



Rapport sur l'activité du médiateur du GEMA pour l'année 2004

La médiation du GEMA

Les mutuelles du GEMA se sont dotées depuis 1989 d'un mécanisme de médiation. En cas de litige, le sociétaire doit d'abord essayer de régler la question avec sa mutuelle (médiation interne). En cas d'échec, il peut saisir le médiateur du GEMA en lui écrivant au :

Médiateur du GEMA,
9 rue de Saint-Petersbourg
75008 Paris

Les mutuelles du GEMA ont donné pour mission à leur médiateur de rendre un avis uniquement lorsqu'un litige ne parvient pas à être réglé directement par le sociétaire et sa mutuelle.

- si le médiateur donne raison au sociétaire, la mutuelle doit le suivre;
- si le médiateur donne tort au sociétaire, celui-ci peut saisir la justice.

La compétence du médiateur ne concerne pas :

- le bien-fondé des résiliations,
- les réclamations de tiers, par exemple, victimes de dommages provoqués par un sociétaire d'une mutuelle du GEMA.

I . La médiation en chiffres

A - Les résultats 2004

Une précision liminaire doit être ici donnée. Une distinction est faite systématiquement, parmi les dossiers reçus, entre ceux qui ne sont classés qu'en une phase, dite de « prémédiation », et ceux qui entrent dans la catégorie « médiation » proprement dite. La distinction entre les deux se fait après un premier examen du dossier adressé au GEMA, pour déterminer si cette condition essentielle de recevabilité que constitue, aux termes du protocole de la médiation, l'épuisement des voies de recours internes est bien remplie. Si tel n'est pas le cas, le dossier est mis de côté dans l'attente de l'avis, donné par la mutuelle, que cette condition est finalement réalisée.

1) Prémédiation

Ce ne sont pas moins de 124 dossiers - soit pratiquement autant que d'avis rendus par le médiateur (cf. infra p. 5) - qui ont été, en 2004, ouverts à ce titre.

15 d'entre eux sont toujours dans l'attente d'une réponse de la mutuelle concernée. Sur les 109 restants, 34 (31 %) ont trouvé une solution totalement favorable pour le sociétaire au niveau de la mutuelle, tandis qu'un compromis a pu être trouvé, à ce même niveau, dans cinq dossiers. 69 ont abouti à un rejet de la prétention du sociétaire (1 dossier classé sans suite).

Or il est remarquable que 38 seulement de ces refus ont donné lieu à une confirmation de la saisine du médiateur. Autrement dit, près de la moitié des sociétaires insatisfaits ne persistent pas dans leur intention première. Ont-ils été convaincus par les explications complémentaires

qui leur ont été fournies ou se sont-ils lassés ? Il est difficile de le déterminer. Mais ce dont le médiateur ne peut que s'étonner, c'est du temps parfois nécessaire au fonctionnement de la médiation interne à la société. On peut citer un délai de quatorze mois, vraiment excessif.

C'est pourquoi le médiateur émet, une fois encore, le souhait que les sociétaires soient très clairement informés des différentes étapes de la médiation interne, vraiment complexe dans au moins une des mutuelles du GEMA, au point que les sociétaires se plaignent parfois d'être « promenés ». Pire, il est arrivé qu'une mutuelle se trompe elle-même, commençant par indiquer que les voies de recours internes étaient épuisées, pour ensuite se rétracter. Le médiateur a donc été obligé, après avoir informé le sociétaire qu'il commençait à instruire son dossier, de présenter ses excuses parce qu'il était contraint de le refermer provisoirement. L'effet n'est, à l'évidence, pas des plus heureux ! On rappelle également que les mutuelles du GEMA se sont engagées à toujours informer les sociétaires de leur possibilité de saisir le médiateur national, lorsque l'échec est définitif à leur niveau. Or il apparaît que cette obligation n'est pas toujours respectée.

2) Médiation

a) nombre des saisines et des avis

En 2004, ont été ouverts 213 dossiers de médiation proprement dite. Mais, comme toujours, un grand nombre était irrecevable, le plus souvent parce que visant des assureurs n'appartenant pas au GEMA.

Le médiateur a rendu 114 avis en tant que médiateur (et 6 en tant que tiers au sens de

l'article L.127-4 du Code des assurances (protection juridique)). 27 concernent des dossiers qui avaient été ouverts l'année précédente, ce qui correspond assez bien aux 33 dossiers 2004 qui ne donneront lieu à un avis qu'en début de 2005. Au jour où ce rapport est rédigé, 11 de ces dossiers ont été réglés.

Un peu plus de la moitié des avis sont rendus dans les trois mois à partir du jour où le médiateur est saisi et 84 % dans les quatre mois. Dans deux cas, le délai accordé par le protocole -six mois- a été dépassé, une fois de deux semaines, l'autre de trois. Il s'agissait de deux affaires spécialement complexes et le sociétaire concerné, au demeurant chaque fois partiellement satisfait, n'a pas semblé tenir rigueur à la médiation du petit retard dont il avait souffert.

b) résultats, pour les sociétaires, du recours à la médiation proprement dite

	avis	amiable	total
sociétaires satisfaits	10	4	14
sociétaires partiellement satisfaits	36		36
sociétaires insatisfaits	68		68

10 des 114 avis rendus ont été totalement favorables au sociétaire, 36 partiellement et 68 ont estimé sa demande injustifiée. Ce sont donc un tout petit peu plus de 40 % qui ont reçu satisfaction (31,5 % partiellement).

Tout sociétaire qui ne reçoit pas satisfaction intégrale se voit automatiquement rappeler que l'avis du médiateur ne le lie pas et qu'il peut saisir la justice, en même temps qu'il est averti de la brièveté de la prescription en matière d'assurance. A ce dernier propos, il lui est même quelquefois indiqué l'urgence qu'il y a pour lui à inteompre la prescription et le moyen de le faire.

A la connaissance du médiateur, en 2004, aucun des sociétaires concernés n'a poursuivi sa réclamation devant les tribunaux.

c) nature et montant des litiges soumis à la médiation

Plus de la moitié des demandes concernent des litiges liés à l'automobile, dont 40 % ont trait à

Objet des litiges				
	Automobile	Habitation Vie Privée	Assurances de personnes	Autres
Responsabilité	15			
Vol	28	4		
Indemnisation	12	30		1 (litige professionnel)
Défense-recours Protection juridique	6	7		
Coefficient Bonus-Malus	2			
Autres	3			8 (arbitrage)
Cotisation	4	1		
Total	70	42	15	9

la garantie vol, et un gros tiers portent sur les multirisques habitation. Dans ce dernier cas, ce sont les contestations de l'indemnité proposée par la mutuelle qui sont, de très loin, les plus nombreuses.

Lorsque le montant chiffré est déterminable, plus de la moitié des réclamations ont un montant égal ou inférieur à 4.600 euros

d) intervention au titre de l'article L. 127-4 du Code des assurances

Chaque année, le médiateur est saisi, par accord de la mutuelle et du sociétaire, de quelques dossiers où il lui est demandé de jouer le rôle de la tierce personne, au sens de l'article L. 127-4 du Code des assurances. On rappelle que ce tiers est choisi pour apprécier si une action en justice, que souhaite voir tenter le sociétaire, ce que refuse l'assureur de protection juridique, a des chances suffisantes de succès pour mériter d'être introduite.

Cette année, il a du intervenir six fois à ce titre, ce qui est nettement plus que les années précédentes et lui a donc semblé mériter d'être mentionné dans le rapport annuel, d'autant plus qu'il s'agit presque toujours d'affaires délicates. A quatre reprises, l'avis a été favorable à la prétention du sociétaire, ce qui dénote sans doute une tendance des assureurs de protection juridique à vouloir n'intenter l'action que lorsque le succès leur en paraît absolument certain, conception tout de même trop restrictive de leurs obligations.

Assez curieusement, l'un des sociétaires concernés a fait savoir à sa mutuelle que, tout bien pesé, il renonçait à l'action envisagée.

Il est projeté de faire, au cours de l'année 2005, une enquête systématique auprès des mutuelles sur l'issue des procès engagés à la suite des avis L. 127-4 rendus par le médiateur depuis le 1er janvier 2000. Seule en effet une telle enquête permettra de se rendre compte quel est le mieux fondé, de l'optimisme du médiateur ou du pessimisme des mutuelles ayant accordé une garantie de protection juridique.

B – La comparaison avec les années antérieures

On commencera par dresser un tableau qui permettra de comparer aisément les résultats de l'année 2004 aussi bien avec ceux de l'année 2003 qu'avec la moyenne des dix, puis des cinq dernières années.

- le nombre des avis aussi bien que la proportion des dossiers dans lesquels le médiateur ratifie la position prise par la mutuelle sont bien dans la moyenne.

On perçoit ainsi que les résultats de l'année 2003, nettement plus défavorables pour les sociétaires, étaient bien des résultats hors normes et non pas révélateurs d'une tendance du médiateur à plus de sévérité. D'où l'utilité des moyennes portant sur une période suffisamment longue pour être significative.

- en revanche, la proportion des avis dans lesquels le médiateur recourt à l'équité est nettement plus forte, et que l'année dernière, et que la moyenne. Cela paraît provenir du fait que beaucoup de litiges opposant un sociétaire à sa mutuelle portaient sur des évaluations d'expert. Et l'on sait que là est le domaine privilégié du recours par le médiateur à l'équité, ce qui lui permet, chaque fois que l'espèce s'y prête, de proposer une indemnité plus élevée que ne le proposait l'expert, sans recourir aux procédures longues, et coûteuses pour tout le monde, de la contre-expertise et de l'éventuel recours à un troisième expert départiteur. A quoi s'ajoutent les dossiers où il semble équitable d'accorder au sociétaire une indemnité, en général plutôt symbolique, parce qu'il a été victime de lenteurs peu justifiées dans le règlement du sinistre qu'il avait subi.

Période concernée	Nombre d'avis	Satisfaction des sociétaires			Avis rendus en	
		Totale	Partielle	Nulle	Droit	Equité
1994-2003	1057 moy : 106	176 (17 %)	256 (24 %)	625 (59 %)	877 (83 %)	180 (17 %)
1999-2003	601 moy : 120	76 (13 %)	158 (26 %)	367 (61 %)	484 (80,5 %)	117 (19,5 %)
2003	125	14 (11 %)	22 (18%)	89 (71 %)	109 (87 %)	16 (13 %)
2004	114	10 (9 %)	36 (31,5%)	68 (59,5 %)	87 (76 %)	27 (24 %)

II . Observations spécifiques d'ordre qualitatif

Le médiateur voudrait d'abord souligner que s'est produit en 2004 un phénomène d'ordre général qu'il ne s'explique pas : la multiplication des dossiers extraordinairement complexes, qui exigent une instruction d'abord, une réflexion ensuite, spécialement poussées. Cela n'est naturellement pas sans retentissement sur le délai de traitement des affaires, qui a une tendance à s'accroître un peu à l'époque récente.

Des remarques plus précises concernent :

A – Des difficultés d'ordre procédural

Sous cette rubrique, on retrouve les observations traditionnelles concernant la compétence du médiateur :

- celui-ci est incompétent pour apprécier la politique des mutuelles et spécialement leurs décisions d'ordre tarifaire.

- il est incompétent dans les litiges concernant une mutuelle et un tiers. Ceci signifie qu'il n'a le droit d'intervenir que si la difficulté oppose un sociétaire à sa mutuelle. C'est ce qui a été rappelé dans une affaire où un sociétaire, victime d'accident, avait souhaité, en accord avec sa propre mutuelle, l'intervention du médiateur auprès d'une autre mutuelle que la sienne, assureur du responsable, pour aboutir à une majoration de l'indemnité qui lui était offerte.

Une précision toutefois à ce sujet. Dans le cas d'une assurance de groupe, les adhérents, bien que n'ayant pas contracté directement avec la mutuelle, mais avec le souscripteur du contrat, ne sont pas considérés comme des tiers. La

solution, que les mutuelles n'ont d'ailleurs jamais contestée, s'impose d'autant plus que, en général, le souscripteur a des liens étroits avec la mutuelle assureur.

- il est incompétent si l'affaire a été portée en justice. Une application inédite de cette règle a été la fermeture instantanée d'un dossier, lorsque le service de médiation a eu connaissance du fait que l'avocat du sociétaire avait décidé de porter l'affaire en justice sans attendre que l'avis du médiateur ait été rendu.

Par ailleurs, le médiateur a été une fois saisi par une mutuelle, qui envisageait d'intenter une action contre un sociétaire, victime d'un vol et indemnisé à ce titre, en remboursement de l'indemnité. En effet, le véhicule avait été ultérieurement retrouvé sans la moindre trace d'effraction, alors que l'effraction était une condition de la garantie (sur le problème de fond que soulève cette exigence, cf. infra, B, n° 5). Le sociétaire se refusait à toute restitution, mais ne s'était pas opposé à la saisine du médiateur.

Ce dernier ne pouvait donc pas se prononcer et a émis l'avis que la prétention de la mutuelle lui semblait fondée. Mais il s'est permis de faire remarquer à la mutuelle qu'il percevait mal l'utilité de l'avoir saisi. Car une règle fondamentale de la médiation du GEMA est que les avis du médiateur ne s'imposent jamais au sociétaire. Comme il était prévisible, ce dernier a refusé en l'espèce de s'incliner et la mutuelle a dû aller au procès ⁽¹⁾.

(1) Dans un cas de ce genre, si une mutuelle tenait absolument à connaître l'avis du médiateur sur les mérites d'une action qu'elle envisage d'intenter contre un sociétaire, le médiateur accepterait naturellement d'étudier le dossier. Mais on sortirait du cadre de la médiation.

B – Des problèmes de fond

1) L'obligation d'information et de conseil

Comme chaque année, plusieurs dossiers incitent à préciser le domaine de l'obligation d'information et de conseil que la Cour de cassation fait peser sur les assureurs, comme sur tous les professionnels, aussi bien lors de la conclusion du contrat que tandis que celui-ci est en cours.

Cette obligation est lourde. A ce titre, il a été considéré par le médiateur :

- que l'assureur, qui, à l'occasion du transfert d'une assurance sur un nouveau véhicule, accorde une garantie gratuite de l'ancien véhicule, le temps nécessaire à sa revente, a l'obligation de clairement préciser les limites dans le temps de cette garantie gratuite ;
- que l'assureur, de protection juridique, doit informer l'assuré, déjà en litige, de l'absence de tout intérêt pour lui de souscrire une telle garantie, alors que l'assureur sait fort bien que le fait générateur -la naissance du litige- est antérieur à la souscription et qu'il ne le prendra donc pas en charge ;
- que l'assureur doit conseiller à l'assuré, en cas d'assurance maladie, de souscrire une option supérieure quand il résulte de l'option choisie spontanément que l'assuré a très peu de chances, compte tenu de ses salaires et de leur évolution prévisible, de jamais bénéficier des prestations ;
- que l'assureur doit attirer, par écrit pour se réserver la preuve que cela a été fait, l'attention de l'assuré sur le fait que, à persister à ne pas vouloir régler la franchise à un garagiste avant

de l'avoir récupérée sur le responsable, il s'exposerait à des poursuites onéreuses de la part du garagiste.

Mais l'obligation n'est pas illimitée. En particulier, la Cour de cassation considère, en règle générale, que c'est aux assurés qu'il appartient de déterminer leurs besoins en assurance (cf. récemment 2ème Civ. 4 nov. 2004, aff 03.17888 à propos d'une garantie emprunteur).

En application de cette jurisprudence, le médiateur a estimé que le sociétaire était, sauf circonstances très particulières, seul juge de l'opportunité de souscrire ou non une garantie vol et que, après le vol, il était donc mal fondé à reprocher à sa mutuelle de ne pas l'avoir invité à souscrire cette garantie.

2) L'indispensable aléa

Comme la Cour de cassation le rappelle périodiquement, l'existence d'un aléa est de l'essence de l'assurance. Le médiateur a eu plusieurs occasions de faire application de cette règle :

- tantôt à l'encontre de l'assuré qui, dans un cas, prétendait se faire indemniser un vol qu'il savait déjà survenu avant de souscrire la garantie appropriée (l'affaire était en outre compliquée d'une inexplicable discordance de 20 jours entre la date d'envoi d'un courrier par le sociétaire et sa réception par la mutuelle) ; dans un autre cas, exigeait la garantie de son assurance protection juridique pour un litige dont tous les éléments étaient déjà constitués lors de la conclusion du contrat PJ.
- tantôt à l'encontre de l'assureur. Ainsi, dans le dossier déjà signalé au numéro 1) ci-dessus, le médiateur a estimé que, à partir du jour où le salaire du sociétaire avait atteint un montant tel

qu'il était exclu qu'il puisse bénéficier d'une protection quelconque de la mutuelle, tout aléa avait disparu. Il a donc demandé à la mutuelle de restituer les primes perçues depuis cette date.

3) Le droit à l'erreur de l'assureur

Une mutuelle avait informé un héritier d'une personne ayant souscrit une assurance en cas de décès qu'il recevrait une certaine somme. Puis, elle s'était aperçue que le de cujus avait procédé à la désignation d'un bénéficiaire différent. Elle avait donc aussitôt prévenu l'héritier de l'erreur par elle commise. L'intéressé, évidemment déçu, soutenait, entre autres arguments, que le premier courrier engageait l'assureur.

Le médiateur ne l'a pas suivi. Il a en effet fait observer que le Code civil admet la répétition de l'indu en cas d'erreur. Si la mutuelle avait payé, elle aurait pu exercer une action en restitution de ce qu'elle avait réglé à tort. Il était tout de même plus expédient de lui permettre de ne pas payer, puisqu'elle s'était aperçue très vite de sa méprise.

4) La nécessaire clarté des conditions de garantie et des exclusions

L'étendue réelle d'une garantie est la résultante de la combinaison entre les conditions de la garantie et les exclusions. On ne reviendra pas ici sur la grande difficulté à distinguer les unes et les autres dans un certain nombre de cas limites. En effet, s'il existe des différences de régime importantes entre les unes et les autres ⁽¹⁾, il est un point sur lequel ce régime, façonné par la Cour de cassation, est aujourd'hui le même : conditions comme exclusions doivent être claires, donc dénuées de toute ambiguïté. Et si une ambiguïté subsiste, c'est l'interprétation la plus favorable à l'assuré, du moins si celui-ci est un particulier, qui doit prévaloir.

De très nombreux dossiers tournent autour de ce problème. Pour tenter d'éclairer les services compétents des mutuelles, le médiateur multipliera donc les exemples.

a) Conditions de la garantie

Le médiateur a considéré comme ambiguë :

- la clause privant le conjoint du sociétaire de la qualité d'assuré en cas de divorce ou de séparation, sans préciser qu'il pouvait s'agir d'une simple séparation de fait.

- la clause limitant la garantie aux seuls dommages matériels et immatériels consécutifs. Une telle clause ne poserait pas problème, si l'assuré était un professionnel, car la notion d'immatériel consécutif, pour peu claire qu'elle soit, bénéficie d'une longue tradition. Mais elle est totalement incompréhensible pour un simple consommateur.

- la clause fixant un seuil minimum pour que l'assureur de protection juridique fasse plus qu'un recours amiable ainsi libellée « Pour toute réclamation concernant les dommages consécutifs à un sinistre dont le montant est inférieur à ».

Le seuil minimum concernait-il le montant de la réclamation ou le montant du dommage, le premier étant inférieur au seuil et le second supérieur, du fait d'un règlement amiable partiel ? L'ambiguïté de la clause imposait d'avoir égard au montant du sinistre.

- la clause des assurances-vol subordonnant la garantie à « l'introduction clandestine » du voleur. Il y a longtemps que la Cour de cassation a considéré que la notion était imprécise

(1) Spécialement quant à la charge de la preuve et à la nécessité, pour les seules exclusions, d'être rédigées en caractères très apparents.

(cf. la chronique n° 20 de M. Groutel, RCA 1989). Il serait temps d'en tirer les conséquences et de mieux préciser les choses, par exemple en se référant à « l'introduction, ou au maintien, par ruse » dans les locaux cambriolés.

En revanche, il a considéré comme dépourvus d'équivoque et donc appliqué :

- la clause d'une assurance maladie exigeant que, au moment où le versement de la rente devait entrer en vigueur, l'assuré ait moins de 60 ans et que son état soit relativement stabilisé. Certes l'adverbe « relativement » pourrait permettre dans certains cas la discussion, mais en l'espèce l'assuré était, au jour de ses soixante ans, dans une phase aiguë de la maladie. L'absence de stabilisation était donc indiscutable.

- la clause prévoyant une rente en cas d'accident, mais dont l'assuré pouvait demander la transformation en capital. Le sociétaire prétendait cumuler rente et capital, prétention évidemment rejetée.

- les plafonds de garantie fixés sous la forme d'un tableau, général, unique donc, parfaitement clair, alors que le sociétaire soutenait qu'il aurait fallu, à propos de chaque garantie, indiquer le plafond spécifique.

b) Exclusions

Le médiateur a écarté :

- le refus de garantie parce que l'assuré ne se serait pas comporté « en bon père de famille ».

- les exclusions que l'assureur prétendrait tirer d'une série de renvois d'articles en articles des contrats, surtout quand le dernier exige une interprétation *a contrario* ! On se permet d'insister

sur ce dernier exemple. La technique du renvoi multiple était naguère absolument classique. Elle ne peut plus avoir cours aujourd'hui, étant donné les exigences de la Cour de cassation. Il est donc impératif que les polices utilisées par les mutuelles du GEMA soient périodiquement relues et révisées pour les expurger de tout ce qu'il n'est pas très clair pour le sociétaire assuré. Car, si l'exclusion est précise et claire (et bien sûr, rédigée en caractères très apparents, c'est-à-dire ressortant du contexte. On pourrait être surpris du rappel, en 2005, de cette exigence légale bien connue. Mais force est de constater qu'elle n'est pas systématiquement respectée), le médiateur l'applique sans état d'âme. Ainsi en a-t-il été des clauses excluant :

- de la garantie dégât des eaux, les frais de remise en état des canalisations.

- de la garantie vol, dans une multirisques habitation, les véhicules terrestres à moteur soumis à l'obligation d'assurance.

- de la garantie vol, en automobile, la remise du véhicule par l'assuré à un escroc ; ou encore le vol commis alors que les clés ont été laissées dans le véhicule.

Ce dernier exemple d'exclusion dont la validité a été admise par le médiateur lui a semblé mériter un développement spécifique.

5) Le cas particulier des clauses subordonnant la garantie du vol d'un véhicule à la preuve d'une effraction des portes et/ou des organes de directions (ou encore du dispositif antivol)

La plupart des contrats assurant les automobiles contre le vol spécifient que la garantie ne sera pas due si la preuve n'est pas rapportée par l'assuré qu'il y a eu une effraction du véhicule, à

moins qu'il y ait eu un acte de violence à l'encontre du conducteur. La validité d'une telle exigence n'était guère contestée en jurisprudence, lorsque a été rendu, le 10 mars 2004, par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Bull. II, n° 105), un arrêt dont les termes doivent être précisés.

En l'espèce, une Cour d'appel avait estimé que la garantie n'était pas due, parce que le véhicule ne portait pas trace d'effraction, alors que le contrat exigeait que l'assuré établisse « outre les détériorations liées à une pénétration dans l'habitable par effraction, le forçage de la direction ou de son antivol et la modification des branchements électriques ayant permis le démarrage du véhicule ». La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, au double visa de l'article 1315 du Code civil et de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et au motif « que la preuve du sinistre, qui est libre, ne saurait être limitée par le contrat ».

On ne compte plus les articles de la « grande » presse qui ont aussitôt affirmé que la Cour de cassation condamnait désormais toutes les clauses qui subordonnaient la garantie à la preuve de l'effraction.

Les choses ne sont pourtant pas aussi claires. De telles clauses, en effet, ne concernent pas « la preuve du sinistre ». Le sinistre, ici, c'est le vol. Et la plupart du temps, les assureurs ne contestent pas le moins du monde qu'il y ait eu vol. La meilleure preuve en est que, si le véhicule n'est jamais retrouvé, il est sans exemple que les assureurs refusent de prendre le sinistre en charge, du moins au seul motif que l'assuré n'a pas prouvé l'effraction.

Le problème ne se pose que si le véhicule est retrouvé. Dès lors une expertise devient

possible, qui met parfois en lumière l'absence de toute effraction. Et l'assureur n'a dans ces conditions nul besoin de contester le vol, il lui suffit de s'abriter derrière la clause qui subordonne la garantie à la preuve d'une effraction. Il est possible que la Cour de cassation estime nécessaire de condamner une telle clause. Mais, si telle est bien sa pensée, il est indispensable qu'elle le décide de manière plus nette que ne l'a fait ce seul arrêt, qui a été accueilli par la doctrine spécialisée avec plus que des réserves (Noguéro, Resp. civ. et ass., sept. 2004, Chron. 20 ; Kullmann, RGDA 2004, 561).

Pour l'heure, le médiateur continue donc à faire produire effet à ces clauses. Il sait bien que les associations de consommateurs reprochent aux assureurs de négliger le fait que les malfaiteurs sont capables d'user de techniques sophistiquées. Mais il persiste à penser que l'explication la plus probable, lorsqu'un véhicule d'un modèle courant, volé, est retrouvé très peu de temps après sans la moindre trace d'effraction, est encore que la clé avait été laissée dessus. Et à ce titre, les exigences des assureurs manifestées par la clause querellée lui semblent, en l'état, totalement justifiées.

Naturellement, si la Cour de cassation devait confirmer sa position et décider clairement, sans s'abriter derrière une motivation non décisive, qu'il y a lieu de considérer comme non écrites les clauses subordonnant la garantie à l'existence d'une effraction, en ferait aussitôt bénéficier les sociétaires des mutuelles.

6) Les « gestes commerciaux »

A deux reprises, le médiateur a eu à apprécier le comportement de mutuelles qui avaient accepté d'intervenir en faveur d'un sociétaire, au delà des engagements contractés avec lui dans la police. L'affaire ne s'étant pas terminée à la satisfaction du sociétaire, celui-ci reprochait à la mutuelle d'avoir mal défendu ses intérêts. A quoi la mutuelle répliquait que, s'agissant d'une intervention allant au delà de ses strictes obligations, elle ne pouvait rien se voir reprocher.

Le médiateur a considéré que, à partir du moment où la mutuelle avait de son plein gré géré l'affaire du sociétaire, même à titre bénévole, elle devait la gérer correctement jusqu'au bout (art. 1372 et 1374 du Code civil). Estimant, dans ces deux cas, que la mutuelle avait commis des fautes, il a proposé au sociétaire une solution transactionnelle, en conformité là encore avec le Code civil (art. 1374 al. 2).

7) Les rapports entre la mutuelle, assureur de choses, et le responsable (et son assureur) du dommage subi par le sociétaire

Il est très fréquent, en pratique, que l'indemnisation intégrale ou partielle du dommage subi par un sociétaire et dont un tiers est entièrement responsable soit effectuée par sa propre mutuelle.

Or, comme chacun le sait, les règles propres à l'assurance de choses et celles qu'impose le droit de la responsabilité peuvent différer sensiblement. Par exemple, les premières autorisent, en principe, les franchises et les plafonds alors que le second est dominé par le principe de l'indemnisation intégrale. Ou encore, l'assureur de choses peut fort bien avoir prévu que l'indemnisation devra tenir compte de la

vétusté du bien sinistré. Au contraire, le droit de la responsabilité impose au responsable l'indemnisation en « valeur à neuf » (sauf dans le cas particulier des automobiles, où l'importance et la fluidité du marché de l'occasion ont conduit la jurisprudence à considérer que la victime devait se contenter de recevoir la valeur de remplacement, c'est à dire le prix de rachat d'un véhicule à peu près identique à celui qui a été endommagé).

Le médiateur est cependant obligé de constater que les modalités de règlement auxquelles sont habitués les régleurs de sinistres en assurance de choses ont tendance à contaminer l'appréciation de ce qui doit être réclamé au responsable et à son assureur, au détriment du sociétaire donc.

C'est ce que le médiateur a été amené à rappeler à de nombreuses reprises. Il demande alors en général à la mutuelle concernée, soit d'exercer le recours auquel a droit son sociétaire, au surplus presque toujours titulaire également d'une garantie de protection juridique, soit de lui verser elle-même un complément d'indemnisation si, pour quelque raison que ce soit, elle n'entend pas exercer le recours auquel il a droit. Quelquefois, si le recours, incontestable dans son principe, lui semble présenter quelque difficulté particulière, il fait, en équité, une offre transactionnelle au sociétaire.

8) La désignation du bénéficiaire en cas de décès

Le hasard fait que, cette année pour la première fois, le médiateur a dû traiter deux dossiers où la désignation du bénéficiaire d'une assurance en cas de décès faisait problème, dans des conditions fort différentes au demeurant.

Le premier seul concernait véritablement la détermination du bénéficiaire. Un sociétaire avait prêté sa moto à un ami qui, de ce fait, était assuré. L'ami se tua, alors que le contrat comportait une garantie décès. Mais qui en était le bénéficiaire ? Selon le contrat, dans l'ordre : les descendants, le conjoint ou le concubin, les ascendants. Or le défunt vivait depuis quelque temps avec une jeune femme, et la mutuelle versa pour ainsi dire naturellement l'indemnité à la compagne. C'est alors qu'intervinrent les ascendants, qui estimaient qu'on avait d'autant moins eu affaire à une concubine que le contrat donnait du concubinage une définition précise : « situation de deux personnes majeures en mesure d'établir qu'elles ont créé une communauté maritale de vie », ce qui, selon eux, n'était nullement établi.

Le médiateur a estimé, dans un premier temps, que la mutuelle avait été trop vite en besogne, en se contentant, comme preuve du concubinage, de la présentation d'un bail commun datant d'à peine quatre mois. Il a donc demandé qu'il soit procédé à une enquête complémentaire. Plusieurs témoignages furent produits qui attestèrent tous la relation de concubinage. En conséquence, la réclamation des ascendants⁽¹⁾ a été, dans un second temps, repoussée.

Il est fort possible que ces derniers ne s'inclinent pas et souhaitent, en 2005, porter leur prétention devant les tribunaux.

Quant au second, il s'agit de l'affaire qui a été signalée, à un autre titre, supra n°3, où l'assureur s'était aperçu tardivement que le capital assuré ne devait pas aller à l'héritier, mais à un bénéficiaire désigné par l'assuré. Or, autre intérêt du dossier, l'assureur se refusait catégoriquement à indiquer quel était le bénéficiaire, au

nom du secret qu'il devait à son assuré. Cette position est parfaitement estimable, mais présente tout de même un grave défaut, celui d'obliger l'héritier à croire l'assureur sur parole, ce dont il ne saurait être question.

Dans le cas particulier, l'héritier s'est incliné et n'a pas insisté pour connaître l'identité du bénéficiaire, probablement parce qu'il devait la subodorer. Mais s'il avait persisté, un moyen aurait dû être trouvé pour concilier le droit de l'héritier d'exiger une preuve de son infortune et l'obligation de l'assureur au secret.

9) Assurance de protection juridique

Indépendamment des dossiers qui mettent en jeu le mécanisme de l'article L.127-4, beaucoup de réclamations portent sur le fonctionnement de l'assurance de protection juridique.

Comme chaque année, le médiateur demande aux mutuelles de ne pas s'incliner trop facilement devant la résistance de l'assureur adverse, qu'il s'agisse ou non d'une mutuelle. Mais, en 2004, il a été frappé que, à plusieurs reprises, des sociétaires se soient plaints de la façon dont leur procès avait été mené et auraient voulu que cette dernière prît à sa charge le dommage que, selon eux, leur avait causé ledit avocat. Une réclamation de cet ordre pose au médiateur deux problèmes ⁽²⁾.

Le premier est de chercher à apprécier si l'auxiliaire de justice a effectivement commis une erreur, qu'elle porte sur la procédure ou sur le fond, jugée préjudiciable au sociétaire.

⁽¹⁾ Qui, on le notera au passage, devenaient du coup des tiers. Mais cette constatation arrivait trop tard pour qu'il puisse en être déduit l'incompétence du médiateur. Au demeurant, la mutuelle concernée ne l'avait pas invoquée.

⁽²⁾ En réalité, trois. Ce genre de dossier est en effet en première ligne des dossiers spécialement complexes évoqués ci-dessus, et dont l'examen demande un temps infiniment supérieur à la moyenne.

Sachant d'expérience que tout plaideur débouté estime avoir été mal défendu, le médiateur est, sur ce terrain, d'une extrême prudence et souvent amené à conclure à l'inexistence de toute faute établie.

Si, cependant, la faute de l'avocat paraît certaine, se pose la seconde question : la mutuelle doit-elle en répondre ? Pour le médiateur, cela dépend.

En principe, étant donné l'indépendance de principe dont jouissent les avocats dans l'exercice de leur art, c'est leur seule responsabilité qui est en cause, et le fait qu'ils aient été désignés par la mutuelle ne suffit pas à ce que cette dernière ait à répondre des faits qu'ils peuvent commettre. En revanche, s'il résulte du dossier que la mutuelle s'est impliquée dans la conduite du dossier, conseillant telle argumentation ; approuvant explicitement telle initiative de l'avocat, etc. elle doit répondre de la qualité de son intervention. C'est ainsi que, dans un dossier où la mutuelle avait pesé de tout son poids pour que l'assuré ne fasse pas appel d'une décision défavorable, alors que les espoirs de réformation apparaissaient très sérieux, le médiateur a considéré que la mutuelle avait engagé sa responsabilité.

Naturellement, comme on ne pouvait parler que de chances de succès, et non de certitude, le médiateur n'a pas imposé à la mutuelle de réparer l'intégralité du préjudice que le sociétaire prétendait avoir subi.

Habituellement, le médiateur ne reçoit guère d'échos à ses avis, à l'exception des classiques courriers vindicatifs, dont les auteurs sont presque toujours des sociétaires qui l'ont saisi de demandes parmi les plus infondées. Or 2004 fut, à cet égard, exception. De la part des sociétaires, les courriers de remerciement ont été

plus nombreux qu'à l'habitude ainsi que les contestations motivées, auxquelles il a toujours été répondu. L'une d'elles a même provoqué une décision complémentaire, le sociétaire concerné ayant fait observer à juste titre qu'une partie de sa demande, à vrai dire assez confusément exprimée, n'avait pas reçu réponse.

Mais il se trouve surtout, fait exceptionnel, que, dans deux cas, la décision rendue par le médiateur a fait l'objet, après avoir été exécutée, une fois de remarques, une autre de critiques, de la part de la mutuelle concernée.

Dans le premier cas, la remarque (qui touchait aux modalités de ce que devait la mutuelle, rente plutôt que capital) lui est apparue fondée en son principe et il en a tenu compte dans un dossier ultérieur. Dans le second en revanche, il n'a pas été vraiment convaincu par les critiques et, développant son argumentation première, a cherché à la justifier encore mieux auprès du chef de service intéressé.

Qu'il s'agisse de critiques de sociétaires ou de mutuelles, le médiateur se félicite, sans la moindre arrière pensée, de ce genre de courrier, qui lui permet non seulement d'établir un contact plus fort avec certains des destinataires de ses avis, mais encore de réfléchir de nouveau aux mérites d'une solution précédemment arrêtée.

Paris, le 15 février 2005

Georges DURRY