, comme en témoignent les rapports annuels de l’ombudsman des assurances, en raison notamment d’une meilleure information des consommateurs de son existence (mention obligatoire dans les contrats d’assurance⁷⁷) et de la possibilité d’introduire une demande par Internet⁷⁸.

L’ombudsman des assurances ne tranche pas, formule un avis et/ou une solution non liante pour les parties après un processus souple qu’il dirige.

Quant à l’arbitrage, les critiques formulées à son égard avant 1992 semblent se dissiper.

Médiation et arbitrage répondent chacun à des demandes différentes: trouver ensemble un accord pour mettre fin à un litige ou laisser trancher ce litige par un arbitre. Les proces-

sus sont différents: l’arbitrage s’approche de la procédure judiciaire (échange de pièces, de mémoires, ...) tandis la médiation offre plus de souplesse.

Les deux approches sont toutefois parfois complémentaires en raison de la technicité de la matière. En effet, toutes deux offrent rapidité et confidentialité de sorte qu’il peut être intéressant de soumettre à un arbitre un volet du litige (portant p. ex. sur un point de droit toujours sujet à controverse ou sur la question des paramètres à prendre en compte pour l’évaluation d’un dommage) sur lequel les parties sont diamétralement opposées et sans volonté de trouver un accord et de confier les autres volets du litige à une médiation. La médiation permet aussi de solutionner les points qui peuvent l’être avant ou pendant un arbitrage ou d’être un préalable à un éventuel arbitrage qui ne se met en place qu’en cas d’échec de la médiation⁷⁹.

⁷⁶ Y. THIERY, « Arbitrage en mediatie: methode van geschillenbeslechting die verzekering- en herverzekeringprofessionals verkiezen? », in CEPANI, *L’arbitrage et le droit des assurances*, Bruylant, 2014, p. 33.

⁷⁷ Art. 32 et 35 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

⁷⁸ Art. XVI.25 C.D.E.

⁷⁹ Voy. la clause proposée par le NAI – Netherlands Arbitration Institute (disponible sur www.nai-nl.org) ou par le Cepani (disponible sur www.cepani.be). Pour un règlement qui prévoit une passerelle entre arbitrage et médiation en cours de procédure d’arbitrage et entraînant la suspension de la procédure d’arbitrage, voy. le règlement d’arbitrage CEFAREA-CMAP – Centre de Médiation et d’Arbitrage de Paris / Centre Français d’Arbitrage de Réassurance et d’Assurance (disponible sur www.cmap.fr). Sur la possibilité pour le médiateur de devenir arbitre dans une affaire qui lui a été soumise en sa qualité de médiateur et de trancher le litige pour lequel la médiation n’aura pas apporté de solution, voy. S. D. MAU, « Arbitration to mediation to arbitration with the same parties in the same international commercial dispute before the same neutral: innovative evolution or recipe for disaster? », *Construction Law Journal*, 2015; P. VAN LEYNSEELE, « La ‘Med-arb’ et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Larcier, 2013, pp. 833-864.