

2^e JOURNÉE DES DROITS DE LA
CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION

Assurance de protection juridique
Clauses contractuelles abusives
Nouveautés législatives et jurisprudentielles

2^e JOURNÉE DES DROITS DE LA
CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION

Assurance de protection juridique
Clauses contractuelles abusives
Nouveautés législatives et jurisprudentielles

Edité par
Blaise Carron et Christoph Müller

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3801-4

© 2016 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.unine.ch/droit

Préface

La deuxième journée des droits de la consommation et de la distribution met l'accent sur l'assurance de protection juridique ainsi que sur les clauses et prix abusifs. Le présent ouvrage rassemble cinq contributions combinant analyse scientifique et considérations pratiques sur des sujets d'actualité.

Trois articles traitent de l'assurance de protection juridique en adoptant divers points de vue. Le premier s'intéresse au contrat d'assurance de protection juridique lui-même, en particulier au contrôle judiciaire des conditions générales et à leur validité au regard du droit de la concurrence déloyale (A.-C. Fornage). Le deuxième se penche sur les relations entre assurance de protection juridique et avocat (F. Bohnet et M. Ecklin). Le troisième adopte un point de vue pratique et s'interroge sur le rôle socio-économique de la protection juridique (P. Genoud et M. Paquier). La quatrième étude, consacrée aux clauses abusives, fait le point sur l'application de l'art. 8 LCD, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 (F. Bettschart). La dernière partie de l'ouvrage contient une revue systématique des nouveautés législatives, jurisprudentielles et doctrinales en droit de la consommation (B. Carron et V. Botteron), en droit de la distribution (C. Müller et S. Brumann) ainsi qu'en matière de procès civil social (F. Bohnet).

La Faculté de droit, le CEMAJ et les éditeurs scientifiques de cet ouvrage tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants à la journée du 18 mars 2016, ainsi que Mesdames Sylvia Staehli et Anouk Gillibert, secrétaires à la Faculté de droit, ainsi que Monsieur Valentin Botteron, assistant-doctorant à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

Blaise Carron et Christoph Müller

Sommaire

Anne-Christine Fornage
Professeure à l'Université de Lausanne
Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies... 1

François Bohnet
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat
Michael Ecklin
Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat
Avocat et assurance de la protection juridique..... 37

Philippe Genoud
Directeur Protekta assurance de protection juridique SA,
Lic. iur., titulaire du brevet d'avocat
Marcel Paquier
Key Account Manager Protekta assurance de protection
juridique SA, Lic. iur., Médiateur agréé CMAP & CSMC
Protection juridique : un besoin socio-économique ?..... 99

Florence Bettschart
Avocate, Responsable Politique & Droit, Fédération romande
des consommateurs
Les difficultés d'application de l'article 8 LCD..... 129

Jurisprudence
Nouveautés en droit de la consommation 2013-2015.....155
Nouveautés en droit de la distribution 2013-2015..... 161
Nouveautés dans le procès civil social 2011-2015..... 167

Abréviations

ACSI	Associazione consumatrici et consumatori della Svizzera italiana
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ASA	Association Suisse d'assurance
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVB	allgemeinen Versicherungsbedingungen
BGE	Bundesgerichtentscheide
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BR/DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEE	Communauté économique européenne
cf.	comparer (confer)
CG	conditions générales
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
ch.	chiffre(s)

Abréviations

CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12)
CLCV	Association nationale de défense des consommateurs et usagers
CMAP	Centre de médiation et d'arbitrage Paris
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
comp.	comparer
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR-CO	Commentaire romand : Code des obligations
CSMC	Chambre suisse de médiation commerciale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
ECS	L'Expert-comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de de surveillance des marchés financiers
FJS	fiches juridiques suisses

Abréviations

FRC	Fédération romande des consommateurs
FSA	Fédération suisse des avocats
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (741.01)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances (RS 961.01)
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
OAPJ	Ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'assurance de la protection juridique (RS 961.22)

Abréviations

ONG	Organisation non gouvernementale
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (RS 961.011)
P	Projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	Petite et moyenne entreprise
PPE	propriété par étages
RC	responsabilité civile
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
Réf.	référence(s)
RIAD	Rencontre internationale des Assureurs Défense
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SECO	Secrétariat à l'Economie
SIA	Société suisse des Ingénieurs et des Architectes

Abréviations

SJ	Semaine judiciaire
SKS	Stiftung für Konsumentenschutz
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TCS	Touring Club Suisse
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (LCD)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (LCA)

Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies

par

Anne-Christine Fornage

Professeure à l'Université de Lausanne

I. Introduction	3
II. Le contrôle judiciaire des CG	5
A. L'incorporation des CG	5
B. L'interprétation des CG	8
C. Le contenu des CG	9
1. Les clauses insolites	9
2. Les clauses abusives	11
a) <i>Les conditions</i>	13
aa) Le consommateur	13
bb) La disproportion notable	14
cc) La contravention à la bonne foi	16
b) <i>Les conséquences</i>	18
c) <i>L'application de la règle dans le temps</i>	19
III. L'art. 8 LCD et les CG d'assurance protection juridique.....	20
A. La survenance du sinistre et le délai d'attente.....	22
B. L'information et le comportement avant la survenance du sinistre	25
1. L'information sur l'appréciation du risque	25
2. Le paiement des primes.....	27

C. L'information et le comportement après la survenance du sinistre	28
1. L'annonce du sinistre.....	28
2. L'information et le comportement adéquat après la survenance du sinistre.....	29
3. Le comportement visant à limiter le dommage	30
D. La résiliation du contrat après ou indépendamment de la survenance du sinistre	31
E. L'exclusion de couverture pour les frais à la charge d'un tiers.....	33
IV. Conclusion	34

I. Introduction

1. Apparue en Suisse il y a près de cent ans¹, l'assurance de protection juridique fait désormais partie de la panoplie des contrats d'assurance d'une grande partie de la population helvétique². Elle est conclue pour couvrir un préjudice patrimonial consistant dans les frais d'un litige, voire d'un procès. Il s'agit donc d'une assurance dommages³, l'entreprise d'assurance se chargeant de diverses démarches dans l'intérêt du preneur d'assurance, soit notamment « [...] de la réclamation à un tiers de l'indemnité qui est due en raison du dommage causé à l'assuré, ou encore de la défense, devant un tribunal pénal ou une autorité administrative, de l'assuré poursuivi pour un délit ou une contravention »⁴.
2. Le caractère synallagmatique du contrat d'assurance protection juridique ressort de l'art. 161 de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privée (OS)⁵. Selon cette disposition, l'assureur accepte d'assumer le risque de supporter les frais occasionnés par des affaires juridiques ou de fournir des services dans de telles affaires et le preneur d'assurance de payer une prime. Le contrat d'assurance protection juridique est également soumis à la Loi sur le contrat d'assurance (LCA)⁶, aux règles de la partie générale du Code des obligations (cf. le renvoi de l'art. 100 al. 1 LCA) et à celles de l'Ordonnance sur la surveillance des

¹ BERNARD VIRET, *L'assurance de la protection juridique en Suisse*, in : Möller (édit.), *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den vereinigten Staaten*, Karlsruhe 1975, p. 149 ss, p. 150.

² 60% au moins de la population suisse disposerait d'une assurance protection juridique, cf. VINCENT BRULHART, *Quelques aspects de l'évolution récente du marché de la protection juridique et de sa réglementation*, REAS 2010, p. 248 ss, p. 248.

³ BERNARD CORBOZ, *Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, SJ 2011 II 247 ss, p. 250 ; THIERRY LUTERBACHER, § 27 *Rechtsschutzversicherung*, in : Weber/Münch (édit.), *Haftung und Versicherung*, 2^e éd., Zurich 2015, N 27.37 s. ; VIRET (n. 1), p. 150.

⁴ VIRET (n. 1), p. 150.

⁵ RS 961.011.

⁶ RS 221.229.1.

entreprises d'assurance privée (OS)⁷ ainsi qu'à la réglementation de la FINMA dans le domaine⁸.

3. Dans l'assurance protection juridique, le risque pris en charge est celui lié à la survenance d'un litige⁹. Il fait l'objet d'une répartition dans une communauté donnée, la « classe de risques », pour laquelle l'entreprise d'assurance recourt à des conditions générales¹⁰ (ci-après : CG) ou clauses contractuelles préformulées, décrivant tout ou partie du contenu de contrats, dans le but de conclure un grand nombre de contrats du même genre¹¹.
4. Si les CG d'assurance protection juridique varient d'un assureur à l'autre, il existe des constantes¹². Après avoir rappelé les contours du contrôle du juge en la matière (II), notre attention se portera sur certaines de ces clauses préformulées. Nous les soumettrons plus particulièrement au contrôle prévu par l'art. 8 LCD (III) en tant que moyen de lutter contre les abus de la technique du « à prendre ou à laisser »¹³. Dans la mesure où l'entreprise d'assurance doit, pour

⁷ RS 961.011.

⁸ LUTERBACHER (n. 3), N 27.17.

⁹ LUTERBACHER (n. 3), N 27.46.

¹⁰ Sur la technique de l'assurance et le lien avec les conditions générales, cf. pour tous les autres ANNE-SYLVE DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel/Bâle 2012, p. 98 ss, N 4 ; VINCENT BRULHART, *La liberté contractuelle : fondement juridique et impératif juridique de l'assurance privée*, REAS 2007, p. 88 ss, p. 88.

¹¹ TF 4P.135/2002 du 28 novembre 2002, consid. 3.1 ; TF 4C.282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1.

¹² PASCAL GROLIMUND, *Die Rechtsschutzversicherung in der Schweiz – eine Tour d'Horizon*, in : *Versicherung im Wandel, Chancen und Risiken einer Neubesinnung*, Berne 2009, p. 339 ss, p. 344.

¹³ Sur cette technique, cf. notamment MORIN, CR CO I, art. 1 N 168, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-MORIN) ; SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 313 ; ARIANE MORIN, *Les clauses contractuelles non négociées*, RDS 2009, p. 497 ss (cité : Morin, RDS), p. 508 ss. Sur le rôle de l'art. 8 LCD : HUBERT STÖCKLI, « Mehr oder weniger Staat » im AGB-Recht, in : Belser/Waldmann (édit.), *Mehr oder weniger Staat ?*, Berne 2015, p. 409 ss,

créer un produit d'assurance¹⁴, multiplier des contrats identiques, la conclusion du contrat tel que présenté par la partie dont émanent les clauses ou la renonciation par leur destinataire à une telle conclusion est en effet la règle dans le domaine¹⁵.

II. Le contrôle judiciaire des CG

5. Face à un litige sur des CG, le juge peut être appelé à se déterminer sur l'incorporation de celles-ci au contrat (A). Il se peut toutefois que le différend ne porte - a priori¹⁶ - pas sur la question de l'intégration des CG, mais sur leur sens. Le magistrat doit alors recourir à l'interprétation (B). Le contrôle judiciaire peut enfin porter sur le caractère admissible du contenu des CG (C).

A. L'incorporation des CG

6. Les CG n'ont pas force de loi¹⁷. Elles n'ont d'effet obligatoire qu'eu égard à leur incorporation (« Einbeziehung ») au contrat. La partie dont émanent les CG et leur destinataire doivent s'accorder sur celles-ci, conformément aux exigences des art. 1 ss CO¹⁸.

p. 409 ; PASCAL PICHONNAZ/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD - Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, RSJ 2010, p. 285 ss, p. 285.

¹⁴ DUPONT (n. 10), N 4.

¹⁵ DUPONT (n. 10), N 8.

¹⁶ Le juge peut parfois quitter le terrain de l'interprétation « Auslegung » des volontés pour (re-) gagner celui de la détermination de l'existence d'un accord « Konsens » des volontés, son examen portant dans les deux cas sur les manifestations de volonté. Pour plus de détails, cf. PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 10^e éd., Zurich 2014, N 1198 s.

¹⁷ ATF 118 II 295, consid. 2b ; TF 4A_146/2015 du 18 août 2015, consid. 5.2.2 ; TF 4A_106/2015 du 27 juillet 2015, consid. 5.1.

¹⁸ Cf. pour les CG d'assurance : TF 4A_213/2014 du 26 juin 2014, consid. 2.2 ; ANDREA EISNER-KIEFER, *AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision*, in : Brunner/Schwyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 83 ss, p. 93. De manière générale pour tous les autres : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16),

7. Pour que naisse un contrat au sens de l'art. 1 CO, il faut en particulier que le rédacteur des CG donne à leur destinataire la « possibilité raisonnable » d'en prendre connaissance avant, voire au plus tard au moment de la conclusion du contrat¹⁹. Un simple renvoi à des CG figurant sur Internet peut suffire à remplir cette exigence, lorsque les parties communiquent par courriel. La partie dont émanent les CG peut dans ce cas avoir la certitude que leur destinataire dispose d'un accès à Internet²⁰. Lorsque les pourparlers n'ont pas lieu par ce biais, l'admissibilité d'un tel renvoi dépend des circonstances du cas d'espèce²¹. Si la mise à disposition des CG a lieu postérieurement à l'échange des manifestations de volonté, il s'agit seulement d'une offre de modifier le contrat²². Il en va en principe de même lorsque la partie dont émanent les CG procède à un changement ultérieur des CG, une clause prévoyant cette modification unilatérale pouvant toutefois être valable à certaines conditions (*infra* III/B, N 50)²³.
8. Le destinataire des CG doit pouvoir en prendre connaissance sans trop de frais ni d'efforts²⁴. Tel n'est pas le cas lorsque la lecture des clauses préformulées est peu aisée en raison de l'utilisation de petits

N 1128 s.

¹⁹ ATF 139 III 345, consid. 4.3 ; ROMAN PERRIG, *Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 169 ss, p. 172 ; LAURENT BIERI, *La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales*, RDS 2012, p. 201 ss, p. 201.

²⁰ ATF 139 III 345, consid. 4.4.1 et *infra* N 38.

²¹ Question laissée ouverte dans l'ATF 139 III 345, consid. 4.4.1 ; du même avis quant à l'exigence de possibilité raisonnable de prendre connaissance des CG : PERRIG (n. 19), p. 185 et 200 ; CLAIRE HUGUENIN/EVA MAISSEN, *Bedingungsänderungsklauseln*, in : Furrer/Weber (édit.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts*, Zurich 2011, p. 97 ss, p. 108.

²² PERRIG (n. 19), p. 174 s.

²³ PERRIG (n. 19), p. 175 s. ; EISNER-KIEFER (n. 18), p. 95.

²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1134 ss ; PERRIG (n. 19), p. 187.

caractères²⁵ ou lorsque des compétences particulières sont nécessaires pour mesurer la portée des engagements des parties²⁶, ce qui implique notamment un registre de langue adapté. La langue utilisée doit en principe être celle du lieu de la conclusion du contrat, à défaut d'accord particulier entre les parties sur ce point²⁷.

9. Lorsque des CG sont en contradiction les unes avec les autres au sein du même document ou dans des documents distincts (« battle of the forms »), la règle du « Last shot » a pour conséquence que s'appliquent les CG mentionnées en dernier par une partie et acceptées par l'autre, sous réserve d'un autre accord²⁸. La doctrine majoritaire lui préfère toutefois la règle du « Knock out » selon laquelle seules les clauses non contradictoires seront conservées²⁹. L'accord des parties sur les CG n'est parfait qu'aux conditions des art. 1 ss CO, complétées le cas échéant par les dispositions de la partie spéciale ou d'autres lois.
10. L'incorporation des CG au contrat est « intégrale » si leur destinataire en a pris connaissance avant de manifester sa volonté de se lier. Sans cette prise de connaissance, l'incorporation est « globale »³⁰. La distinction a son importance, pour deux motifs au moins : d'abord, car le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement consistant à donner son accord à des CG sans les lire, même si ce sens ne correspond pas à sa volonté réelle (*infra* II/B, N 11 s.), ensuite, car la règle de l'insolite – qui se veut un tempérament au résultat de l'application du principe de la confiance – ne s'applique qu'en cas d'intégration globale des CG (*infra* II/C, N 14 ss).

²⁵ PERRIG (n. 19), p. 194 s.

²⁶ PERRIG (n. 19), p. 191 ss.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1135a.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1130a.

²⁹ ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Bâle 2013, N 238 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1130a.

³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1128c ; ATF 119 II 443, consid. 1.a ; 109 II 452, consid. 4, JdT 1984 I 470 ; 108 II 416, consid. 1b.

B. L'interprétation des CG

11. L'interprétation (« Auslegung ») vise à mettre fin à un désaccord entre les parties sur le sens des CG, en suivant les mêmes principes juridiques que pour les autres contrats³¹. En vertu de l'art. 18 al. 1 CO, le juge doit d'abord se prononcer sur l'existence d'une volonté réelle et commune des parties (interprétation subjective). S'il ne peut l'établir, il doit ensuite interpréter les CG selon la théorie de la confiance en déterminant comment leur destinataire pouvait raisonnablement et de bonne foi les comprendre (interprétation objective)³². Lorsque subsiste un doute, le magistrat doit retenir le sens le plus défavorable à la partie dont émanent les CG, conformément au principe « in dubio contra proferentem » ou règle des clauses ambiguës (« Unklarheitsregel »), dont l'art. 33 LCA est une concrétisation³³. Cette règle ne trouve toutefois pas d'application lorsqu'une clause est inéquitable, mais claire³⁴. Elle peut par ailleurs exclure un contrôle de contenu au terme duquel le juge aurait déclaré une clause insolite, voire abusive, en retenant le sens défendu par son rédacteur³⁵.
12. La jurisprudence en matière de contrat d'assurance est riche d'illustrations sur cette démarche interprétative. Ainsi en va-t-il de la clause permettant à l'entreprise d'assurance de se départir du contrat

³¹ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 97 ; CORBOZ (n. 3), p. 256.

³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1200 s. et les réf. ; SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Le point sur les clauses abusives*, in : Paisant/Morin/Heinemann/Langer/Vigeron-Maggio-Aprile (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, p. 101 ss, p. 110 s. ; BLAISE CARRON, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in : Carron/Müller (édit.), *Droit de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel/Bâle 2013, p. 95 ss, N 46 ss.

³³ ATF 115 II 264, consid. 5a, JdT 1990 I 57 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1231.

³⁴ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 98 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 13), p. 408 ; ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant*, thèse Fribourg, Berne/Bruxelles/Paris 2011, N 953.

³⁵ ARNOLD RUSCH, *Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, PJA 2014, p. 203 ss, p. 207.

en cas de réticence découverte en cours de contrat³⁶, de celle portant sur une « incapacité de gain » ou sur une « incapacité de travail »³⁷, voire de celle concernant l'étendue de la couverture³⁸ ou encore l'absence de mention de la date d'édition des CG³⁹. A noter que le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de recourir à l'interprétation « contra assicuratorem » concernant la durée d'indemnisation⁴⁰, même si cet adage perdait de l'importance au fil des arrêts prononcés par la Haute Cour⁴¹.

C. Le contenu des CG

13. Le destinataire des CG peut en contester le contenu. Le juge doit alors vérifier leur teneur eu égard aux règles générales du Code des obligations sur la validité du contrat (CO 23 ss : consentement vicié, CO 27 II : engagement excessif, CO 19 II et 20 : engagement impossible, illicite ou contraire aux mœurs, CO 21 : lésion)⁴². Des CG peuvent plus spécifiquement être insolites (1), voire abusives au sens de l'art. 8 LCD (2).

1. Les clauses insolites

14. La règle de l'insolite permet de remettre en question l'incorporation globale des CG (*supra* II/B, N 12). La partie dont émanent les clauses préformulées doit supporter le fait de ne pas avoir soumis à des conditions plus strictes leur intégration, si l'autre partie ne devait pas compter avec leur caractère surprenant, eu égard à sa faiblesse ou à son inexpérience⁴³.

³⁶ ATF 122 III 118, JdT 1997 I 805 ; 115 II 264, consid. 5a.

³⁷ TF 4A_332/2010 du 22 février 2011, consid. 5.

³⁸ TF 4A_226/2013 du 7 octobre 2013, consid. 5.

³⁹ TF 4A_213/2014 du 26 juin 2014, consid. 2.

⁴⁰ TF 5C.15/2007 du 13 septembre 2007, consid. 3.

⁴¹ CORBOZ (n. 3), p. 256.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1146 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 32), p. 107 s. ; CARRON (n. 32), N 52 ss.

⁴³ CR CO I-MORIN, art. 1 N 176 ; CARRON (n. 32), N 86.

15. L'élément de surprise se rapporte d'abord au caractère étranger à l'affaire, voire inhabituellement onéreux de la clause. C'est l'aspect objectif de la règle de l'insolite. Tel est le cas de la clause qui modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal du type de contrat en question. Plus une clause affecte la position juridique du destinataire de la clause, plus elle apparaîtra insolite⁴⁴. L'existence d'une clause insolite se détermine ensuite eu égard à la faiblesse ou à l'inexpérience du destinataire des CG, pour autant que cet aspect subjectif soit reconnaissable par la partie dont émanent les clauses litigieuses⁴⁵.
16. Le principe de la confiance qui permettait de conclure à l'existence d'un accord entre la partie dont émanent les CG et leur destinataire en cas d'incorporation globale a pour conséquence que la première doit s'attendre à ce que la seconde, inexpérimentée, n'adhère pas à des clauses insolites⁴⁶. De telles clauses ne sont donc pas incorporées au contrat⁴⁷.
17. La règle de la clause insolite fait l'objet de virulentes critiques⁴⁸. La partie dont émanent les CG peut en effet rendre l'autre partie particulièrement attentive à l'existence de la clause et à son contenu insolite. En vertu du principe de la confiance, le destinataire des CG doit dans ce cas supporter le fait que les circonstances permettent d'inférer qu'il en a effectivement pris connaissance. La simple mise

⁴⁴ ATF 138 III 411, consid. 3.1 ; TF 4C.427/2005 du 4 mai 2006, consid. 2.1 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 176 ; CARRON (n. 32), N 88.

⁴⁵ TF 4C.427/2005 du 4 mai 2006, consid. 2.1 ; ATF 119 II 443, consid. 1a ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 176 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 32), p. 109.

⁴⁶ TF 4A_47/2015 du 2 juin 2015, consid. 6 ; TF 4A_48/2015 du 29 avril 2015, consid. 2.1 ; LAURENT BIERI, *L'avenir de la règle de l'insolite*, in : Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (édit.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Une empreinte dans le Code civil*, Berne 2015, p. 713 ss, p. 714.

⁴⁷ ATF 135 III 225, consid. 1.5 ; 119 II 443, consid. 1a ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 32), p. 109 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 175.

⁴⁸ Pour tous les autres THOMAS KOLLER, *Einmal mehr, das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*, PJA 2008, p. 943 ss, en particulier p. 945 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 178 ; CARRON (n. 32), N 90.

en évidence d'une clause peut en général suffire à écarter le contrôle de la clause insolite⁴⁹. Ce résultat insatisfaisant s'explique, car le contrôle de l'insolite opéré par le juge tend à compenser un déficit d'information⁵⁰. En d'autres termes, la règle de la clause insolite cède le pas au principe « *pacta sunt servanda* » lorsque le destinataire des CG est suffisamment informé de leur teneur.

2. Les clauses abusives

18. L'art. 8 LCD, dans sa version du 1^{er} juillet 2012⁵¹, vise les CG abusives⁵², soit celles constitutives d'une disproportion notable et injustifiée au détriment du consommateur et en contrariété avec les règles de la bonne foi. La place de cette disposition dans la LCD a pour conséquence que les CG doivent avoir – du moins potentiellement – un effet néfaste sur la concurrence⁵³. Tel peut être le cas de CG d'assurance, y compris de protection juridique, nul ne contestant l'existence d'un marché sur lequel l'utilisation de clauses préformulées peut influencer les rapports entre entreprises d'assurance et consommateurs.
19. La doctrine s'accorde sur le fait que le critère de l'erreur figurant dans l'ancien art. 8 LCD n'est plus une condition d'application de la nouvelle disposition⁵⁴. Le contrôle peut désormais s'opérer lorsque

⁴⁹ DAVID BOUVERAT, *Conditions générales d'affaires et perspectives législatives*, thèse Neuchâtel/Berne 2009, p. 22 ; CARRON (n. 32), N 89.

⁵⁰ VIGNERON/MAGGIO/APRILE (n. 32), p. 114 ss ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 178. RO 2011 4909.

⁵² Selon le titre de la disposition : « Utilisation de conditions commerciales abusives ».

⁵³ PETER JUNG, *AGB-Inhaltskontrolle im UWG*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 129 ss, p. 132.

⁵⁴ Cf. notamment : FRANÇOIS BOHNET, *Les clauses procédurales abusives*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel/Bâle 2012, p. 63 ss, N 59 ; EISNER-KIEFER (n. 18), p. 101 ; JUNG (n. 53), p. 136 s.

la teneur d'une clause est claire et quel que soit son emplacement dans le texte, même si celui-ci n'est pas inhabituel⁵⁵.

20. Il n'est pas contesté que l'art. 8 LCD⁵⁶ et l'art. 3 ch. 1 de la Directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁵⁷ (ci-après : Directive 93/13/CE) présentent des similitudes quant à leur teneur. Autre est la question du degré d'influence du droit européen dans l'application du droit suisse. Il s'agirait pour certains d'une simple source d'inspiration, bien que le lien étroit entre ces deux dispositions ressorte également des travaux préparatoires⁵⁸. Il faut à notre avis y voir une reprise autonome du droit de l'Union européenne, avec la conséquence que le juge suisse ne peut s'en écarter qu'en présence de « bons motifs »⁵⁹.

⁵⁵ Contrairement au contrôle prévu par l'ancien art. 8 LCD, cf. ATF 119 II 443, consid. 1c et 117 II 332, consid. 5a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EM-MENEGGER (n. 16), N 1150a.

⁵⁶ Art. 8 LCD : « agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ».

⁵⁷ JOCE L 95 du 21 avril 1993, p. 29 ss ; art. 3 par. 1 : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

⁵⁸ Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 p. 5539 ss, p. 5559.

⁵⁹ Sur les contours de l'obligation d'interprétation conforme du droit européen transposé en droit suisse : ATF 137 III 226, consid. 2.2 ; du même avis quant à l'influence du droit européen dans l'interprétation de l'art. 8 LCD : JÖRG SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, RJB 2012, p. 1 ss, p. 6 ; PASCAL PICHONNAZ, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, BR/DC 2012 p. 140 ss, p. 141. D'un avis contraire : LAURENT BIERI, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel art. 8 LCD*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel/Bâle 2012, p. 47 ss et 58 s. ; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung*, PJA 2012, p. 1188 ss, p. 1193, 1199 s., 1201 et 1207 ; NICOLAS

21. Plusieurs conditions d'application de l'art. 8 LCD (a) font débat dans la doctrine, de même que les conséquences attachées à l'existence d'une clause abusive (b) et l'application dans le temps de cette disposition (c).

a) Les conditions

22. Les avis divergent sur le point de savoir qui est le « consommateur » (aa), victime d'une « disproportion notable » (bb), voire contraire à la « bonne foi » (cc) causée par des CG.

aa) Le consommateur

23. L'art. 8 LCD précise que le destinataire des CG est un consommateur, sans le définir. La notion ne fait pas l'objet d'une appréhension uniforme en droit suisse. Il s'agit à notre sens de la personne physique qui conclut un contrat à des fins n'entrant pas dans le champ de son activité professionnelle ou commerciale⁶⁰, telle que décrite par l'art. 3 LCC⁶¹ et en conformité avec le droit européen⁶².
24. Pour une partie de la doctrine, la notion devrait s'interpréter plus largement, incluant tant les personnes en raison individuelle que les personnes morales⁶³. Nul ne conteste que ces entités puissent justifier du même besoin de protection que le consommateur. La

KUONEN, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix*, SJ 2014 II 1 ss, p. 2 ss.

⁶⁰ ATF 121 III 336, consid. 5d, JdT 1996 I 78 et notamment SYLVAIN MARCHAND, *Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève 2012, p. 29 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 13, in : Thévenoz/Werro (édit.), Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2^e éd., Bâle 2012 ; THOMAS KOLLER, *Art. 8 UWG : Eine Auslegung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB*, PJA 2014, p. 19 ss, p. 34 ; FORNAGE (n. 34), N 129 ss.

⁶¹ JUNG (n. 53), p. 152.

⁶² Art. 2 let. b de la Directive 93/13/CE.

⁶³ En faveur d'une interprétation plus large de la notion, cf. PASCAL PICHONNAZ, *Les contrats dans le droit de la consommation*, in : Mader (édit.), Actualités du droit des contrats, Lausanne 2008, p. 45 ss, p. 63 ; JUNG (n. 53), p. 153.

reconnaissance d'un tel besoin devrait toutefois passer à notre avis par une extension du champ d'application de la protection que lui confère le législateur⁶⁴.

25. Un argument historique contribue à renforcer cette conception. La disposition proposée initialement ne contenait, à l'instar de l'ancien art. 8 LCD, aucune référence au consommateur. Celle-ci a été ajoutée lors des débats aux Chambres. Il faut y voir une solution de compromis en vue de l'adoption de l'art. 8 LCD pour limiter le champ d'application du contrôle des CG à certains destinataires de clauses préformulées⁶⁵. Contrairement aux art. 32 CPC et 120 LDIP, l'art. 8 LCD ne s'applique toutefois pas au seul consommateur de prestations de consommation courante, à défaut d'en faire mention⁶⁶.

bb) La disproportion notable

26. L'ancien art. 8 LCD visait à la lettre a) la dérogation notable au régime légal applicable directement ou par analogie et à la lettre b) l'écart notable de la répartition des droits et obligations de celle découlant de la nature du contrat. L'art. 8 LCD se réfère seulement à cette seconde lettre. Les motifs à l'origine de cette reprise partielle de l'ancienne disposition ne ressortent pas clairement des travaux préparatoires. Il semblerait que le législateur ait voulu par là s'assurer

⁶⁴ De manière générale : FORNAGE (n. 35), N 136 ; pour les CG, cf. l'analyse de JUNG (n. 53), p. 154 s.

⁶⁵ Sur l'historique aux Chambres de la mention « au détriment du consommateur » dans l'art. 8 LCD, cf. ALEXANDER BRUNNER, *Entwicklung des schweizerischen Rechts der AGB*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 13 ss, p. 35 s. ; en faveur d'une telle conception du consommateur, cf. notamment CARRON (n. 32), N 141 ; BOHNET (n. 54), N 62 ; DUPONT (n. 10), N 13 ; SCHMID (n. 59), p. 14.

⁶⁶ CARRON (n. 32), N 147 ; d'un autre avis : SYLVAIN MARCHAND, *Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries*, REAS 2011, p. 328 ss, p. 330.

que le contrôle instauré par la LCD limite de la manière la plus mesurée possible la liberté contractuelle⁶⁷.

27. Un tel objectif n'est pas incompatible avec la démarche du juge consistant, comme avant le 1^{er} juillet 2012, à déterminer l'existence d'un déséquilibre entre les droits et les obligations de la partie dont émanent les CG et ceux de leur destinataire eu égard au droit dispositif⁶⁸. Le droit dispositif joue en effet un rôle prépondérant pour déterminer le caractère abusif d'une clause préformulée⁶⁹. Ce droit a été imaginé par le législateur comme facteur d'équilibre⁷⁰ et il doit guider le juge appelé à se déterminer sur l'existence comme sur l'étendue d'une disproportion instituée par des CG⁷¹. Il comporte par ailleurs l'avantage de la sécurité juridique face aux incertitudes que peut engendrer le recours à la volonté hypothétique des parties pour déterminer le choix du destinataire des CG, si celui-ci avait pu lui-même fixer le contenu de clauses contractuelles⁷². Ce n'est qu'en l'absence de droit dispositif⁷³ que le juge doit se référer à la volonté hypothétique des parties, supposées honnêtes et raisonnables⁷⁴. Dans son appréciation, le magistrat peut également tenir compte de la liste grise de la Directive 93/13/CE et de la jurisprudence prononcée par la CJUE en lien avec ce texte⁷⁵.

⁶⁷ BOCE 2011 305 ; BOCE 2011 800 ; cf. ég. BRUNNER (n. 65), p. 35 s. ; SCHMID (n. 59), p. 11 s.

⁶⁸ JUNG (n. 53), p. 157 s. ; STÖCKLI (n. 13), p. 414.

⁶⁹ CARRON (n. 32), N 155 ; SCHMID (n. 59), p. 12 ; d'un autre avis : HESS/RUCKSTUHL (n. 59), p. 1197.

⁷⁰ CR CO I-MORIN, art. 2 N 14 ; JÖRG SCHMID, *AGB und die Rolle des dispositiven Rechts*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 205 ss, p. 208.

⁷¹ SCHMID (n. 70), p. 210.

⁷² SCHMID (n. 70), p. 210.

⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1153 ss ; STÖCKLI (n. 13), p. 414 s.

⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1153c ; SCHMID (n. 70), p. 213.

⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1154e ; SCHMID (n. 70), p. 206 , 212 et 215 ; MARCHAND (n. 67), p. 329 ; FORNAGE (n. 34), N 1008 et

28. La disproportion peut apparaître dans la relation d'échange entre les prestations caractéristiques du contrat comme dans l'organisation de la relation contractuelle dans son ensemble⁷⁶. Dans l'examen du caractère abusif de CG d'assurance, le juge civil statue indépendamment d'une décision prononcée par la FINMA selon l'art. 117 al. 1 let. c OS (caractère abusif des CG)⁷⁷. Malgré la présence d'un produit d'assurance (de protection juridique) sur le marché, les CG qui le régissent peuvent en effet être abusives au sens de l'art. 8 LCD⁷⁸.

cc) La contravention à la bonne foi

29. Pour constituer un abus au détriment du consommateur au sens de l'art. 8 LCD, il faut que la disproportion notable soit injustifiée et en contradiction avec la bonne foi. Ces termes doivent être compris comme des synonymes, une disproportion notable et injustifiée étant également contraire à la bonne foi⁷⁹. Se pose la question de savoir s'il faut franchir un pas supplémentaire. Serait ainsi contraire à la bonne foi, donc injustifiée, toute disproportion notable entre les droits et les obligations des parties⁸⁰. Cette conception suppose que l'absence de négociation individuelle soit l'un des éléments caractéristiques des CG⁸¹. Or la définition des CG retenue en droit suisse n'en fait pas expressément état⁸².

1038.

⁷⁶ DUPONT (n. 10), N 36 ; PASCAL PICHONNAZ/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD. Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, RSJ 106/2010, p. 285 ss, p. 289.

⁷⁷ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 115 s. ; cf. en matière bancaire l'ATF 139 II 279, consid. 4.2.

⁷⁸ DUPONT (n. 10), N 46 ; cf. toutefois VINCENT BRULHART, *Regard critique sur quelques évolutions récentes en droit des assurances privées*, SJ 2014 II 73 ss, p. 87, qui semble d'avis que le contrôle opéré par la FINMA est suffisant.

⁷⁹ CARRON (n. 32), N 156 ; SCHMID (n. 59), p. 14.

⁸⁰ HUBERT STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG - offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, BR/DC 2011, p. 184 ss, p. 184 ; BOHNET (n. 54), N 67.

⁸¹ Tel est le cas notamment pour BOHNET (n. 54), N 63 ss ; STÖCKLI (n. 80), p. 184.

⁸² Du même avis quant au caractère plus étroit du concept de conditions générales

30. En admettant que l'absence de négociation individuelle soit inhérente au caractère préformulé des CG, il n'en demeure pas moins ardu de tracer la limite entre clause négociée et clause non négociée⁸³. La seule possibilité de modifier le contenu d'une clause est-elle suffisante pour court-circuiter l'application de l'art. 8 LCD ou faut-il que son destinataire ait pu en faire changer la teneur dans le cas d'espèce ? Le Tribunal fédéral semble se rallier à la première conception⁸⁴. La doctrine est partagée⁸⁵.
31. Le contrôle de l'art. 8 LCD ne devrait s'opérer que lorsque le destinataire des CG n'a pas concrètement pu influencer sur le contenu d'une clause litigieuse, la preuve de cette influence incombant à la partie dont émanent les CG, à l'instar de ce que prévoit le droit européen⁸⁶. Le caractère objectif du déséquilibre (la disproportion notable) institue donc une présomption de contravention à la bonne foi⁸⁷. Pour renverser cette présomption, il ne suffit toutefois pas que la partie dont émanent les CG ait conféré à leur destinataire la vague possibilité d'influer sur le contenu des clauses⁸⁸, ni, comme le précise l'art. 3 par. 2 de la Directive 93/13/CE, que « certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle ».

par rapport à celui de clauses non négociées : MORIN, *RDS* (n. 13), p. 497 ss en particulier 499 s. et 513 s.

⁸³ DUPONT (n. 10), N 8 ; FRANZ WERRO, *L'achat et le leasing d'un véhicule automobile : regard critique sur les conditions générales*, in : Werro/Stöckli (édit.), *Journées du droit de la circulation routière 2006*, Berne 2006, p. 1 ss, p. 4.

⁸⁴ ERDEM BÜYUKSAGIS, *La bonne foi dans l'art. 8 LCD : un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales soit « disant » négociées ?*, *PJA* 2012, p. 1393 ss, p. 1401 s. et ATF 77 II 154 ; 100 II 200, consid. 5d.

⁸⁵ Sur cette question cf. notamment KOLLER (n. 60), p. 25 ; en faveur de l'opportunité de modifier la clause litigieuse : MORIN, *RDS* (n. 13), p. 501 ; en faveur d'une véritable modification par le destinataire des clauses : WERRO (n. 83), p. 5.

⁸⁶ Art. 3 par. 2 de la Directive 93/13/CE.

⁸⁷ CARRON (n. 32), N 156 ; DUPONT (n. 10), N 52 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 180 ; SCHMID (n. 66), p. 16 ; FORNAGE (n. 34), N 1023.

⁸⁸ Une simple proposition de modifier les CG dans leur ensemble ne saurait remplir une telle exigence : MORIN, *RDS* (n. 13), p. 501.

b) Les conséquences

32. Un comportement déloyal au sens de l'art. 8 LCD peut être sanctionné par le biais des actions défensives, voire par les actions réparatrices de l'art. 9 LCD⁸⁹. Le consommateur, en tant que client, peut agir par ces deux voies (art. 10 al. 1 LCD). Pour les entités désignées à l'art. 10 al. 2 et 3 LCD, seules les actions à vocation compensatoire sont ouvertes⁹⁰.
33. Les travaux préparatoires désignent la nullité comme sanction des CG déloyales⁹¹. La LCD prévoit toutefois un contrôle des comportements (« Verhaltenskontrolle ») déloyaux et non un contrôle de la validité (« Inhaltskontrolle ») des accords résultant de tels comportements⁹². La nullité peut ainsi apparaître comme contraire à l'objectif poursuivi par le législateur dans la LCD⁹³. Tel n'est cependant pas le cas si l'on considère que l'une des particularités de l'art. 8 LCD réside justement dans le fait que l'utilisation de CG abusives est déloyale, donc illicite au sens de l'art. 2 LCD, et que cette illicéité s'étend à la clause abusive en la frappant de nullité⁹⁴.
34. La nullité s'applique à la clause dont il ne doit rien rester, une réduction à une mesure acceptable n'étant pas suffisamment

⁸⁹ Pour tous les autres BSK UWG-FLORENT THOUVENIN, art. 8 N 136 ss, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013.

⁹⁰ Pour tous les autres BSK UWG-DAVID RÜETSCHI, art. 10 N 13, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013.

⁹¹ Message concernant la modification de la loi contre la concurrence déloyale du 2 septembre 2009, FF 2009, p. 5539 ss, p. 5568 ; sur la sanction de la nullité cf. notamment JUNG (n. 53), p. 161 ; SCHMID (n. 66), p. 16.

⁹² STÖCKLI (n. 13), p. 413.

⁹³ CR CO I-MORIN, art. 1 N 179 ; JUNG (n. 53), p. 160.

⁹⁴ SCHMID (n. 66), p. 16 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (n. 16), N 1155 ; JUNG (n. 53), p. 159 ; cf. ég. STÖCKLI (n. 13), p. 414, d'avis que la nullité ne doit pas nécessairement reposer sur l'art. 20 CO mais peut également intervenir « en complément de la loi ».

dissuasive pour la partie dont émanent les CG⁹⁵. Le reste du contrat devrait être maintenu, à tout le moins lorsqu'il en va de l'intérêt du consommateur, au risque sinon de protéger son cocontractant. Cet avis est également celui de la CJUE⁹⁶, suivant les réflexions de l'Avocat général⁹⁷. Un tel régime tient compte de la position de faiblesse du consommateur et permet de sanctionner la partie responsable de la nullité pour avoir violé l'art. 8 LCD.

c) L'application de la règle dans le temps

35. Le champ d'application temporel de l'art. 8 LCD se détermine eu égard au Titre final du Code civil⁹⁸. Le principe de non-rétroactivité ancré à l'art. 1 est tempéré par l'art. 2 al. 1. Pour s'appliquer aux CG intégrées à un contrat conclu avant le 1^{er} juillet 2012, l'art. 8 LCD doit donc être une norme d'ordre public. Cette thèse que nous avons faite nôtre est également celle défendue par une partie de la doctrine. Elle repose principalement sur le droit d'agir de la Confédération pour la protection de l'intérêt public et sur la jurisprudence européenne⁹⁹.
36. Le Tribunal fédéral semble avoir adopté la solution inverse¹⁰⁰. Dans l'ATF 140 III 404, il a en effet jugé que l'art. 8 LCD ne s'appliquait pas à titre rétroactif à une clause préformulée prévoyant la reconduction tacite d'un contrat déjà renouvelé avant l'entrée en vigueur de la disposition. Il ne s'est en réalité pas prononcé

⁹⁵ CARRON (n. 32), N 161 ; JUNG (n. 53), p. 161 ; TF 4A_404/2008 du 18 décembre 2008, consid. 5.6.3.2.1.

⁹⁶ CJUE, affaire C-453/10 du 15 mars 2012, Perenicová et Perenic.

⁹⁷ Conclusions de l'Avocat général Trstenjak du 29 novembre 2011, affaire C-453/10, Perenicová et Perenic, N 50.

⁹⁸ Pour tous les autres BSK UWG-THOUVENIN (n. 90), art. 8 N 149 ss.

⁹⁹ PASCAL PICHONNAZ, *Droit transitoire* (n. 59), p. 143 ; DAVID RÜETSCHI, *Zur Anwendung von Art. 8 UWG, auf altrechtliche Verträge*, recht 2013, p. 101 ss, p. 108 ; ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *Les fors protecteurs des consommateurs, en particulier dans le commerce électronique*, in : Bonomi/Tappy/Gaulis/Kohler (édit.), *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012, p. 119 ss, p. 126 et la note 27.

¹⁰⁰ Pour tous les autres BSK UWG-THOUVENIN (n. 90), art. 8 N 154.

totalemment sur la rétroactivité de l'art. 8 LCD, puisqu'il n'est pas entré en matière sur le sort des CG insérées dans des contrats conclus avant le 1^{er} juillet 2012, mais dont l'effet ne s'est pas encore produit. L'application rétroactive devrait être possible dans la mesure où il faut voir dans l'art. 8 LCD un instrument d'intérêt public, poursuivant un but de même envergure que celui à l'origine de l'art. 163 al. 3 CO, destiné à protéger la partie économiquement faible des abus de l'autre contractant¹⁰¹.

III. L'art. 8 LCD et les CG d'assurance protection juridique

37. La LCA contient des exigences particulières sur la conclusion du contrat d'assurance, applicables aussi à la protection juridique. L'art. 2 al. 1 LCA déroge ainsi à l'art. 6 CO, en ce sens que l'absence de refus de l'entreprise d'assurance dans les quatorze jours dès réception de la proposition de l'assuré visant à modifier ou à prolonger un contrat vaut acceptation¹⁰². La remise de la police prévue par l'art. 11 al. 1 LCA n'est pas une exigence de forme nécessaire à la conclusion du contrat, mais relève de l'exécution de l'accord¹⁰³. Le preneur d'assurance dispose en outre de quatre semaines pour examiner le contenu de la police et pour manifester son désaccord (art. 12 al. 1 LCA). Passé ce délai, il est censé avoir accepté la teneur du document¹⁰⁴, l'entreprise d'assurance ne pouvant toutefois s'en prévaloir que dans les limites de la bonne foi¹⁰⁵.
38. Concernant l'exigence de mise à disposition des CG, l'art. 3 al. 2 LCA prévoit que le preneur doit être « en possession » de celles-ci

¹⁰¹ ATF 135 III 433, SJ 2009 I 417 ; MICHEL MOOSER, CR-CO I, art. 163 N 5, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 ; BSK OR I-FELIX EHRAT/MARKUS WIDMER, art. 163 N 10, in : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529*, 6^e éd., Bâle 2015.

¹⁰² CORBOZ (n. 3), p. 252.

¹⁰³ TF 4A_213/2014 du 26 juin 2014, consid. 2.2 ; VINCENT BRULHART, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, N 410.

¹⁰⁴ TF 4A_53/2010 du 29 avril 2010, consid. 2.3 ; CORBOZ (n. 3), p. 251.

¹⁰⁵ TF 4C_98/2007 du 29 avril 2008, consid. 2.3 ; CORBOZ (n. 3), p. 251 s.

avant qu'il fasse ou accepte la proposition¹⁰⁶. L'entreprise d'assurance ne peut donc se contenter d'informer par oral l'autre partie. Les CG doivent bien plus prendre l'apparence d'un texte¹⁰⁷. Un support papier n'est toutefois pas indispensable pour satisfaire cette forme. Le texte peut notamment passer par des courriels ou d'autres moyens électroniques¹⁰⁸, pour autant qu'une prise de connaissance raisonnable des clauses préformulées soit possible (*supra* II/A, N 7 ss). La pratique des entreprises d'assurance consistant à ne plus joindre les CG aux documents contractuels n'est admissible qu'à cette condition. Un lien vers la page où figurent ces clauses peut selon les circonstances suffire lorsque le contrat est conclu par Internet¹⁰⁹. L'assureur peut dans ce cas partir du principe que le client dispose d'un accès au web lui permettant de prendre connaissance des CG¹¹⁰. A défaut pour tout un chacun de bénéficiaire pour l'heure d'un tel accès, cette pratique ne saurait cependant être admise sans réserve¹¹¹.

39. L'incorporation globale (*supra* II/B, N 12) est la règle en présence de CG d'assurance¹¹². Il n'en va pas différemment lorsque celles-ci concernent la protection juridique, qu'il s'agisse de documents portant ce titre ou seulement de clauses insérées dans des contrats d'assurance. En cas de litige, le contrôle du juge peut ainsi porter sur leur incorporation comme sur leur interprétation (*supra* II/A, N 6 ss). Il peut également consister à vérifier si les clauses

¹⁰⁶ VINCENT BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Zurich 2008, p. 201 ss, p. 211.

¹⁰⁷ STEPHAN FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich 2010, N 6.19.

¹⁰⁸ BRULHART (n. 107), p. 211.

¹⁰⁹ De manière générale pour les CG : ATF 139 III 345, consid. 4.4 et pour les CG d'assurance : TF 4A_47/2015 du 2 juin 2015, consid. 5.4.1 : « Ausschlaggebend ist demnach, ob dem Vertragspartner zumindest die zumutbare Möglichkeit einer Kenntnisnahme verschafft wurde ».

¹¹⁰ HUGUENIN/MAISSEN (n. 21), p. 108.

¹¹¹ HUGUENIN/MAISSEN (n. 21), p. 108.

¹¹² EISNER-KIEFER (n. 18), p. 93.

préformulées ne violent pas l'art. 8 LCD, lorsqu'elles sont destinées à des consommateurs.

40. Nombreuses sont en effet les compagnies à proposer des produits dans le domaine de la protection juridique, en opérant une distinction¹¹³ entre les CG destinées à des personnes privées – des consommateurs – et celles prévues pour des professionnels, personnes physiques ou personnes morales¹¹⁴. Cette distinction peut s'expliquer dans le secteur de l'assurance de protection juridique, car les besoins en matière de couverture ne sont pas identiques selon que l'assuré est un consommateur ou non, le sinistre pris en charge étant dans le second cas lié en principe à l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale.
41. L'art. 100 al. 1 LCA, par le renvoi à l'art. 19 al. 1 CO, consacre le principe de la liberté contractuelle¹¹⁵ en matière d'assurance, y compris concernant la protection juridique. Ce principe se concrétise dans les CG des assureurs. Afin de déterminer si leurs clauses sont compatibles avec l'art. 8 LCD, notre choix s'est porté sur celles dans lesquelles l'entreprise d'assurance soumet son obligation de prester à la survenance du sinistre postérieurement à un délai d'attente (A), de même qu'au respect de certains devoirs d'information et de comportement avant (B) et après (C) cette survenance. Les clauses préformulées prévoyant un régime particulier de résiliation après, voire indépendamment de la survenance du sinistre, retiendront également notre attention (D). Il en ira de même de celles excluant la couverture pour les frais à la charge d'un tiers (E).

A. La survenance du sinistre et le délai d'attente

42. Le législateur suisse n'a pas défini le sinistre que l'entreprise d'assurance s'engage à prendre en charge. De manière générale, il

¹¹³ DUPONT (n. 10), N 25.

¹¹⁴ Voir p. ex. chez AXA ARAG les CG pour « particuliers », les CG pour « indépendants » et les CG pour « entreprises ».

¹¹⁵ TF 4A_352/2014 du 9 février 2015, consid. 4.1.1.

s'agit de la survenance de l'événement redouté pour lequel l'assurance a été contractée¹¹⁶. En protection juridique, cet événement consiste dans la survenance du « litige » en vue duquel le contrat a été conclu et contre les conséquences patrimoniales duquel l'assuré a souhaité se prémunir¹¹⁷. Le Tribunal fédéral le désigne comme « l'apparition du besoin d'assistance juridique »¹¹⁸.

43. Les entreprises d'assurance protection juridique ont parfois choisi de ne pas conditionner leurs prestations à la seule apparition de ce besoin, mais de les soumettre encore à la survenance d'un événement particulier. Il s'agit de l'« événement déclencheur »¹¹⁹, la « cause »¹²⁰ que les CG définissent parfois en lien avec certains domaines de couverture. Celui-ci peut ainsi être le « jour du décès du défunt » en cas de litige successoral¹²¹, voire l'« événement qui a provoqué le dommage » en droit de la responsabilité civile¹²². Dans d'autres domaines juridiques, les clauses contractuelles ne contiennent aucune précision sur cet événement, laissant une grande appréciation à l'entreprise d'assurance pour définir le fait à l'origine de son obligation de prêter dans le cas d'espèce.
44. Cette liberté d'appréciation est toutefois limitée par l'exigence de clarté de l'art. 33 LCA. Si l'exclusion de certains événements n'apparaît pas précisément dans les clauses, l'entreprise d'assurance doit répondre de tous les faits correspondant à la définition du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue¹²³. C'est par le biais de l'interprétation des CG, en examinant les faits

¹¹⁶ ATF 136 III 334, consid. 3 ; CORBOZ (n. 3), p. 259.

¹¹⁷ LUTERBACHER (n. 3), N 27.35.

¹¹⁸ ATF 119 II 468, consid. 2c.

¹¹⁹ Cf. p. ex. la clause A 8 1 des CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) ; la clause 7.1 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011).

¹²⁰ Cf. p. ex. la clause 28.1 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹²¹ Cf. p. ex. la clause 28.5 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹²² Cf. p. ex. la clause 7.1 a CG TCS Protection juridique privée (édition 2011).

¹²³ CORBOZ (n. 3), p. 257 et les réf.

invoqués par l'assuré, que le juge détermine si cette condition est remplie¹²⁴.

45. Une clause claire quant aux éléments déclenchant la couverture peut être très rigoureuse pour l'assuré. Tel peut être le cas de celle prévoyant que non seulement le besoin de protection, mais également l'événement à l'origine du sinistre surviennent après la conclusion du contrat¹²⁵. Selon les circonstances, cette clause peut même contribuer à mettre en exergue le caractère abusif des CG, par exemple lorsque ces clauses préformulées limitent encore la prise en charge du besoin de protection juridique au sinistre survenu postérieurement à l'écoulement d'un délai d'attente.
46. La pondération du temps de carence après la conclusion du contrat avec la durée de celui-ci, voire avec d'autres aménagements concernant la prise en charge du sinistre (p. ex. la prise en compte d'un événement déclencheur outre le besoin de protection juridique) peut en effet mettre en lumière une disproportion notable entre les droits et obligations des parties. L'une peut être tenue de payer des primes pour toute la période contractuelle, tandis que l'autre ne couvrirait le sinistre que pour un temps très court. En droit matrimonial par exemple, certaines entreprises prévoient une attente de six mois à deux ans pour prendre en charge le besoin de protection juridique¹²⁶. En droit successoral, ce délai peut aller jusqu'à un an¹²⁷. Ces attentes nous semblent très longues, à tout le moins lorsque la durée du contrat est brève (un an par exemple)¹²⁸ et que les sinistres visés font l'objet d'extensions de couverture, donc

¹²⁴ De manière générale : CORBOZ (n. 3), p. 258 ; pour l'assurance protection juridique : LUTERBACHER (n. 3), N 27.50.

¹²⁵ Cf. p. ex. la clause A 8 3 CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) ; la clause 7.2 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) ; la clause 28.1 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹²⁶ Cf. E 5 des CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014).

¹²⁷ Cf. la clause 12 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹²⁸ Selon renseignements fournis par téléphone par un conseiller AXA ARAG (3 ou 5 ans) et Protekta (1 à 5 ans). TCS Protection juridique privée (édition 2011) n'est pas concernée, car selon CG 4 la durée du contrat est d'un an.

de primes plus élevées. Selon le cas d'espèce, ils peuvent avoir pour conséquence que l'assureur ne verse jamais les prestations promises et faire apparaître les CG les contenant comme abusives. Un délai de trois mois dès la conclusion du contrat prévu par les CG consultées pour la plupart des prestations n'apparaît en revanche pas disproportionné¹²⁹, eu égard au fait que les assurances veulent dans une certaine mesure éviter que l'assuré conclue un contrat pour un litige qu'il a déjà en vue¹³⁰.

B. L'information et le comportement avant la survenance du sinistre

1. L'information sur l'appréciation du risque

47. En vertu de l'art. 4 al. 1 LCA, l'ayant droit doit informer l'entreprise d'assurance - au moyen d'un questionnaire ou en réponse à des questions écrites - de tous les faits importants dans l'appréciation du risque. Ce devoir vaut également pour les faits survenus entre l'envoi du questionnaire et la conclusion du contrat¹³¹. De tels faits sont qualifiés d'« importants » pour l'appréciation du risque, car ils sont de nature à influencer sur la décision de l'entreprise d'assurance de conclure le contrat voire de le conclure aux conditions convenues (art. 4 al. 2 LCA). Lorsque les réponses sont fausses, inexactes ou incomplètes, l'assuré se rend coupable d'une réticence, à la condition qu'il connaisse ou ait pu connaître la vérité¹³². En cas de réticence, l'entreprise d'assurance peut en général résilier le contrat. Elle peut également en principe refuser de prester et réclamer le remboursement des prestations déjà effectuées lorsque le fait objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre, en

¹²⁹ Cf. p. ex. la clause A 8 1 CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) ; la clause 7.1 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) ; la clause 12 a CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹³⁰ THIERRY LUTERBACHER, *Aspekte der Rechtsschutzversicherung in der Schweiz*, in : Fellmann/Weber (édit.), *Haftpflichtprozess 2011 : Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung*, Zurich 2011, p. 278 ss, p. 283.

¹³¹ CORBOZ (n. 3), p. 251 et ATF 135 III 511, consid. 3.3.2.

¹³² CORBOZ (n. 3), p. 252 et les arrêts cités.

vertu de l'art. 6 al. 3 LCA. Le rapport de causalité n'était pas requis dans la version précédente de la disposition. Pour les réticences survenues avant le 1^{er} janvier 2006 (date d'entrée en vigueur de la l'art. 6 LCA révisé), le Tribunal fédéral a jugé que l'entreprise d'assurance peut refuser ses prestations sans égard à l'influence du fait important sur le sinistre¹³³. Si l'on admet le caractère rétroactif de l'art. 8 LCD (*supra* II/C, N 35 ss), l'assureur ne pourrait opposer un tel refus concernant un contrat d'assurance protection juridique conclu avant cette date sur la base d'un questionnaire affecté d'une réticence. Le caractère trop sévère de l'ancien art. 6 LCA est en effet à l'origine de la modification législative¹³⁴ et pourrait faire apparaître des CG octroyant à l'entreprise d'assurance le droit de refuser la couverture indépendamment d'un lien de causalité entre le fait à la base de la réticence et la survenance du sinistre comme abusives.

48. Le régime légal est par ailleurs déjà très défavorable à l'assuré. En effet, l'art. 4 al. 3 LCA, qui présume que le fait est important s'il a fait l'objet d'une question écrite de l'entreprise d'assurance, est lourd de conséquences pour le destinataire des CG. Cette réglementation fait peser sur lui le devoir d'établir qu'un fait est sans influence sur la décision de l'autre partie de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. Elle n'est admissible que dans la mesure où elle figure dans la loi¹³⁵. En droit européen, une telle clause n'ayant qu'une assise contractuelle violerait la Directive 93/13/CE¹³⁶ car elle modifierait au détriment de l'ayant droit la répartition ordinaire du fardeau de la preuve (art. 8 CC)¹³⁷. Elle devrait être considérée comme abusive¹³⁸.

¹³³ CORBOZ (n. 3), p. 254 et les arrêts cités.

¹³⁴ ATF 136 III 334, consid. 2.2.

¹³⁵ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 120 s.

¹³⁶ Cf. la lettre q Annexe 1 de la Directive 93/13/CE.

¹³⁷ Cf. dans ce sens les clauses A 10 1 et A 16 CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014).

¹³⁸ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 120 s. ; de l'avis qu'une telle clause est admissible, LUTERBACHER (n. 131), p. 299.

2. Le paiement des primes

49. Pour pouvoir prétendre à la couverture convenue, l'assuré doit avoir payé la prime correspondante. Tout retard l'expose à un régime particulièrement sévère. L'art. 20 al. 1 LCA exige de l'entreprise d'assurance une sommation indiquant le montant à payer et fixant un délai de paiement de quatorze jours dès l'envoi de la sommation. A l'expiration du délai, l'assurance est suspendue et l'assureur peut choisir de la résilier. Même si la jurisprudence soumet à des règles strictes la forme et le contenu de la sommation¹³⁹, il n'en reste pas moins que les aménagements prévus par la LCA s'écartent des règles du CO sur la demeure de manière très défavorable pour l'assuré¹⁴⁰. S'ils ne figuraient pas dans la loi mais seulement dans des CG, ils pourraient être considérés comme abusifs¹⁴¹.
50. Certaines CG prévoient la possibilité pour l'entreprise d'assurance d'augmenter unilatéralement les primes. Comme en matière de prolongation tacite du contrat (*infra* III/C, N 58), son caractère abusif n'apparaît pas d'emblée. La partie dont émanent les CG peut en effet avoir un intérêt à adapter les primes dans des circonstances reconnaissables pour l'autre partie. L'accord de l'assuré à la détermination par l'entreprise d'assurance du montant des primes par renvoi à son propre tarif et aux données de la proposition ne nous paraît cependant pas suffisant pour remplir cette exigence¹⁴². Le Tribunal fédéral l'a certes admis, mais seulement concernant la fixation de la prime lors de la conclusion du contrat¹⁴³. Une clause ayant un tel contenu laisse une trop grande marge d'appréciation à la partie dont émanent les clauses préformulées pour modifier les

¹³⁹ CORBOZ (n. 3), p. 258 s. et les réf.

¹⁴⁰ BRULHART (n. 103), N 560 ; EISNER-KIEFER (n. 18), p. 121 ss.

¹⁴¹ EISNER-KIEFER (n. 18), p. 123.

¹⁴² BSK VVG-GERHARD STOESSEL, Rem. prélim. art. 1 à 3 LCA N 17, in : Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund (édit.), *Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz*, tome additionnel, Bâle 2012.

¹⁴³ TF 5C.85/2004 du 11 novembre 2004, consid. 3.2.

primes¹⁴⁴. Une modification unilatérale n'est admissible que si cette marge est clairement délimitée dans les CG¹⁴⁵ quant à l'entrée en vigueur du nouveau régime, l'étendue de la modification et les raisons de celle-ci¹⁴⁶. Or les CG des assurances protection juridique peinent à en faire état¹⁴⁷. Elles confèrent certes à l'assuré un droit de résiliation conventionnel, mais ce droit ne suffit pas toujours à contrebalancer le déséquilibre institué par une clause préformulée octroyant à l'entreprise d'assurance le droit de modifier unilatéralement les primes pendant la durée convenue¹⁴⁸. Il ne fait qu'illustrer la technique du « à prendre ou à laisser » (*supra* I, N 4).

C. L'information et le comportement après la survenance du sinistre

1. L'annonce du sinistre

51. En vertu de l'art. 38 al. 1 LCA, l'ayant droit doit informer l'entreprise d'assurance de la survenance du sinistre dès qu'il en a connaissance. En cas de retard, celle-ci peut réduire l'indemnité à la somme due si l'annonce avait été faite à temps (art. 38 al. 2 LCA). Il s'agit là de droit dispositif, sauf concernant l'exigence de faute impérativement posée par l'art. 45 LCA. L'assuré doit en d'autres termes avoir commis une faute pour que la réduction s'opère¹⁴⁹.
52. Les entreprises d'assurance protection juridique ont, dans leurs CG, aménagé un régime tenant compte de la faute¹⁵⁰, sans toutefois prévoir de rapport de causalité entre la faute et l'obligation de l'assurance de prester, un tel rapport n'étant pas exigé par

¹⁴⁴ HUGUENIN/MAISSEN (n. 21), p. 103 s.

¹⁴⁵ ATF 135 III 1, consid. 2.5 ; EISNER-KIEFER (n. 18), p. 96.

¹⁴⁶ HUGUENIN/MAISSEN (n. 21), p. 103 s.

¹⁴⁷ Cf. p. ex. la clause 8b et 8c CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) qui laisse à penser que la modification en cours de contrat est possible, de même que la clause 39 des CG Protekta privée.

¹⁴⁸ HUGUENIN/MAISSEN (n. 21), p. 103 s.

¹⁴⁹ LUTERBACHER (n. 3), N 27.121.

¹⁵⁰ LUTERBACHER (n. 3), N 27.95.

l'art. 45 LCA¹⁵¹. La conformité de leurs clauses avec l'art. 8 LCD est douteuse, car elles ne tiennent de surcroît aucunement compte du degré de la faute¹⁵², font supporter la preuve de l'absence de faute à l'assuré, voire mettent en sus à la charge de celui-ci la preuve de l'absence de lien de causalité entre la violation du devoir d'annonce et l'obligation de prester de l'entreprise d'assurance¹⁵³. Le même constat s'impose pour les CG prévoyant un délai très (trop) bref pour annoncer le sinistre après la fin du contrat¹⁵⁴, au risque pour l'ayant droit de perdre la couverture convenue¹⁵⁵.

2. L'information et le comportement adéquat après la survenance du sinistre

53. Les CG d'assurance protection juridique reprennent la réglementation de l'art. 39 al. 1 LCA, selon laquelle l'assuré doit informer l'entreprise d'assurance et adopter un comportement lui permettant de se déterminer en connaissance de cause. L'absence de réaction dans un certain laps de temps suivant le sinistre peut entraîner la réduction ou la suppression de la couverture (art. 39 al. 2 ch. 2 LCA), sous réserve de l'existence d'une faute, conformément à l'art. 45 LCA¹⁵⁶.

¹⁵¹ TF 4A_349/2010 du 29 septembre 2010, consid. 4.2.

¹⁵² LUTERBACHER (n. 3), p. 220.

¹⁵³ EISNER-KIEFER (n. 18), art. 38 LCA N 17.

¹⁵⁴ Cf. dans ce sens les clauses A 8 4 CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) ; la clause 7.1 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) prévoit une prise en charge seulement pour les cas juridiques annoncés pendant la période de « validité du contrat » comme la clause 28.1 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹⁵⁵ Cf. p. ex. la clause A 8 4 des CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) : « Délai d'annonce. Aucune protection juridique n'est accordée si le cas juridique est déclaré à AXA ARAG plus de trois mois après l'annulation de la police. En cas de retard non fautif supérieur à 3 mois, le cas juridique peut être déclaré aussitôt que la cause de retard a disparu ».

¹⁵⁶ Cette exigence légale ne figure pas toujours dans les CG, cf. p. ex. la clause 11 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) qui semble permettre à l'entreprise d'assurance de refuser ses prestations sans égard à la faute.

54. Comme pour l'annonce du sinistre (*supra* III/B, N 52), les clauses préformulées sur l'information et le comportement adéquat après la survenance du cas juridique ne tiennent en général pas compte du degré de la faute de l'assuré¹⁵⁷. Elles ne soumettent pas l'exclusion de la couverture à l'existence d'un rapport de causalité entre cette faute et l'obligation de l'entreprise d'assurance de fournir sa prestation, l'art. 45 LCA ne l'exigeant pas¹⁵⁸, ni à l'existence d'un lien de causalité entre la violation contractuelle et l'obligation de prester de l'entreprise d'assurance¹⁵⁹. Une telle réglementation instaure à notre avis un déséquilibre excessif entre les droits et obligations des parties au contrat et viole par là l'art. 8 LCD¹⁶⁰.

3. Le comportement visant à limiter le dommage

55. L'art. 61 LCA oblige l'assuré à limiter son dommage, au risque de devoir supporter une diminution ou une suppression des prestations auxquelles il peut prétendre (art. 61 al. 2 LCA). Il s'agit là encore de droit dispositif¹⁶¹, l'art. 45 LCA interdisant seulement à l'assurance

¹⁵⁷ Cf. p. ex. les clauses 29.1 30.2 CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013).

¹⁵⁸ TF 4A_349/2010 du 29 septembre 2010, consid. 4.2 ; LUTERBACHER (n. 3), N 27.127.

¹⁵⁹ Cf. p. ex. les clauses A 10 1 et A 16 3 des CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) la clause 30. 2 des CG Protekta Assurance de protection juridique privée (édition 04.2013) semble au contraire tenir compte du rapport de causalité.

¹⁶⁰ Le TF, dans l'arrêt 4A_349/2010 du 29 septembre 2010, consid. 4.2 *in fine*, semble également être de cet avis concernant l'absence de lien de causalité entre la faute et l'obligation de l'entreprise d'assurance de prester, paraissant reprocher au recourant de ne pas avoir mis en avant le contrôle de l'insolite : « Eine Verletzung von Art. 45 VVG ist nicht dargetan. Die Beschwerdeführerin macht über die Verletzung von Art. 45 VVG hinaus nicht geltend, Art. 8 AVB sei die Gültigkeit wegen Ungewöhnlichkeit zu versagen (dazu BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen), weshalb sich eine entsprechende Prüfung von vornherein erübrigt. » ; de l'avis qu'une telle clause n'est pas insolite : LUTERBACHER (n. 130), p. 299.

¹⁶¹ TF 5C.55/2005 du 6 juin 2005, consid. 2.2 ; LUTERBACHER (n. 3), N 27.134 et la note 417.

de sanctionner l'assuré qui n'a pas commis de faute¹⁶². L'entreprise d'assurance peut donc limiter voire supprimer ses prestations¹⁶³ même en l'absence de lien de causalité entre son obligation de prêter et la faute de l'assuré¹⁶⁴. De telles CG engendrent à notre avis un déséquilibre notable entre les droits et obligations des parties au détriment de l'assuré. Elles doivent être considérées comme abusives au sens de l'art. 8 LCD. Tel est a fortiori le cas si elles ne tiennent de surcroît pas compte du degré de la faute¹⁶⁵, voire font supporter à l'ayant droit la preuve d'une absence de faute¹⁶⁶.

D. La résiliation du contrat après ou indépendamment de la survenance du sinistre

56. Dans l'ATF 135 III 225, le Tribunal fédéral a jugé objectivement insolites les CG conférant à l'entreprise d'assurance le droit de diminuer ses prestations après la survenance du sinistre, en cas de résiliation du contrat par l'une des deux parties. Elles donnent en effet à l'assureur le moyen de ne jamais verser la totalité de ses prestations¹⁶⁷. Par là, elles instaurent également un déséquilibre significatif au détriment de l'assuré. De telles clauses ne devraient plus figurer dans les CG d'assurance protection juridique destinées à des consommateurs, au risque de ne pas passer le contrôle de

¹⁶² TF 5C.55/2005 du 6 juin 2005, consid. 2.2.

¹⁶³ TF 5C.55/2005 du 6 juin 2005, consid. 2.2.

¹⁶⁴ BSK VVG-MARCEL SÜSSKIND, art. 61 N 29, in : Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund (édit.), *Versicherungsvertragsgesetz*, tome additionnel, Bâle 2012 ; EISNER-KIEFER (n. 18), p. 117.

¹⁶⁵ Cf. la clause A 16 CG pour particuliers d'AXA ARAG (édition 06.2014) « (...) En cas de violation de (...) l'obligation de comportement, AXA ARAG peut réduire ou refuser ses prestations à moins que la personne assurée n'établisse qu'aucune faute ne lui est imputable » ; la clause 15 CG TCS Protection juridique privée (édition 2011) qui permet à l'entreprise d'assurance de refuser ses prestations seulement si la violation par l'assuré de ses devoirs a engendré des frais supplémentaires et tient donc compte du rapport de causalité entre le dommage additionnel et le comportement de l'assuré.

¹⁶⁶ Une telle répartition est déjà considérée comme abusive en droit européen, cf. la lettre q Annexe 1 de la Directive 93/13/CE.

¹⁶⁷ DUPONT (n. 10), N 43.

l'art. 8 LCD. Leur existence dans d'autres CG n'est en péril que dans la mesure où l'entreprise d'assurance n'a pas procédé à une information accrue de l'assuré, puisque cette mesure suffit à éluder la règle de l'insolite (*supra* II/B, N 17).

57. La résiliation du contrat d'assurance protection juridique peut évidemment survenir indépendamment de l'apparition d'un sinistre. Comme les CG prévoient en général la reconduction automatique du contrat, la résiliation suppose une manifestation de volonté dans les délais indiqués. L'art. 47 LCA¹⁶⁸ autorise le renouvellement automatique d'un contrat pour autant que celui-ci ne dépasse pas un an. Même en prévoyant un délai inférieur, la clause de reconduction peut être abusive, eu égard aux circonstances du cas d'espèce¹⁶⁹. Si elle tient compte de l'intérêt de l'entreprise d'assurance à pouvoir estimer à l'avance les primes avec lesquelles celle-ci doit pouvoir compter, elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger un tel intérêt. Lorsque les CG prévoient un délai de résiliation extrêmement long, l'information de l'assuré sur le renouvellement du contrat avant la fin du délai de résiliation peut être un moyen adéquat d'en tempérer les rigueurs¹⁷⁰.
58. Même admissible, la reconduction automatique du contrat pose une fois encore (*supra* II/C, N 36) la question de l'application dans le temps de l'art. 8 LCD. Elle n'engendre pas la conclusion d'un nouveau contrat emportant novation, mais la seule prolongation du premier accord¹⁷¹. A défaut de pouvoir s'opérer rétroactivement, à tout le moins pour les accords antérieurs au 1^{er} juillet 2012 mais produisant leurs effets après cette date, le contrôle de telles clauses, même avec un contenu abusif, ne serait possible que pour de

¹⁶⁸ EVA MAISEN, *Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, thèse, Zurich 2012, N 227.

¹⁶⁹ HUBERT STÖCKLI/ROGER BIERI, *Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG*, REAS 2014, p. 398 ss, p. 405.

¹⁷⁰ Une initiative parlementaire (13.426) visant à instaurer un devoir d'information dans ce sens est actuellement pendante devant les Chambres (<http://www.parlament.ch/f/mm/2015/Pages/mm-rk-s-2015-02-11.aspx>) [dernière visite le 6.01.2016].

¹⁷¹ ATF 103 II 204, consid. 2 ; BRULHART (n. 103), N 448.

nouveaux contrats. Pour le consommateur, c'est payer cher le prix de la sécurité juridique.

E. L'exclusion de couverture pour les frais à la charge d'un tiers

59. Les CG sont parfois libellées de façon à conférer à l'entreprise d'assurance une créance contre l'assuré pour les frais qu'elle s'engage en principe à prendre en charge. La situation visée est celle où un tiers est tenu d'assumer les dépenses que l'assurance couvre en général, comme les honoraires de l'avocat externe, lorsque l'assuré obtient gain de cause dans un procès civil contre ce tiers¹⁷².
60. En prévoyant une telle clause, l'entreprise d'assurance se prémunit dans une certaine mesure contre les rigueurs du régime légal. En tant qu'assurance dommages (*supra* I, N 1), la protection juridique a vocation indemnitaire. En raison de la hiérarchie des recours de l'art. 51 al. 2 CO et de l'interprétation de la notion d' « acte illicite » ancrée à l'art. 72 LCA, l'entreprise d'assurance ne peut toutefois agir en remboursement que contre le responsable aquilien, et seulement dans certaines limites, mais non contre le responsable objectif simple ou aggravé¹⁷³.
61. Critiquée par une partie de la doctrine pour ce résultat¹⁷⁴, l'application cumulative des art. 51 al. 2 CO et 72 LCA n'en a pas moins les faveurs du Tribunal fédéral¹⁷⁵. L'exclusion de couverture pour les frais à la charge d'un tiers est surprenante dans la mesure où

¹⁷² BRULHART (n. 2), p. 221.

¹⁷³ VOLKER PRIBNOW, *Deckungsausschluss bei haftpflichtigem Dritten in der Rechtsschutzversicherung*, REAS 2014, p. 99 ss, p. 99 ; JEAN-MICHEL DUC, *Assurance protection juridique, clause d'exclusion insolite : limitation du droit de recours : cession des droits*, REAS 2014, p. 218 ss, p. 218 et 220.

¹⁷⁴ Cf. notamment VINCENT BRULHART (n. 103), N 846 ; FRANZ WERRO, CR-CO I art. 51 CO N 41, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 ; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Haftpflicht und Sozialversicherung – Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich*, thèse d'habilitation, Fribourg 1998, N 1087 ss et plus récemment ALBORZ TOLOU, *Le recours interne dans la solidarité imparfaite*, REAS 2015, p. 130 ss, p. 134 s.

¹⁷⁵ ATF 137 III 352, consid. 4, JdT 2014 II 373.

le client s'attend non pas à une simple avance, mais à la prise en charge définitive de ses frais de défense¹⁷⁶. Elle est déséquilibrée à son détriment, car elle lui fait courir le risque du paiement de ces montants, alors que le consommateur conclut précisément le contrat pour éviter d'avoir à y faire face¹⁷⁷. Une telle clause contrevient par là à l'art. 8 LCD.

IV. Conclusion

62. Si la doctrine s'est exprimée largement quant au champ d'application de l'art. 8 LCD, le Tribunal fédéral est resté pour l'heure très réservé sur le sujet¹⁷⁸. Les CG d'assurance protection juridique seraient une bonne occasion de délimiter la portée du contrôle instauré par cette disposition. Notre analyse ne s'est portée que sur certaines clauses préformulées dans des contrats conclus avec des consommateurs. Il s'est agi de souligner une fois encore les limites d'une conception trop libérale de la liberté contractuelle, non pas en la réduisant à son plus simple appareil, mais en vérifiant que l'usage qui en est fait s'inscrit toujours dans l'idéal du contrat juste qui en est le pendant¹⁷⁹. A l'image de l'intervention à laquelle se sont livrés les opérateurs de téléphonie mobile en 2014¹⁸⁰, une adaptation spontanée des CG par les entreprises d'assurance serait bienvenue. Elle constituerait à n'en

¹⁷⁶ DUC (n. 173), p. 219 ; cf. p. ex. la clause D 1 2 let. e CG Orion Private (éd. 01/2011) qui dispose que « les frais et honoraires dont la prise en charge incombe à un tiers ou qui sont mis à la charge d'une personne civilement responsable ou d'un assureur responsabilité civile ; dans de tels cas, Orion ne verse que des avances ».

¹⁷⁷ Du même avis sur l'objectif poursuivi par le client lors de la conclusion d'un contrat d'assurance protection juridique : DUC (n. 173), p. 221.

¹⁷⁸ Seul l'ATF 140 III 404 en traite au moment où s'achèvent ces lignes, et uniquement sous l'angle de l'application temporelle de l'art. 8 LCD, cf. *supra* N 50.

¹⁷⁹ FORNAGE (n. 34), N 265.

¹⁸⁰ Tous les opérateurs ont accepté de revoir leurs clauses concernant la reconduction tacite et le droit de modifier unilatéralement les coûts de transaction, cf. le communiqué de presse de la FRC du 13 mars 2014 « succès majeur dans la téléphonie mobile » disponible sous <http://www.frc.ch/articles/succes-majeur-dans-la-telephonie-mobile/> [dernière visite le 6.01.2016].

pas douter un argument publicitaire apprécié des assurés et permettrait aux assureurs de gagner à coup sûr des parts sur un marché en pleine expansion. La progression des primes encaissées pour des assurances de protection juridique est en effet supérieure à la moyenne depuis plusieurs années et devrait avoir encore une belle marge de croissance¹⁸¹. Le changement de comportements des consommateurs et le risque manifestement accru de se retrouver impliqué dans une procédure judiciaire n'y sont pas étrangers¹⁸².

¹⁸¹ Selon le Rapport de la FINMA sur l'activité d'assurance du 1^{er} septembre 2015, p. 25, les primes émises se montaient à CHF 527'299'396 en 2014, à CHF 492'193'263 en 2013, à CHF 462'819'439 en 2012, à CHF 438'664'159 en 2011.

¹⁸² BRUHLART (n. 2), p. 248.

Avocat et assurance de la protection juridique

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Michael Ecklin

Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction.....	39
A. Généralités	39
B. Sources.....	40
II. Assureur et assuré.....	42
A. Généralités	42
B. Nature et objet du contrat d'assurance de la protection juridique.....	43
C. Parties au contrat.....	45
1. Assureur.....	45
2. Assuré	46
D. Droits et obligations des parties au contrat.....	47
1. Notion de risque.....	48
2. Notion de sinistre.....	51
3. Prestations de l'assureur.....	51
a) <i>Prestations directes de l'assureur</i>	52
b) <i>Prestations indirectes de l'assureur</i>	55
III. Avocat employé de l'assurance	55
A. Généralités	55
B. Principe d'indépendance	57
C. Application des règles relatives au contrat de mandat.....	59

D. Responsabilité	60
E. Représentation en justice	61
IV. Avocat indépendant et assuré.....	63
A. Généralités	63
B. Droit à un mandataire indépendant.....	64
1. Principe.....	64
2. Personne du mandataire indépendant.....	66
C. Choix de l'avocat	68
1. Principe.....	68
2. Autorisation préalable de l'assureur	70
3. Proposition par l'assureur	72
4. Indépendance de l'avocat.....	74
D. Personne du mandant	76
E. Fin anticipée du mandat.....	79
V. Avocat indépendant et assureur	80
A. Généralités	80
B. Nature juridique de la relation.....	81
C. Concurrence entre avocat et assurance de la protection juridique.....	85
D. Honoraires	86
E. Interdiction du <i>pactum de quota litis</i>	89
F. Secret professionnel	90
G. Procédure en cas de divergences d'opinions	92
H. Fin de la relation	94
VI. Conclusion	94
Bibliographie.....	96

I. Introduction

A. Généralités

1. Notre société n'aime pas le risque. Celui généré par un litige n'est pas des moindres. On ne sera dès lors pas étonné de la place grandissante prise par l'assurance de la protection juridique. Il est désormais très fréquent que les particuliers, les entreprises et même les corporations publiques soient au bénéfice d'une assurance de la protection juridique couvrant la défense de leurs intérêts juridiques en cas de litige dans un ou divers domaines du droit.
2. Avec l'intervention d'une assurance de la protection juridique prend forme une *relation triangulaire* entre l'assureur, l'assuré et son avocat. Elle n'est pas sans générer des difficultés, car elle met en lien des personnes aux objectifs différents et soumises à des règles spécifiques, raison pour laquelle on peut, avec REYMOND, la qualifier d'hétéroclite¹.
3. La *relation entre l'assurance de la protection juridique et son assuré* (*infra* II, N 14 ss) relève principalement du contrat d'assurance. La relation juridique que peut nouer l'avocat œuvrant au sein de la compagnie d'assurance et l'assuré, en particulier lorsque la couverture d'assurance comprend des conseils ou une représentation extrajudiciaire à fournir par cet avocat employé, mérite cependant une attention particulière (*infra* III, N 49 ss).
4. La *relation entre l'assuré et l'avocat indépendant* (*infra* IV, N 76 ss) relève quant à elle du mandat. Cela nous semble une évidence, même si celle-ci est parfois remise en cause.
5. La *relation juridique entre l'avocat et l'assurance de la protection juridique* (*infra* V, N 121 ss) est au cœur des controverses, en particulier quant au rôle de l'assureur dans la relation de mandat entre l'avocat et l'assuré.
6. La relation entre l'assureur de la protection juridique et l'avocat indépendant est parfois décrite par la doctrine avec bienveillance² ou

¹ REYMOND, p. 11.

² HODEL, p. 10.

pragmatisme³, parfois de manière plus caustique⁴. Le fait que les points de vue divergent sur cette question n'est pas surprenant dès lors que l'assurance de la protection juridique est à l'intersection entre le domaine de la résolution des litiges et celui de l'assurance⁵. L'intervention d'un assureur dans la relation entre l'avocat et son client touche un élément central de l'accès à la justice : le coût du procès et sa prise en charge. Il en découle que pour nombre d'avocats indépendants, l'assurance de la protection juridique est un partenaire non négligeable. Son rôle de garante des honoraires du praticien met celui-ci à l'abri d'un possible client ou d'une éventuelle partie adverse insolvable, rendant ainsi, lorsque tout se passe de manière adéquate, le terrain fertile pour une défense efficace.

7. Qualifier juridiquement la relation entre l'assureur de la protection juridique et l'avocat indépendant est complexe. Une analyse pertinente suppose un large tour d'horizon afin de circonscrire la matière, délimiter les différentes relations et en apprécier les fonctionnements. C'est sur cette base que l'on peut déterminer utilement la position respective de l'avocat et de l'assurance par rapport au justiciable.

B. Sources

8. Au niveau européen, la Directive 87/344/CEE du Conseil du 22 juin 1987, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance de la protection juridique⁶ a été abrogée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2012, de la Directive 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 exercice⁷. La section 4 de cette directive est dédiée à l'assurance de la protection juridique. Les législations européenne et suisse sont, sur le fond, similaires et compatibles et on retrouve

³ DIDISHEIM, p. 115.

⁴ REYMOND, p. 11.

⁵ Comp. BRULHART, *Réglementation*, p. 248.

⁶ JO L 185 du 4.7.1987.

⁷ JO L 335 du 17.12.2009.

notamment à l'art. 198 al. 1 de la Directive 2009/138/CE, la dualité de prestations, spécificité de l'assurance de la protection juridique.

9. La compétence législative fédérale en matière d'assurances privées découle de l'art. 98 al. 3 Cst. qui la prévoit expressément. La Confédération est dès lors compétente pour légiférer en matière d'assurance de la protection juridique. Cette compétence fédérale a été utilisée par l'adoption de la Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)⁸. La loi régit tout contrat d'assurance privée, mais ne contient aucune disposition spécifiquement relative à l'assurance de la protection juridique. Une révision de ce texte vieux de plus d'un siècle est actuellement en cours. L'objectif consiste en une actualisation de la loi pour répondre aux besoins modernes en matière d'assurance. On peut espérer que le domaine particulier de la protection juridique fasse l'objet de dispositions particulières vu sa popularité grandissante.
10. Le 1^{er} janvier 2006, la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA)⁹ est entrée en vigueur en même temps que l'Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS)¹⁰. Ces deux textes ont abrogé et remplacé l'ancienne Ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'assurance de la protection juridique (OAPJ)¹¹, qui était en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1993. On soulignera que les dix dispositions de l'OAPJ ont été reprises telles quelles dans l'OS, sous réserve de modifications cosmétiques de formulation. Il en découle que d'éventuels avis de doctrine émis ou jurisprudences rendues sous l'égide de l'ancien texte restent pertinents. En outre, on peut relever que les dispositions de l'OS sont pour l'essentiel une adaptation autonome de la directive 87/344/CEE précitée¹².

⁸ RS 221.229.1.

⁹ RS 961.01.

¹⁰ RS 961.011.

¹¹ RO 1992 2355.

¹² Message relatif à la révision totale de la LCA, FF 2011 7091, p. 7173.

11. La loi fédérale consacre *une disposition spéciale* (art. 32 LSA) applicable à la branche spécifique de l'assurance de la protection juridique. Celle-ci régleme la pratique par une entreprise d'assurance de l'activité d'assurance de la protection juridique en même temps que d'autres branches d'assurance, avec pour mission essentielle d'éliminer les possibilités de conflits d'intérêts auxquels l'assureur de la protection juridique pourrait se trouver confronté lors de la liquidation de sinistres qu'il s'est engagé contractuellement à couvrir¹³.
12. Cette disposition est complétée par voie d'*ordonnance*, laquelle consacre son chapitre cinq à l'assurance de la protection juridique et régleme ainsi spécifiquement au travers de *dix dispositions* (art. 161 ss OS) *ce contrat particulier d'assurance privée*. Si elle fournit certaines garanties dans le cadre de la relation entre l'assuré et l'assureur, l'ordonnance est *muette quant au lien juridique* unissant l'assureur à l'avocat indépendant ainsi que celui liant ce dernier à l'assuré¹⁴.
13. Enfin, le contrat d'assurance est régi par le droit des obligations pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA, en vertu de l'art. 100 al. 1 de ladite loi. Partant, la LCA représente une *lex specialis*¹⁵ par rapport au CO, la matière de l'assurance privée représentant une branche du droit trop vaste pour être simplement rattachée aux dispositions du CO¹⁶. Faute de réglementation spéciale, les dispositions du CO peuvent donc trouver application dans le cadre d'un contrat d'assurance de la protection juridique.

II. Assureur et assuré

A. Généralités

14. Afin d'appréhender correctement le statut de l'avocat œuvrant au sein d'une compagnie d'assurance de la protection juridique (*infra* III, N 49 ss) et la relation entre l'avocat indépendant et l'assureur (*infra* V,

¹³ Message LSA, FF 2003 3353, p. 3387.

¹⁴ FUHRER, p. 74.

¹⁵ BRULHART, *Assurances privées*, p. 29 N 61.

¹⁶ KUHN/MONTAVON, p. 58.

N 121 ss), il convient de débiter par un bref rappel de la relation contractuelle de base, nouée entre l'assureur et l'assuré au travers du contrat d'assurance de la protection juridique. En particulier, il s'agit de rappeler la nature et l'objet du contrat d'assurance (B), les parties à ce contrat (C) et leurs différents droits et obligations (D).

B. Nature et objet du contrat d'assurance de la protection juridique

15. Dans tout contrat d'assurance, l'assuré s'engage au paiement d'une prime en contrepartie de la prestation de l'assureur, qui consiste dans une promesse de nature usuellement pécuniaire lorsque se réalise un risque¹⁷. Au sens large, l'assurance a pour objet la couverture d'un risque déterminé qui, lorsqu'il se réalise dans la sphère de l'assuré, se dénomme *sinistre* ou *cas d'assurance*¹⁸ et entraîne sa couverture par l'assureur.
16. La qualification de contrat d'assurance du contrat de la protection juridique ne s'est pas imposée d'emblée¹⁹, mais elle est aujourd'hui acquise²⁰. Le contrat d'assurance de la protection juridique est un contrat d'assurance contre les dommages au sens des art. 48 ss LCA²¹, plus exactement d'une assurance du patrimoine²² de l'assuré, qu'il s'agit de garantir contre les passifs résultant d'un litige juridique. La FINMA soumet d'ailleurs l'exploitation de l'assurance de la protection juridique à l'autorisation relative au domaine de l'assurance dommages²³.
17. S'agissant de l'objet du contrat d'assurance de la protection juridique en particulier, l'art. 161 OS en propose la définition suivante : « *par un contrat d'assurance de la protection juridique, l'entreprise d'assurance assume, contre*

¹⁷ BRULHART, *Assurances privées*, p. 40 N 87.

¹⁸ BRULHART, *Assurances privées*, p. 57 N 131.

¹⁹ VIRET, *Jurisprudence*, p. 139.

²⁰ BRULHART, *Procès*, p. 65 ; FUHRER, p. 72.

²¹ BREHM, p. 2 ; DIDISHEIM, p. 116 ; DUC, p. 218 ; REYMOND, p. 11 ; VIRET, *Jurisprudence*, p. 140.

²² KOENIG, p. 526 : « *Vermögensversicherungen* ». Cet auteur traite des « *Prozesskostenversicherung* ».

²³ Voir www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-dommages (10.02.2016).

le paiement d'une prime, le risque de devoir supporter des frais occasionnés par des affaires juridiques ou de fournir des services dans de telles affaires»²⁴. En d'autres termes, l'assureur garantit l'assuré contre le préjudice économique résultant du besoin d'assistance juridique²⁵.

18. Le contrat est particulier à deux égards. Premièrement, le risque assuré est, selon le libellé de l'ordonnance, la survenance d'une *affaire juridique* pour l'assuré. Le Tribunal fédéral a défini ledit risque comme la possibilité de la survenance d'un besoin d'assistance juridique²⁶. Dans le cadre d'un contrat de la protection juridique, le risque assuré consiste ainsi dans la nécessité future et éventuelle²⁷ d'une protection juridique pour l'assuré²⁸. La notion de risque est ici particulière en ce qu'elle recouvre potentiellement un nombre infini de cas, faisant dès lors des conditions générales d'assurance un élément fondamental de ce type particulier d'assurance.
19. Secondement, l'assureur offre une couverture comprenant deux prestations distinctes. Il s'agit d'une part, d'une prestation usuelle de garantie financière. Celle-ci est constituée de la garantie des frais de défense des intérêts de l'assuré, généralement jusqu'à concurrence d'une somme d'assurance préalablement indiquée dans la police. D'autre part, et c'est une spécificité de l'assurance de la protection juridique, l'assureur offre une prestation de service d'assistance juridique directe, consistant en la fourniture de conseils à l'assuré, de sa représentation extrajudiciaire ou de diverses autres démarches rendues nécessaires par l'affaire juridique en cause.
20. Les prestations indirectes de prise en charge de frais sont des prestations patrimoniales évidentes d'assurance. Il en va de même à

²⁴ Cette définition est dans son essence similaire à celle contenue dans l'ancienne ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'assurance de la protection juridique, abrogée par l'entrée en vigueur de l'OS le 1^{er} janvier 2006.

²⁵ BREHM, p. 2 ; pour approfondir, voir également BRULHART, *Procès*, p. 63 s.

²⁶ ATF 119 II 468, consid. 2c.

²⁷ Voir VIRET, *Jurisprudence*, p. 141, qui cite un arrêt du Tribunal cantonal vaudois relevant que la notion de caractère aléatoire est un élément essentiel du risque assurable.

²⁸ BSK VVG II-STOESSEL GERHARD, *Allgemeine Einleitung*, N 6.

notre sens des prestations directes de l'assureur : d'une part, l'assureur finance à cette fin son propre service juridique ; d'autre part, chaque démarche dont il libère l'assuré évite à celui-ci des frais et des pertes de temps, soit des préjudices économiques. Les démarches de l'assureur lui-même pour son assuré sont dès lors, elles aussi, des prestations d'assurance, ce qui est aujourd'hui généralement admis²⁹. En effet, dès lors que ces prestations évitent des frais à l'assuré, elles ont un caractère indemnitaire au même titre que le paiement d'honoraires d'un avocat³⁰.

C. Parties au contrat

1. Assureur

21. L'assureur de la protection juridique est une compagnie d'assurance spécialisée dans cette branche³¹. Lorsqu'une entreprise d'assurance entend pratiquer l'assurance de la protection juridique en même temps que d'autres branches d'assurance, la loi lui impose *deux obligations alternatives*. L'assurance peut soit confier le règlement des sinistres à une entreprise juridiquement distincte, soit accorder à ses assurés le droit de confier la défense de leurs intérêts, dès qu'ils sont en droit de réclamer l'intervention de l'assureur au titre du contrat, à un avocat indépendant. Dans cette seconde hypothèse, l'avocat mandaté doit découler du libre choix de l'assuré. En outre, dans la mesure où la loi applicable à la procédure le permet, toute autre personne ayant les qualifications requises par ladite loi peut également être choisie par l'assuré pour assurer la défense de ses intérêts (art. 32 al. 1 LSA et art. 167 al. 1 OS).
22. Lorsque l'assurance de la protection juridique choisit de confier le règlement des sinistres à une entreprise juridiquement distincte, celle-ci – dénommée dans la loi *entreprise gestionnaire des sinistres* – est soit une institution d'assurance qui n'exploite que l'assurance de la protection juridique, soit une société anonyme ou une coopérative qui ne fournit aucun service en lien avec le règlement des sinistres dans d'autres

²⁹ BREHM, p. 2 ; voir aussi BREHM, p. 6 et les références citées.

³⁰ BREHM, p. 7.

³¹ BREHM, p. 2.

branches d'assurance que la protection juridique³². C'est le cas de la plupart des assurances de la protection juridique, qui sont généralement liées à une compagnie d'assurance généraliste. Cette nécessité de séparation naît d'un impératif d'*éviter tous conflits d'intérêts* au détriment des assurés, en particulier dans le cadre de l'intervention d'une assurance de la responsabilité civile³³.

2. Assuré

23. L'assuré peut être une *personne physique* ou *morale*, ainsi qu'une *entité dépourvue de la personnalité morale*, mais dotée de par le droit fédéral de la capacité d'être partie à une procédure comme la société en nom collectif (art. 562 CO), la société en commandite (art. 602 CO) ou la communauté des copropriétaires par étages (art. 712l CC)³⁴. Soulignons le fait que dans la tendance actuelle, les entreprises souscrivent de plus en plus à des assurances de la protection juridique³⁵.
24. Quant au cercle des assurés, le preneur d'assurance est naturellement l'assuré principal³⁶ en cas d'assurance individuelle. Les conditions générales prévoient néanmoins usuellement la possibilité d'*élargir la couverture à d'autres personnes* et il est courant que le contrat d'assurance couvre de nombreuses autres personnes que le souscripteur³⁷. L'assurance de la protection juridique est dès lors à la fois une assurance pour le propre compte du preneur et une assurance pour

³² Voir le « *Guide Pratique* » édicté par la FINMA concernant les modalités spéciales pour la branche de la protection juridique dans sa version du 16 août 2010 sur www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-dommages (10.02.2016).

³³ VIRET, *Assista*, p. 366.

³⁴ BOHNET, *Procédure civile*, p. 108.

³⁵ BRULHART, *Réglementation*, p. 248.

³⁶ BREHM, p. 3.

³⁷ On trouve, à titre d'exemples, dans les conditions générales : les enfants, le conjoint, le partenaire enregistré, les personnes en ménage commun, les employés, une personne particulière nommément désignée dans la police ou encore un associé d'une société simple.

compte d'autrui, lorsque d'autres personnes que le preneur font appel à la garantie (art. 16 et 17 LCA).

25. L'assurance *pour compte d'autrui* est construite sur le schéma de la stipulation pour autrui (art. 112 CO). L'art. 17 al. 2 LCA *a contrario* confirme qu'il s'agit d'une *stipulation pour autrui parfaite*, au sens de l'art. 112 al. 2 CO, accordant un droit direct au tiers assuré contre l'assureur pour obtenir l'exécution du contrat³⁸. L'assurance pour compte d'autrui est un contrat nommé (art. 16 LCA) et l'art. 112 CO s'y applique donc à titre supplétif de la LCA en vertu de l'art. 100 LCA³⁹, comme mode particulier d'exécution du contrat d'assurance.

D. Droits et obligations des parties au contrat

26. S'agissant de l'assuré, ses obligations principales résident dans le paiement d'une prime⁴⁰ ainsi que dans l'annonce du sinistre, qui englobe en matière d'assurance de la protection juridique une obligation accrue de renseigner. Devant être déterminés ou déterminables⁴¹, le montant et l'échéance de la prime doivent nécessairement être indiqués dans la police afin de satisfaire aux exigences de l'art. 11 LCA, qui impose la constatation des droits et des obligations des parties dans une police que l'assureur est tenu de remettre à l'assuré. Quant à l'obligation d'annonce en cas de sinistre ainsi que l'obligation de renseigner, les art. 38 et 39 LCA en constituent le *sedes materiae*. La notion d'obligation de renseigner – que l'art. 39 LCA libelle de manière générale *justification des prétentions* – revêt une importance accentuée dans le cadre particulier de la protection juridique. L'assureur a en effet besoin d'avoir tous les renseignements et toutes les procurations nécessaires pour procéder à l'examen de l'affaire juridique, mener les négociations en vue d'obtenir un éventuel arrangement à l'amiable ou décider de la suite à donner à l'affaire et de

³⁸ BREHM, p. 3.

³⁹ CR CO I-TEVINI, art. 112 N 5.

⁴⁰ Sur la notion de prime, voir BRULHART, *Assurances privées*, p. 228 ss N 501 ss.

⁴¹ BRULHART, *Assurances privées*, p. 228 N 502.

l'opportunité d'un procès avant de *sortir* le dossier et le confier à un avocat indépendant.

1. Notion de risque

27. Dans le cadre d'un contrat d'assurance privée, bien qu'il s'agisse d'un élément essentiel et caractéristique du contrat, le législateur ne définit pas le risque assurable⁴². Le domaine de l'assurance de la protection juridique (semble) faire exception, le risque assurable étant expressément défini à l'art. 161 OS. Il correspond, selon cette disposition, au devoir de supporter des frais occasionnés par des *affaires juridiques* ou de fournir des services dans de telles affaires. Force est de constater que cette définition ne circonscrit pas réellement le risque assurable, lequel demeure malaisé à cerner⁴³. Cette notion de risque est éminemment subjective et, généralement, la survenance du litige juridique, permettant de déterminer le domaine dont il ressort, est aléatoire et, partant, incontrôlable⁴⁴. La définition légale permet néanmoins de mettre en lumière les deux activités de l'assureur de la protection juridique, à savoir le fait de supporter des frais juridiques assurés et celui de fournir des prestations directes assurées. Elle laisse en revanche ouverte la notion d'*affaires juridiques*, qui recouvre, par essence, un nombre illimité de cas particuliers. Par conséquent, la question peut être posée du caractère réellement assurable de la survenance d'une *affaire juridique*. Le cas de la demande en divorce par exemple, où la mise en œuvre de l'affaire juridique peut ne dépendre que de la volonté de l'assuré, ne contient pas véritablement l'élément aléatoire du risque, nécessaire pour qu'il soit assurable⁴⁵.
28. Dès lors que le besoin d'assistance juridique peut survenir dans un nombre infini de situations de la vie courante, il appartient à l'assureur de délimiter dans ses conditions générales, par une énumération précise, les domaines dans lesquels le risque doit se réaliser pour être

⁴² VIRET, *Assista*, p. 378 ; la LCA traite généralement du risque sans jamais le définir.

⁴³ VIRET, *Jurisprudence*, p. 140.

⁴⁴ Voir REYMOND, p. 11.

⁴⁵ VIRET, *Assista*, p. 380.

assuré et dans lesquels l'assistance doit s'exercer⁴⁶. Ce sont donc ces dernières qui contiennent, en définitive, la définition, selon la police particulière d'assurance, du ou des risques assurés en termes d'affaires juridiques. Il est dès lors impossible de proposer une définition générique du risque typique dans le domaine de l'assurance de la protection juridique, tant les variantes sont nombreuses quant à la couverture proposée dans les polices. La relation entre la prime convenue et l'étendue de la couverture relative au spectre de situations juridiques couvertes, mais également en rapport au cercle des assurés compris dans l'assurance ne peut ainsi être présentée de manière exhaustive.

29. BREHM retient une catégorisation des différents risques assurés en fonction de la procédure qui s'y applique⁴⁷. Nous proposons pour notre part d'identifier les « *groupes* » de risques que l'on peut extraire d'une lecture comparative des conditions générales des principaux assureurs de la protection juridique en Suisse. Loin d'être exhaustive, cette présentation se veut exemplative, afin d'illustrer l'étendue du risque assuré dans le cadre d'un contrat de la protection juridique.
30. Le *premier groupe* est constitué de la protection juridique dite « *privée* ». Celle-ci prévoit généralement la couverture des intérêts juridiques de l'assuré en tant que particulier en droit de la responsabilité civile, en droit pénal, dans le cadre d'aide en tant que victime, en droit des patients, en droit des assurances, en droit du travail ou en droit du bail, en droit contractuel de manière générale, en droits réels, en droit du voisinage ou encore en droit des personnes et de la famille. La liste est évidemment longue et touche virtuellement à tous les domaines du droit.
31. Le *deuxième groupe* usuel est constitué des affaires juridiques en lien avec la LCR, que cela soit en tant que conducteur d'un véhicule ou comme piéton, en tant que responsable d'un dommage ou comme victime. C'est là l'une des origines de l'assurance de la protection juridique en

⁴⁶ BREHM, p. 4 s.

⁴⁷ BREHM, p. 5.

Suisse⁴⁸ et cette couverture de risque demeure naturellement d'une grande importance pratique.

32. Le *troisième groupe* de risque d'affaires juridiques généralement couvert par les assurances de la protection juridique correspond à une couverture relative aux litiges en lien avec Internet. Cette couverture récente est en plein développement, les avancées technologiques en matière de communication informatique étant notoirement plus rapides que celles du droit qui s'y rapportent. Cette couverture concerne l'assuré en tant qu'utilisateur d'Internet à titre généralement privé. Elle couvre la défense de ses intérêts juridiques en matière de droit de la personnalité, d'usurpation d'identité, d'abus de carte de crédit, de droit d'auteur ou de droit des contrats en lien avec l'utilisation d'Internet.
33. Un *quatrième groupe* typique est constitué d'une couverture relative à des litiges relatifs aux biens immobiliers. Elle recouvre généralement les droits du propriétaire directement en lien avec son bien immobilier (litige en lien avec une assurance incendie ou dans le cadre d'un contrat d'entreprise par exemple) mais également les diverses relations juridiques qui se nouent autour de celui-ci (litige en droit du bail avec un locataire, en droit du voisinage ou encore en droit du travail avec un employé tel qu'un concierge par exemple). Il peut également s'agir d'un propriétaire en PPE ou d'un titulaire d'un droit réel. Dans ce domaine, les offres proposées par les assureurs sont généralement modulables afin d'être adaptées aux besoins concrets de l'assuré.
34. On peut enfin traiter d'un *cinquième groupe* large, relatif à l'étendue des exclusions usuelles dans les quatre groupes initiaux, à savoir notamment en droit de la personnalité, en droit du voisinage (notamment dans le cadre d'une PPE), en droit matrimonial ou encore dans les questions de droit de la propriété intellectuelle.
35. Dans tous les cas, l'étendue du risque couvert peut être extrêmement variable d'un assureur à l'autre et est modelée en fonction des besoins de l'assuré. On constate néanmoins une tendance marquée d'uniformisation des conditions générales et, partant, de l'offre proposée. L'exclusion d'un certain nombre de domaines permet de

⁴⁸ BRULHART, *Procès*, p. 62 s.

conserver le caractère aléatoire du risque. En outre, une somme d'assurance maximale est généralement mise en place ainsi qu'un système de franchise. Pour l'assuré et le praticien, la *personnalisation* importante que constitue l'assurance de la protection juridique en fait un domaine difficile à cerner et exigeant une attention toute particulière. On comprend bien dès lors à quel point les conditions générales représentent ici la clé du système ou, à tout le moins, sa boussole.

2. Notion de sinistre

36. La notion de sinistre au sens asséculoologique ne connaît pas d'équivalent en allemand, si bien que l'on parle dans cette langue de *survenance de l'événement redouté*⁴⁹. Ainsi, dans un sens général en droit de l'assurance, le sinistre correspond à la réalisation d'un état de fait contre les conséquences duquel l'assuré entend se couvrir⁵⁰. S'agissant en particulier de l'assurance de la protection juridique, il s'agit de la survenance du besoin d'assistance juridique⁵¹, en d'autres termes, la survenance d'un litige dans l'une des hypothèses prévues par le contrat⁵². Savoir si un sinistre s'est produit permet d'établir si les prestations de l'assureur sont exigibles, mais également de déterminer si un dommage partiel se présente au sens de l'art. 42 LCA (résiliation en cas de sinistre) ainsi que de fixer le *dies a quo* du délai de prescription⁵³.

3. Prestations de l'assureur

37. L'assureur de la protection juridique intervient lorsque deux conditions prévues par le contrat sont réunies : le sinistre est matériellement et temporellement couvert et la cause n'apparaît pas dépourvue de chance de succès⁵⁴. Il fournit alors une prestation particulière en ce sens qu'elle

⁴⁹ Par exemple, art. 8 ch. 1 LCA : « *Eintritt des befürchteten Ereignisses* ».

⁵⁰ BRULHART, *Assurances privées*, p. 261 N 574.

⁵¹ ATF 119 II 468, consid. 2c.

⁵² VIRET, *Assista*, p. 380.

⁵³ A ce sujet, voir VIRET, *Jurisprudence*, p. 142 s. et 147.

⁵⁴ BRULHART, *Procès*, p. 72.

se compose potentiellement, à la différence de la plupart des assurances privées, de deux sortes de services : d'une part, une intervention directe sous la forme d'un service de conseil, de démarches ou de représentation ; d'autre part, une prestation indirecte par la fourniture d'une assistance financière en garantie des frais entraînés par la survenance du sinistre. Cette dualité de prestations est d'ailleurs expressément reconnue par le législateur⁵⁵ ainsi que par la jurisprudence⁵⁶.

38. On l'a vu (*supra* N 20), ces deux activités distinctes de l'assureur de la protection juridique constituent des prestations indemnitaires et sont propres à l'assurance dommages. En effet, que les démarches soient effectuées par un avocat indépendant facturant des honoraires ou par un avocat employé de l'assurance, auquel celle-ci verse un salaire, elles entraînent des frais que l'assureur assume et dont il décharge l'assuré⁵⁷.

a) Prestations directes de l'assureur

39. L'ordonnance prévoit que l'assureur de la protection juridique assume notamment à titre d'assurance de *fournir des services* dans des affaires juridiques (art. 161 OS) et ne se cantonne pas à la prise en charge des frais d'un éventuel procès. Ces prestations de service directes à l'assuré représentent une part non négligeable de son activité⁵⁸. Elles interviennent généralement dans un contexte extrajudiciaire dans le but de solutionner à l'amiable un conflit. Il s'agit d'une spécificité de l'assurance de la protection juridique de *traiter directement et personnellement* la cause d'assurance, à l'inverse de l'assurance-accidents par exemple, dont on n'attend bien évidemment pas qu'elle soigne elle-même ses assurés.
40. En pratique, lorsque le risque assuré se réalise dans un cas particulier, l'assuré a pour obligation d'annoncer la survenance du sinistre à l'assureur (art. 38 LCA). Une fois cette annonce communiquée, celui-ci

⁵⁵ Art. 161 OS ; voir BRULHART, *Procès*, p. 64.

⁵⁶ Par exemple : ATF 119 II 468, consid. 2c.

⁵⁷ BREHM, p. 6.

⁵⁸ HODEL, p. 10.

entreprend les premières démarches de couverture de protection juridique. Il le fera généralement par l'intervention de son service juridique, composé d'avocats et de juristes, ou via une entreprise gestionnaire des sinistres autonome⁵⁹. Il s'agira en principe des premières prises de contact avec la partie adverse de l'assuré telle que l'auteur d'un dommage, un créancier, un assureur responsabilité civile ou encore une autorité pénale ou administrative⁶⁰. Pour l'assureur, l'intérêt d'une intervention préalable par son propre service est évident sur le plan financier, dès lors que celle-ci est en général moins onéreuse que le mandat confié à un avocat indépendant⁶¹.

41. Il ressort des diverses conditions générales des principales compagnies d'assurance de la protection juridique en Suisse que l'intervention directe de l'assureur porte sur le traitement interne des cas juridiques, puis sur la représentation de l'assuré par l'assureur de la protection juridique auprès de la partie adverse ainsi que sur la fourniture de conseils directement à l'assuré. Les attributions des services juridiques internes de l'assureur sont ainsi larges et il est difficile de les détailler. On peut toutefois encore citer, à titre d'exemple, la médiation extrajudiciaire, voire la médiation au sens des art. 213 ss CPC, la fourniture de modèles de contrats ou de lettres ainsi qu'un appui au recouvrement de créances de l'assuré. Ces prestations directes sont fournies par des avocats – respectivement des juristes – salariés de l'assureur ou d'une entreprise de gestion des sinistres.
42. De manière synthétique, on peut donc dire que les prestations directes de l'assureur portent sur les démarches *préalables* à la survenance d'un litige à proprement parler, qui nécessite l'intervention en aval d'un avocat indépendant.
43. Les conditions générales prévoient souvent deux autres prestations directes de l'assureur, dont la spécificité est qu'elles ne relèvent pas à

⁵⁹ En cas d'assurance multibranche, conformément aux exigences des art. 32 al. 1 let. a LSA et 164 OS.

⁶⁰ BREHM, p. 6.

⁶¹ BREHM, p. 6.

proprement parler du contrat d'assurance. Il s'agit de la fourniture de *sûretés pénales* et de la *consultation juridique*.

44. Dans le premier cas, l'assureur fournit les sûretés que fixe l'autorité pénale à l'assuré afin d'éviter une détention préventive, en cas d'accident notamment. Cette prestation ne correspond pas à une prestation d'assurance, dès lors que l'assureur ne décharge pas, *stricto sensu*, son assuré d'un risque. Il lui consent plutôt un prêt au sens de l'art. 315 ss CO⁶². Il s'agit en réalité d'un contrat mixte d'assurance et de prêt à condition suspensive, à savoir la requête de l'assuré. Cela a notamment pour conséquence que l'art. 42 LCA – qui prévoit la possibilité de résiliation en cas de sinistre – ne s'applique pas à une telle prestation de l'assureur⁶³.
45. Dans le second cas, l'assureur offre une prestation de conseil et il n'est pas rare qu'elle intervienne en dehors de tout champ de couverture. Dans la pratique, l'assureur offre à son assuré de manière ponctuelle, selon des modalités variables en fonction des conditions générales, la possibilité de saisir le service juridique de l'assurance d'une question de droit. La prestation de conseil qui s'inscrit dans le contexte d'un litige est naturellement une prestation d'assurance⁶⁴. En revanche, tel n'est pas le cas du conseil prodigué en dehors de tout litige. En effet, la question ne surgit qu'en raison de l'interrogation de l'assuré et la caractéristique de la fortuité du sinistre fait conséquemment défaut⁶⁵. L'intérêt économique de l'assuré peut également faire défaut. C'est le cas lorsque, au bénéfice de la faculté de solliciter de l'assureur un renseignement juridique annuel, sans limites de domaine, mais à la condition que cela ne nécessite pas de recherches approfondies, l'assuré satisfait sa curiosité ou celle d'un proche⁶⁶. Les conséquences sont alors les mêmes qu'en cas de fourniture de sûretés pénales, comme indiqué précédemment. Dans ce cas, il peut en sus y avoir des conséquences en

⁶² BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁶³ BREHM, p. 7 s.

⁶⁴ BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁶⁵ BREHM, p. 8.

⁶⁶ BREHM, p. 8.

matière de responsabilité comme nous le verrons plus bas (*infra* N 63 ss).

b) Prestations indirectes de l'assureur

46. L'art. 161 OS prévoit que l'assureur de la protection juridique s'oblige à supporter des frais occasionnés par des affaires juridiques. Cette seconde catégorie de prestations correspond à une prestation caractéristique du contrat d'assurance, à savoir la couverture des frais engendrés par la survenance d'un sinistre. Il s'agit donc de prestations d'assurance de type indemnitaire au sens classique⁶⁷.
47. Cette prestation revêt un caractère généralement subsidiaire aux prestations directes de l'assureur, exception faite du cas d'un conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 let. b OS. En effet, les frais qui doivent être assumés ont trait à l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative faisant suite à l'échec des pourparlers menés par l'assureur pour l'assuré. A ce stade donc, l'intervention d'un avocat indépendant est normalement requise pour saisir ou répondre à l'autorité compétente⁶⁸.
48. Si l'intervention de l'avocat indépendant génère une partie importante des frais occasionnés par la survenance d'un sinistre, elle n'est pas la seule source desdits frais. Dans la pratique, l'assureur assume également les frais de procédure ainsi que les éventuels dépens, les frais de recouvrement pour l'encaissement de créances, les frais particuliers d'intervention d'un avocat de la première heure, les frais de traduction ou encore les frais de perte de salaire en cas d'audition de l'assuré.

III. Avocat employé de l'assurance

A. Généralités

49. La loi reconnaît à l'assureur de la protection juridique une double prestation dont l'intervention directe auprès de l'assuré par la

⁶⁷ BRULHART, *Procès*, p. 73.

⁶⁸ BREHM, p. 6.

fourniture de services juridiques (art. 161 OS). On l'a vu (*supra* N 39), cet aspect est une composante non négligeable de l'activité de l'assureur de la protection juridique⁶⁹. Malgré cette importance concrète, le législateur ne fait que la prévoir, mais s'abstient de la réglementer⁷⁰.

50. Dans la pratique, après qu'une affaire juridique a été annoncée à l'assureur par l'assuré et que ce dernier a fourni les renseignements et les procurations nécessaires, le service juridique de l'assureur ou l'entreprise gestionnaire des sinistres procède à un examen de la situation. Une fois la couverture d'assurance vérifiée, les démarches à entreprendre sont discutées avec l'assuré concerné. L'assureur mène alors généralement les négociations en tant que représentant de la personne assurée en vue d'obtenir un arrangement à l'amiable. Afin d'effectuer ces démarches, l'assureur emploie des juristes dont bon nombre sont des avocats.
51. S'il ne fait pas de doutes que la relation de base entre l'assureur et l'assuré relève du contrat d'assurance privée, force est de constater que, lorsque l'avocat œuvrant au sein d'une protection juridique *est* l'assureur du point de vue de l'assuré, la relation qui unit l'avocat – respectivement la compagnie d'assurance – à l'assuré peut, dans certaines situations, répondre à d'autres règles.
52. Le statut de l'avocat occupé par une compagnie d'assurance de la protection juridique n'a pas fait l'objet d'importants développements en doctrine. Nous proposons de confronter le statut de l'avocat employé par l'assurance avec le principe cardinal de l'indépendance (B), puis d'aborder les questions de l'application des règles du mandat à l'avocat-salarié (C) et du régime de responsabilité qui lui est applicable (D), pour terminer par la problématique de l'intervention de l'avocat de l'assurance comme représentant en justice (E).

⁶⁹ HODEL, p. 10.

⁷⁰ REYMOND, p. 12.

B. Principe d'indépendance

53. Au même titre qu'un juriste ou n'importe quel employé, l'avocat œuvrant au sein d'une assurance de la protection juridique est au bénéfice d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO et intervient donc à ce titre comme auxiliaire de son employeur au sens des art. 55 et 101 CO.
54. Compte tenu du lien de subordination qui lie l'avocat employé à l'assureur de la protection juridique, l'indépendance exigée d'un avocat inscrit au registre cantonal fait manifestement défaut dans le cadre de son emploi⁷¹. Celle-ci représente pour l'avocat en profession libérale, en plus d'être un devoir professionnel (art. 12 let. b LLCA), une condition *sine qua non* de son inscription au registre (art. 8 al. 1 let. d LLCA).
55. Qu'en est-il en revanche de l'avocat salarié qui, en plus de ses fonctions au sein de la compagnie d'assurance de la protection juridique, exerce ou souhaite exercer à titre d'indépendant ? Sur le principe, rien ne s'y oppose d'un point de vue purement technique⁷² tant et aussi longtemps que son indépendance est garantie. Le Tribunal fédéral a été amené à préciser les critères permettant d'interpréter ladite notion d'indépendance dans un arrêt de principe⁷³, ensuite confirmé à de multiples reprises⁷⁴.
56. Dans son arrêt topique, le Tribunal fédéral a interprété de manière conforme à la liberté économique le principe de l'exigence d'indépendance pour conclure que l'avocat, pour son activité comme avocat indépendant, ne peut être lié d'une quelconque manière à un employeur lui-même non inscrit au tableau des avocats. Ainsi, pour les avocats dont l'employeur n'est pas lui-même inscrit au registre des avocats, l'absence d'indépendance est présumée⁷⁵. Cette présomption peut toutefois être renversée à condition que les clauses du contrat de

⁷¹ ATF 130 II 87 ; BOHNET, *Professions judiciaires*, p. 47 N 42.

⁷² BRULHART, *Réglementation*, p. 252.

⁷³ ATF 130 II 87.

⁷⁴ Voir ATF 138 II 440, JdT 2013 I 135, consid. 6, qui reprend l'ensemble la jurisprudence.

⁷⁵ ATF 130 II 87, consid. 5.2.

travail démontrent clairement que l'employeur ne peut exercer aucune influence sur la gestion des mandats⁷⁶.

57. Partant, l'avocat employé par une assurance de la protection juridique qui entendrait exercer comme indépendant à côté de son travail salarié devrait veiller à ce qu'aucun lien avec son employeur ne puisse exister dans le cadre de son activité indépendante. Concrètement, cela signifie qu'il doit agir sous sa propre responsabilité, avoir un compte et une adresse postale séparés, disposer de ses propres locaux, utiliser dans tous les cas son propre papier à lettres et pouvoir être joint par téléphone, fax et courrier électronique séparément de son lieu de travail⁷⁷. L'indépendance doit ainsi être objectivement garantie. A cet égard, une simple garantie formelle, par convention, ne suffit pas lorsque l'employeur peut de fait influencer l'avocat ou intervenir d'une manière quelconque dans la conduite des mandats. Ce risque est d'autant plus grand lorsque le domaine d'activité de l'employeur est proche de celui de l'avocat ou que le temps consacré à l'activité indépendante d'avocat est restreint⁷⁸. Le Tribunal fédéral retient ainsi, concernant l'avocat employé par une assurance de responsabilité juridique, en précision de son arrêt de principe⁷⁹, que celui-ci ne peut en principe agir dans des domaines où son employeur assure la protection juridique, mais uniquement dans des affaires où ses clients ne sont pas eux-mêmes assurés auprès de son employeur et en n'agissant pas contre des personnes assurées par celui-ci. Le Tribunal fédéral précise encore qu'il appartient à l'avocat-salarié, comme à tout avocat, de déterminer dans chaque cas s'il jouit de l'indépendance voulue pour accepter un mandat. Ainsi, sans qu'il soit possible d'examiner toutes les situations qui pourraient se présenter, on peut imaginer que l'avocat-salarié devrait refuser certains mandats, par exemple s'il s'agissait de défendre des personnes attaquant une assurance de la protection juridique autre que celle pour laquelle il travaille dans un litige portant sur l'étendue du

⁷⁶ ATF 130 II 87, consid. 6.3.

⁷⁷ TF 2A.124/2005 du 25 octobre 2005, consid. 2.2.

⁷⁸ TF 2A.124/2005 du 25 octobre 2005, consid. 2.2.

⁷⁹ ATF 130 II 87.

risque couvert. Vu ce qui précède, la marge de manœuvre d'un avocat employé au sein d'une protection juridique paraît très limitée.

C. Application des règles relatives au contrat de mandat

58. L'assurance de la protection juridique prévoit parfois la fourniture d'un conseil juridique hors litige (*supra* N 45), qui peut être prodigué dans n'importe quel domaine du droit. Cette prestation, prévue par l'ordonnance (art. 161 OS), est généralement limitée à une occurrence par année d'assurance par les conditions générales. Le cas échéant, lorsque la consultation juridique intervient en dehors de tout litige – et donc en dehors de tout sinistre –, l'avocat de la protection juridique qui prodigue ses conseils avec la casquette de l'assureur agit sous l'égide d'un contrat de mandat⁸⁰.
59. Il en va de même de toute activité de prestations de services directes de l'assureur, qui, conformément à la nature de l'activité exercée par l'assureur et au rapport de confiance qui s'instaure avec l'assuré, impose que l'assureur assume les devoirs et les obligations d'un véritable mandataire. Il engage ainsi sa responsabilité contractuelle, non plus d'assureur, mais de mandataire, au sens de l'art. 398 CO, au-delà de la prestation de la protection juridique⁸¹. L'activité de cet avocat salarié est dans ces hypothèses, semblable à celle d'un avocat indépendant et les règles d'exécution sont bel et bien celles du mandat⁸².
60. D'ailleurs, dans les années 1940, alors que l'institution de la protection juridique était encore relativement nouvelle, la qualification première retenue par les tribunaux fut celle du mandat. Le juge ne violait alors pas le droit en qualifiant de mandat, et non de contrat de travail à l'époque, un contrat de protection juridique. Ces contrats, par lesquels une société s'obligeait envers ses cocontractants à leur prêter conseils et secours juridiques dans toutes les affaires d'assurance, étaient alors reconnus comme soumis aux règles du mandat⁸³. Peu importe

⁸⁰ BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁸¹ REYMOND, p. 12.

⁸² BREHM, p. 6 ; POLTERA, p. 59.

⁸³ DÜRR, p. 24 ; voir par exemple RSJ 1944, p. 110 N 67 et RSJ 1945, p. 342 N 167.

l'ancienneté de ces arrêts et l'évident contrat de base d'assurance privée aujourd'hui unanimement reconnu, la qualification initialement faite demeure d'actualité dans nombre de situations. Les règles du mandat demeurent – à tout le moins partiellement – applicables à la prestation de services de l'assureur confiée à ses avocats employés.

61. Les règles du mandat ne sont cependant applicables qu'à titre subsidiaire et de manière restreinte. Le contrat d'assurance demeurant au premier plan, l'assureur ne peut ainsi pas se prévaloir de l'art. 404 al. 1 CO pour mettre fin en tout temps à la couverture d'un sinistre. La fin du contrat est subordonnée aux conditions de la loi sur le contrat d'assurance, qui sont en général impératives ou semi-impératives⁸⁴.
62. En définitive, les règles du mandat trouvent application dans la relation entre l'assureur et l'assuré, à titre presque exclusif de celles de la loi sur le contrat d'assurance, lorsque l'assureur fournit une prestation sans la survenance d'un risque assuré et, à titre supplétif, dès que l'assureur agit comme un mandataire ordinaire, mais suite à la survenance d'un sinistre⁸⁵.

D. Responsabilité

63. Le régime de responsabilité de l'assureur et de son avocat employé est fonction du cadre légal qui vient d'être posé. C'est sur cette base qu'il faut par exemple analyser leur responsabilité lorsque, fournissant une prestation de service directe, l'avocat employé a omis d'interrompre en temps utile un délai de prescription ou d'accomplir un droit formateur, au détriment de l'assuré⁸⁶. Il en va de même en cas de conseils erronés facilitant une résolution du litige, mais préteritant les intérêts de l'assuré, comme le fait de retenir un dommage insuffisant faute d'avoir tenu compte du dommage ménager subi par l'assuré.
64. La responsabilité du mandataire sera en particulier engagée quand l'assureur intervient en dehors de la couverture d'assurance prévue par

⁸⁴ REYMOND, p. 13.

⁸⁵ REYMOND, p. 13.

⁸⁶ REYMOND, p. 12.

la police, notamment lorsqu'il prodigue un conseil à bien plaider qui s'avère être erroné et engendre la perte des droits de l'assuré.

65. Sous l'angle de la LCA, l'assureur répondra d'abord sur la base de l'art. 34 LCA, qui prévoit une responsabilité de l'assureur pour ses agents. L'assureur devra alors, à l'égard du preneur d'assurance, répondre des actes de son intermédiaire comme des siens propres. Toutefois, la responsabilité de l'assureur pour les actes et omissions de ses agents devra dans ce cas être définie selon les règles sur le mandat et les dispositions générales du CO, en particulier l'art. 101 CO, applicable comme nous l'avons vu à titre supplétif par renvoi de l'art. 100 al. 1 LCA (*supra* N 13).
66. En cas de dommage découlant de l'activité de l'avocat employé, la responsabilité de l'assurance ne saurait alors être limitée à la somme assurée prévue par la police⁸⁷.
67. Si la prestation de conseil fournie par l'avocat employé de l'assureur ne diffère pas dans sa nature et ses effets juridiques de celle de l'avocat indépendant, elle n'offre pas les garanties essentielles du secret professionnel et du devoir d'indépendance⁸⁸.
68. Nous sommes d'avis, avec REYMOND⁸⁹, que la rupture du lien de confiance entre l'assureur et l'assuré, ensuite d'une erreur de l'assureur en tant que mandataire, peut entrer dans la définition de situation de *conflit d'intérêts* et ainsi ouvrir un droit pour l'assuré à la consultation d'un avocat ou d'un mandataire spécialisé au sens de l'art 167 al. 1 let. b OS.

E. Représentation en justice

69. Se pose également la question de la possibilité pour l'assureur de représenter directement l'assuré en justice, par l'entremise de l'un de ses avocats. Elle n'est pas donnée et peut d'emblée être exclue lorsque cette activité relève du *monopole de l'avocat indépendant*, inscrit au registre

⁸⁷ REYMOND, p. 13.

⁸⁸ REYMOND, p. 13.

⁸⁹ REYMOND, p. 13.

cantonal⁹⁰. Cette exclusion se justifie de par le rôle particulier que joue l'avocat dans le cadre de l'administration de la justice⁹¹. Ainsi, à défaut de pouvoir reconnaître le même rôle social à l'assureur de la protection juridique, il se justifie qu'il ne puisse assumer la tâche de représentation en justice⁹². Une assurance de la protection juridique ne saurait par exemple être assimilée à une personne concernée au sens de l'art. 354 al. 1 let. b CPP et n'a donc pas la faculté de former opposition à une ordonnance pénale. Un ancien arrêt fribourgeois avait déjà pris cette position sous l'égide du Code de procédure pénale cantonal⁹³.

70. A tout principe ses exceptions. Il convient donc de réserver la possibilité de représentation que l'on pourrait admettre en dehors du monopole de l'avocat. La question relève de l'art. 68 CPC en matière civile, des art. 127 ss CPP en matière pénale, de l'art. 11 ss PA et du droit cantonal en procédure administrative et enfin de l'art. 40 LTF pour les procédures devant le Tribunal fédéral.
71. En matière civile, le CPC ne laisse que peu de place pour une telle représentation hors monopole. L'assureur de la protection juridique ne saurait être admis en tant que représentant à titre non professionnel (art. 68 al. 1 CPC *a contrario*)⁹⁴. Il ne saurait non plus être reconnu comme représentant qualifié au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC, faute d'être « *un partenaire social* » en matière de droit du travail et du bail ainsi qu'en raison de l'absence de « *spécialisation* » requise⁹⁵.
72. Reste uniquement la représentation dans les procédures sommaires de la LP (art. 251 CPC) par un représentant professionnel au sens de l'art. 68 al. 2 let. c CPC, lorsque le droit cantonal est muet. Si le canton n'a pas réglé spécifiquement la question qui relève de son champ

⁹⁰ BRULHART, *Réglementation*, p. 252.

⁹¹ ATF 140 III 555, consid. 2.3 ; 114 Ia 34, consid. 2b et les références citées.

⁹² Voir sur la question : BRULHART, *Réglementation*, p. 252 s.

⁹³ Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance, publication de l'Office fédéral des assurances privées, XIX recueil, n° 52.

⁹⁴ Comp. ATF 140 III 55.

⁹⁵ BOHNET/MARTENET, p. 418 N 959.

de compétence⁹⁶, il faut admettre selon nous que la représentation est libre⁹⁷.

73. Quant à l'assistance en cas de conciliation (art. 204 al. 2 CPC), la notion de conseil juridique contenue dans la disposition renvoie à notre sens aux catégories prévues à l'art. 68 al. 2 let. a, b et d CPC⁹⁸ et exclut ainsi la possibilité pour un avocat salarié d'une assurance de la protection juridique d'assister son assuré dans le cadre d'une conciliation.
74. En matière pénale, la défense des prévenus relève du monopole de l'avocat, exception faite de la procédure en cas de contravention si un canton admet cette exception (art. 127 al. 5 CPP). Le prévenu n'est cependant pas l'unique personne ayant faculté d'être assisté en matière pénale : la partie plaignante ainsi que les autres participants à la procédure peuvent également l'être par un conseil juridique (art. 127 al. 1 CPP). Il peut s'agir de toute personne de confiance, jouissant de la capacité civile et ayant une bonne réputation (art. 127 al. 4 CPP). Un avocat d'une assurance de la protection juridique remplira *a priori* naturellement ces conditions et devrait ainsi être autorisé à assister ces personnes.
75. De manière peut-être surprenante, un avocat employé d'une assurance de la protection juridique pourrait représenter son assuré devant le Tribunal fédéral, vu la formulation de la LTF (art. 40 LTF *a contrario*) en matière de droit public.

IV. Avocat indépendant et assuré

A. Généralités

76. Lorsque les prestations directes fournies par l'assureur au travers de son service juridique ne permettent pas de mettre fin au conflit opposant l'assuré et un tiers, l'assuré a droit à la garantie de la prise en charge des frais d'intervention d'un mandataire qualifié. L'art. 167

⁹⁶ ATF 138 III 396.

⁹⁷ Comp. pour le canton de Berne, RSPC 2011 284 ; voir BOHNET, *Procédure civile*, p. 117.

⁹⁸ BOHNET/MARTENET, pp. 408 ss N 941 ss ; CPC-BOHNET, art. 204 N 8.

al. 1 OS retient que le contrat d'assurance de la protection juridique doit prévoir que la personne assurée ait la liberté de choisir un mandataire ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure lorsqu'il faut faire appel à une telle personne en raison d'une procédure judiciaire ou administrative ou en cas de conflits d'intérêts. Les modalités de cette garantie ne sont pas réglées de manière totalement uniforme dans les conditions générales⁹⁹.

77. L'assuré et le représentant qualifié qui se voit confier la défense des intérêts du premier, sont liés par un mandat. Cette qualification ne fait aujourd'hui nul doute¹⁰⁰. Le fait qu'un client soit au bénéfice d'une assurance de la protection juridique n'y change rien : en soi, la relation n'est pas différente dans son essence de celle qui unit un avocat et son mandant en l'absence d'un assureur de la protection juridique. Le rôle de l'assurance n'a en effet trait qu'aux aspects financiers de l'intervention d'un avocat lorsqu'elle est nécessaire et non au contenu de ladite intervention en tant que telle.
78. La qualification du contrat de mandat ressort en outre des libellés de l'art. 167 OS qui consacre la liberté du choix d'un *mandataire* ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure et de l'art. 168 OS qui traite de l'engagement de l'assuré à délier son *mandataire* du secret professionnel à l'égard de l'entreprise d'assurance.
79. Les développements qui suivent portent sur le droit à un mandataire indépendant (B), sur le choix de l'avocat (C), sur la personne du mandant (D) et, enfin, sur la fin anticipée du mandat (E).

B. Droit à un mandataire indépendant

1. Principe

80. L'art. 167 al. 1 let. a OS prévoit que la personne assurée a la liberté de choisir un mandataire qualifié lorsqu'il est nécessaire d'y faire appel en raison d'une *procédure judiciaire ou administrative*. Ce droit existe également,

⁹⁹ BREHM, p. 1 (II).

¹⁰⁰ REYMOND, p. 13.

indépendamment de ce que prévoit la loi applicable à la procédure, lorsque les conditions générales garantissent le recours à un avocat dans une procédure judiciaire ou administrative¹⁰¹.

81. La lecture de la loi enseigne que ce caractère subsidiaire de l'intervention d'un mandataire indépendant souffre une exception qui est celle de la présence d'un *conflit d'intérêts*. La notion de conflit d'intérêts dans le cadre de cette disposition, non précisée par le législateur, est floue¹⁰². Dans ce cadre, DUTOIT en a retenu une définition que nous proposons de reprendre et mettre à jour afin de correspondre à la modification législative intervenue depuis : « il y a conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 let. b OS lorsqu'une personne, morale ou physique, gérant un sinistre relevant de l'assurance de la protection juridique doit ou risque de devoir faire un choix entre deux loyautés qui, pour des raisons objectives, s'imposent toutes deux à elle, mais sont en opposition »¹⁰³.
82. Le cas principal réside dans le *litige opposant deux assurés affiliés à la même compagnie de la protection juridique*. La protection juridique ne sera alors pas en position d'indépendance, car elle pourrait être tentée de régler le litige de la manière la plus économique, sans égard aux intérêts réels de ses assurés. Dans un tel cas, la garantie d'absence de conflit d'intérêts ne peut être qu'apportée par la liberté de choisir un mandataire indépendant en application de l'art. 167 al. 1 let. b OS¹⁰⁴. En outre, lors de la survenance d'un tel conflit d'intérêts, l'entreprise d'assurance ou l'entreprise gestionnaire des sinistres a une obligation accrue d'informer, systématiquement et dans le cas particulier, la personne assurée de son droit à un mandataire de son choix (art. 167 al. 3 OS). Vu le nombre restreint d'assureurs sur le marché et l'importance

¹⁰¹ DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁰² DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁰³ DUTOIT, p. 41 (II).

¹⁰⁴ Soulignons qu'il est surprenant que l'interdiction de conflit d'intérêts ne soit réglementée que dans le cadre d'une ordonnance et uniquement pour l'assureur de la protection juridique, à l'exclusion des autres branches d'assurance (comp. l'art. 12 let. b LLCA pour les avocats). Une telle interdiction devrait à notre sens être prévue de manière générale dans la LCA.

grandissante que prend celui-ci, la situation devrait se multiplier dans le futur, entraînant par ce biais un droit croissant à l'avocat indépendant.

83. La prévention des conflits d'intérêts est exprimée dans plusieurs dispositions relatives à la protection juridique. Il en va ainsi de l'art. 164 OS qui pose une série de conditions relatives à l'entreprise gestionnaire des sinistres afin de prévenir tout risque de conflit d'intérêts lorsqu'un assureur de la protection juridique fournit des prestations asséculo-logiques relevant d'autres domaines (par exemple la RC). Lorsqu'une entreprise gestionnaire des sinistres se voit saisie d'une affaire juridique mettant aux prises un assureur multibranche, son partenaire contractuel, et un assuré en protection juridique de ce même assureur, il n'y a en principe pas conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 let. b OS et l'assuré n'a ainsi pas la possibilité de mandater un tiers qualifié sur la base de cette disposition. En effet, les *cloisons étanches* fixées par l'art. 167 OS devraient, le cas échéant, suffire à assurer l'indépendance du gestionnaire des sinistres¹⁰⁵. Le doute est néanmoins permis et, selon nous, l'entreprise d'assurance de la protection juridique aurait alors tout intérêt à assumer une transparence complète en déléguant le dossier à un avocat indépendant pour garantir son intégrité ainsi que celle de son partenaire contractuel.

2. Personne du mandataire indépendant

84. Dès l'ouverture d'un procès, l'assureur doit garantir à l'assuré qu'il peut confier la défense de ses intérêts à un mandataire indépendant. De toute évidence, l'avocat exerçant en profession libérale est le premier professionnel visé par le législateur. Ce sera d'ailleurs toujours un avocat qui devra intervenir lorsque le sinistre assuré relève de l'un des domaines d'activités protégés par le monopole¹⁰⁶. L'art. 167 al. 1 OS ne garantit cependant pas le droit à un avocat indépendant hors monopole. Au contraire, cette disposition tient compte de l'étendue variable du monopole en prévoyant que le droit au choix d'un

¹⁰⁵ Voir DUTOIT, p. 40 (II), sous l'empire de l'ancien art. 8 OAPJ.

¹⁰⁶ Sur l'étendue du monopole, voir BOHNET/MARTENET, pp. 399 – 432.

mandataire indépendant de l'assuré concerne *un mandataire ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure.*

85. Ainsi, en *procédure civile*, l'art. 68 CPC prévoit que la représentation professionnelle est du ressort de l'avocat, exception faite au profit des représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC et, pour autant que le droit cantonal le prévoit, au profit des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés (devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire [art. 68 al. 2 let. b CPC]), et des mandataires professionnellement qualifiés (devant les juridictions spéciales en matière de droit du bail et de droit du travail [art. 68 al. 2 let. d CPC])¹⁰⁷.
86. Une spécificité de la Suisse¹⁰⁸ consiste à autoriser la partie au procès civil à être représentée à titre non professionnel par une personne de confiance, dont le choix est libre (art. 68 al. 1 CPC)¹⁰⁹. Un assureur ne saurait cependant imposer à l'assuré une personne de confiance, qui perdrait fatalement cette qualité en cas de refus de celui-ci. Il faut d'ailleurs retenir que l'art. 167 al. 1 OS exigeant un mandataire ayant les qualifications requises, vise par là les représentants professionnels, soumis aux restrictions de l'art. 68 al. 2 CPC.
87. S'agissant de la *procédure pénale*, alors que la défense du prévenu relève du monopole de l'avocat (art. 127 al. 5 CPP), le plaignant et les autres participants à la procédure peuvent être représentés par toute personne digne de confiance, jouissant de la capacité civile et ayant une bonne réputation au sens de l'art. 127 al. 4 CPP¹¹⁰. Une telle représentation sera néanmoins peu encline à être mise en pratique dès lors qu'il sera virtuellement impossible pour l'assureur de déterminer si les conditions de représentation sont réunies. Il pourrait en revanche assumer lui-même cette représentation.

¹⁰⁷ BOHNET, *Professions judiciaires*, p. 31 N 33.

¹⁰⁸ BOHNET, *Professions judiciaires*, p. 31 N 33.

¹⁰⁹ BOHNET, *Procédure civile*, p. 116 N 414.

¹¹⁰ BOHNET, *Professions judiciaires*, p. 31 N 33.

88. Enfin, en *procédure administrative*, si un monopole de l'avocat limité existe dans certains cantons¹¹¹, il ne s'agit toutefois pas de la règle et la représentation est largement ouverte. C'est également vrai devant le Tribunal fédéral où, à la différence des matières civile et pénale, peuvent par exemple agir comme représentants dans les matières relevant du droit public une fiduciaire, un syndicat, un professeur, un médecin ou même un proche¹¹². La représentation peut dès lors, dans le domaine du droit public, être directement assurée par un avocat employé par la compagnie d'assurance de la protection juridique. On ne peut ici que souligner l'importance de se référer aux réglementations cantonales en la matière.

C. Choix de l'avocat

1. Principe

89. Lorsque les prestations directes entreprises par l'assureur lui-même n'aboutissent pas au résultat escompté ou en cas de conflit d'intérêts, l'assuré a droit à la garantie de la prise en charge des frais d'intervention d'un mandataire ayant les qualifications requises par la loi applicable à la procédure (art. 167 al. 1 OS). Comme nous l'avons vu (*supra* N 84), il s'agit dans la pratique généralement d'un avocat, une grande partie des procédures à entamer relevant du monopole de cette profession¹¹³.
90. La loi garantit alors à l'assuré le libre choix de l'avocat qu'il entend mandater (art. 167 al. 1 OS) et l'assureur ne peut donc jamais imposer l'avocat de son choix à l'assuré¹¹⁴.
91. Cette liberté de choix n'est néanmoins pas absolue, et ce pour deux raisons. Premièrement, l'assuré doit en principe requérir l'accord de son assureur quant à l'avocat à qui il entend confier la défense de ses intérêts. Deuxièmement, la loi laisse à l'assureur la possibilité de ne pas accepter l'avocat proposé par l'assuré. Le cas échéant, il doit cependant

¹¹¹ BOHNET/MARTENET, p. 427 N 978.

¹¹² Voir LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 12.

¹¹³ BREHM, p. 1 (II).

¹¹⁴ BREHM, p. 1 (II).

garantir le libre choix – relatif – de l'assuré en ayant pour obligation d'accepter un des trois autres avocats que l'assuré propose en substitution à son premier choix (art. 167 al. 2 OS). Cette hypothèse doit néanmoins être prévue par le contrat d'assurance selon la lettre de la disposition précitée. A défaut, nous sommes d'avis que l'assureur devrait accepter le choix de son assuré. Dans le cas contraire, l'assureur pourrait refuser jusqu'à ce que l'assuré propose un avocat dont elle s'accommode, ce qui serait contraire au principe du libre choix.

92. L'assureur a, par définition, pour but de limiter et contenir autant que faire se peut les frais de sa garantie – en particulier les honoraires de l'avocat – et le choix de ce dernier doit donc tenir compte d'objectifs en partie antinomiques¹¹⁵. En effet, l'assuré désire nécessairement remettre ses intérêts en mains d'un avocat bénéficiant de sa confiance, aspect souvent lié au prestige du mandataire ainsi qu'au caractère onéreux qui l'accompagne¹¹⁶.
93. Le système mis en place par l'art. 167 OS constitue ainsi un équilibre¹¹⁷. Dans ce cadre, la possibilité de refus de l'avocat choisi se justifie par la possibilité de mettre en premier lieu en œuvre une solution menée par le service juridique interne de l'assureur afin d'obtenir le succès escompté à l'amiable¹¹⁸. Un possible refus s'explique également par des motifs économiques et une volonté d'économiser des frais inutiles, lorsque par exemple l'avocat initialement proposé serait spécialisé dans un tout autre domaine que celui dont relève le litige ou encore serait réputé demander des honoraires particulièrement élevés¹¹⁹. Ainsi, sans surprise, il ressort, à notre connaissance, de l'ensemble des conditions générales que toutes les compagnies exploitant l'assurance de la protection juridique en Suisse ont fait usage de cette prérogative donnée par le législateur.

¹¹⁵ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁶ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁷ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁸ BREHM, p. 7.

¹¹⁹ BREHM, p. 1 (II).

94. Nous partageons l'avis de DIDISHEIM qui souligne que la compagnie d'assurance ne saurait subordonner cette liberté de choix à des conditions plus sévères que celles énoncées dans la loi¹²⁰. La plupart des conditions générales spécifient que, s'agissant des trois autres avocats que l'assuré peut proposer, ils ne doivent pas appartenir à la même étude ou être liés entre eux d'une quelconque manière. Quant à la territorialité, les conditions générales prévoient également parfois que l'avocat doit être installé dans le canton du siège du tribunal compétent, voire de manière extrêmement restrictive, qu'il doit être établi dans la juridiction du tribunal compétent. Si une telle clause devait être admissible, elle aurait pour conséquence pratique de ne pas permettre l'intervention d'un avocat installé par hypothèse dans la commune de Val-de-Ruz devant le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers à Neuchâtel, alors même qu'il serait établi plus proche de ce tribunal que de celui à la juridiction duquel il appartient (Tribunal régional des Montagnes et du Val-de-Ruz). Ne reposant sur aucun motif sérieux, on ne peut présumer que le législateur ait souhaité permettre un tel aménagement du libre choix prévu dans l'ordonnance.

2. Autorisation préalable de l'assureur

95. De nombreuses conditions générales prévoient que, si le mandat est confié à un avocat sans l'autorisation préalable de l'assureur, celui-ci se réserve le droit de refuser la totalité de la prise en charge des frais. BREHM relate une ancienne jurisprudence neuchâteloise dans laquelle ce principe semble être confirmé¹²¹. La portée d'une telle clause doit cependant être relativisée, compte tenu du comportement naturel de l'assuré.
96. Il est fréquent que l'assuré consulte d'abord un avocat et le mandate pour défendre ses intérêts dans une affaire juridique, puis lui indique être au bénéfice d'une assurance de la protection juridique. Or admettre la validité pure et simple d'une telle clause aurait pour conséquence de permettre à l'assureur de refuser la prise en charge des frais

¹²⁰ DIDISHEIM, p. 118.

¹²¹ BREHM, p. 7.

systématiquement en indiquant refuser l'avocat qui la contacte, prétextant son absence de consentement préalable.

97. Nous partageons l'avis de DIDISHEIM qui souligne que cette restriction n'est, telle quelle, pas conforme à l'art. 167 al. 2 OS et contraire à la nature même de l'assurance de la protection juridique en vertu de laquelle, dès la réalisation du risque, soit dès la survenance du besoin d'assistance juridique, l'assuré peut prétendre à une garantie de couverture dans les limites prévues par la police¹²². Ainsi, la décision d'assumer les frais ne dépend pas de la volonté de l'assureur, contrairement à ce que prévoit ce genre de clause, mais bien de la survenance du sinistre, à savoir la réalisation du risque¹²³. A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle, a conclu au fait que la directive 87/344/CEE, dont l'OS est une adaptation autonome (*supra* N 10), avait pour objectif de protéger de manière large les intérêts des assurés et que partant, le libre choix de l'avocat par l'assuré ne peut pas être limité aux seules situations dans lesquelles l'assureur *décide* qu'il faut faire appel à un conseil externe¹²⁴. Comme c'est souvent le cas en pratique, lorsque l'assuré mandate un avocat prématurément et que la compagnie ne l'accepte pas, la seule sanction consistera, pour l'assureur, à réduire ses prestations, soit à les limiter au strict cadre de la couverture prévue en refusant la prise en charge de frais supérieurs¹²⁵. Cette solution apparaît raisonnable dès lors qu'il a déjà été admis que le silence de l'assureur pouvait valoir acceptation tacite. BREHM cite en effet une jurisprudence lucernoise qui précise que l'on peut admettre le silence de l'assureur comme consentement tacite, mais uniquement si ledit silence devait être interprété dans ce sens¹²⁶.

¹²² DIDISHEIM, p. 118 ss.

¹²³ ATF 119 II 468, consid. 2c.

¹²⁴ CJCE, aff. C-442/12, du 7 novembre 2013 (Jan Sneller contre DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV), notamment §§ 23-24.

¹²⁵ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹²⁶ BREHM, p. 7 ; arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance, publication de l'Office fédéral des assurances privées, VII recueil, n° 280.

3. Proposition par l'assureur

98. La loi garantit à l'assuré le libre choix du mandataire auquel il souhaite confier la défense de ses intérêts (art. 167 al. 1 OS). Ainsi, à suivre la volonté du législateur, il apparaît que les assurances de la protection juridique devraient systématiquement informer leurs assurés de leur prérogative du libre choix. Dans la pratique, ce n'est pourtant presque jamais le cas. En effet, les assureurs, disposant fréquemment d'un réseau d'avocats de confiance, ont un intérêt évident à ce que ces avocats soient choisis par l'assuré. Cette influence s'exerce selon nous au détriment du libre choix de l'avocat si l'assureur n'informe pas au préalable l'assuré de sa liberté.
99. Certes, on ne peut ignorer le fait qu'un grand nombre de justiciables ne connaît pas d'avocat et n'a d'ailleurs aucune connaissance en la matière. D'ailleurs, à la naissance d'un conflit, l'assurance de la protection juridique sera souvent le premier intervenant pour conseiller l'assuré. Celle-ci aura dès lors tout loisir d'orienter, de manière plus ou moins poussée, l'assuré vers un avocat ayant d'ores et déjà sa bénédiction. Faute d'autre source d'information, l'assuré sera souvent enclin à laisser l'assureur décider de l'avocat qui recevra le mandat.
100. Selon SCHMID, il n'y aurait qu'une seule compagnie en Suisse qui informerait systématiquement ses assurés de leur libre choix quant à leur représentant, les autres essayant systématiquement d'influencer le choix de leurs assurés¹²⁷. Ainsi, une vaste majorité des compagnies d'assurance pratiquant la protection juridique tiennent à cet effet des listes d'avocats dits de confiance, proposées aux assurés qui le demandent¹²⁸. De telles listes ne sont admissibles qu'à la condition d'être *suffisamment larges* et *objectives* pour ne pas remettre en cause le principe du libre choix inscrit aux art. 32 al. 1 let. b LSA et 167 OS.
101. Des listes de quelques avocats par régions, proposées systématiquement aux assurés, violent à notre sens le principe du libre choix, d'autant plus lorsque celui-ci n'est en aucun cas rappelé à

¹²⁷ SCHMID, p. 68.

¹²⁸ BOHNET/MARTENET, p. 506 N 1178 ; DIDISHEIM, p. 120.

l'assuré, qui se retrouve avec le choix entre deux ou trois noms, pratiquement imposés par l'assurance.

102. En outre, une éventuelle liste doit être établie sur la base de *critères objectifs* de compétences et non sur la base de l'acceptation par l'avocat de conditions portant atteinte à son indépendance : acceptation générale des mandats à des conditions financières négociées à l'avance, implicitement contre un flux de dossiers, copie de l'ensemble des actes du dossier systématique et gratuite, etc. Il n'est pas plus admissible que les employés d'une assurance de la protection juridique proposent comme avocats des connaissances personnelles, sans examen spécifique de leurs compétences.
103. Se pose aussi la question pour l'avocat de son *devoir de diligence* (art. 12 let. a LLCA), dont la doctrine reconnaît de manière unanime qu'il comprend le devoir de ne pas porter atteinte au principe du libre choix de l'avocat¹²⁹. L'art. 5 du Code suisse de déontologie retient ainsi que : « [l']avocat ne passe aucun accord contraire au principe du libre choix de l'avocat ». L'art. 22 dudit Code précise que « [l']avocat ne verse aucune commission à des tiers pour leur apport de mandats. De même, il n'accepte aucune commission s'il transmet le dossier à un tiers ».
104. Dès lors, un avocat ne devrait pas accepter de figurer sur une liste (écrite ou tacite) dont il connaît le caractère restreint. Il devrait s'assurer qu'elle est suffisamment large et qu'elle tient compte de ses compétences objectives (de même qu'il ne peut faire de la publicité que si elle objective, art. 12 let. d LLCA¹³⁰). Il devrait aussi s'abstenir de conclure des conventions-cadres le liant d'une manière ou d'une autre à l'assurance, ce d'autant plus lorsqu'il s'engage à intervenir à un certain tarif négocié d'avance. De telles conventions portent nécessairement atteinte à son indépendance, puisqu'elles le lient à l'assurance hors mandat pour un assuré. On peut aussi s'interroger sur la possibilité pour un avocat de participer à des réunions d'avocats-conseils de l'assurance, dans la mesure où elles visent manifestement à s'assurer de

¹²⁹ Voir par exemple : BOHNET/MARTENET, p. 505 N 1175 ; BRETTON-CHEVALLIER, p. 218 ; FELLMANN/ZINDEL, art. 12 N 20 et N 81 ; HAUSER, p. 127 ; STAEHELIN, p. 630 N 28.

¹³⁰ ATF 139 II 173.

liens privilégiés avec l'avocat indépendant. Or, on l'aura compris, les exigences posées par le Tribunal fédéral à l'égard de l'avocat employé (*supra* N 54 ss) démontrent que tout lien susceptible d'influencer l'indépendance de l'avocat à l'égard de son client est à proscrire. L'avocat n'est pas au service de l'assurance de la protection juridique, mais de son client¹³¹.

105. BRULHART relève que l'assurance de la protection juridique est soucieuse de sa réputation et qu'elle veillera en conséquence à privilégier une défense efficace en faveur des intérêts de son assuré¹³². Il n'empêche que les listes éventuellement dressées demeurent relativement opaques et qu'elles sont souvent fonction de critères financiers ou de liens particuliers entre conseils de l'assurance et avocat indépendant. On ne peut dès lors que regretter que cette problématique ne fasse pas l'objet d'une réglementation plus détaillée, vu le caractère fondamental du principe d'indépendance de l'avocat exerçant en profession libérale.

4. Indépendance de l'avocat

106. Nous avons d'ores et déjà abordé diverses problématiques en lien avec l'indépendance de l'avocat-salarié (*supra* N 54 ss). Il sera ici question de l'indépendance en lien avec le choix de l'avocat. L'indépendance est pour l'avocat une condition d'inscription au registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d LLCA) ainsi qu'une règle professionnelle (art. 12 let. b LLCA). Il s'agit d'un principe fondamental de la profession qui justifie l'instauration du monopole¹³³ dont bénéficient les avocats.

¹³¹ Il n'existe pas de jurisprudence sur ce thème en Suisse. En Allemagne, n'est pas admis l'engagement d'un avocat de représenter les membres d'une association ou les clients d'une assurance de la protection juridique, qui, d'après les statuts, respectivement les conditions générales, n'ont pas un choix effectif du mandataire ; FEUERICH, § 3 BRAO N 47 et KOCH § 3 BRAO N 34, ainsi que la jurisprudence citée.

¹³² BRULHART, *Procès*, p. 68.

¹³³ TF, RDAF 1986 157. Sur la notion de l'indépendance de l'avocat, voir BOHNET/MARTENET, pp. 545 ss.

107. Dans ce contexte, la situation est par exemple délicate lorsqu'un même avocat se voit confier systématiquement ou régulièrement par un assureur le traitement des dossiers de ses assurés, souvent sur la base de son inscription dans une liste d'avocats-conseils dressée par l'assurance. L'assureur devient alors un important fournisseur de travail pour l'avocat qui pourrait être tenté de ne plus avoir qu'uniquement les intérêts de ses clients à l'esprit, mais plutôt une volonté de satisfaire l'assureur, afin de s'assurer de se voir confier un fonds de commerce suffisant sur le long terme. L'avocat pourrait, dans cette optique, par exemple limiter son intervention au détriment des intérêts de son client, afin de réduire les honoraires que l'assureur devra prendre en charge. Néanmoins, il appartient à l'avocat de résister à cet intérêt propre en se rappelant que son devoir de diligence n'est pas différent en cas d'honoraires réduits.
108. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un avocat, également cadre supérieur d'une assurance de la protection juridique, ne pouvait pas représenter, dans le cadre du monopole de l'avocat, des clients assurés auprès de son employeur. En effet, une telle manière de faire constitue une violation du principe de l'indépendance, justifiant en l'espèce une décision de l'autorité de surveillance d'interdiction de pratiquer. On saisit au travers de cette décision l'importance cardinale du principe d'indépendance¹³⁴.
109. Préalablement, le Tribunal fédéral avait jugé à plusieurs reprises¹³⁵ que le respect du devoir d'indépendance par un avocat pratiquant, par ailleurs employé par un tiers, était garanti malgré le versement d'une indemnité forfaitaire pour son travail. Une telle pratique est clairement contraire au principe de l'indépendance de l'avocat, tel que résultant désormais de l'art. 12 let. b LLCA¹³⁶. Elle ne peut être cautionnée en droit actuel. La convention entre l'assureur et l'avocat indépendant portant sur une rémunération à forfait viole précisément le principe

¹³⁴ ATF 123 I 193, consid. 4d à 4f.

¹³⁵ Voir par exemple ATF 113 Ia 279, JdT 1989 I 116 et les autres arrêts cités dans l'ATF 123 I 193, consid. 4b.

¹³⁶ ATF 130 II 87 ; BOHNET, *Professions judiciaires*, p. 48 ss.

d'indépendance de l'avocat¹³⁷. Cela contreviendrait au fait que le montant des honoraires doit être approprié et déterminé selon les circonstances du cas d'espèce, la difficulté et l'importance de l'affaire, l'intérêt du client, l'expérience de l'avocat, les usages en la matière et l'issue de la procédure comme le préconise l'art. 18 du Code de déontologie édicté par la FSA. Le lien entre l'avocat indépendant et l'assureur serait empreint d'aspects de subordination incompatibles avec la profession d'avocat. L'engagement que souscrirait l'assureur de conférer à l'avocat une entière liberté dans la conduite de son mandat ne constituerait pas à cet égard une cautèle suffisante¹³⁸.

D. Personne du mandant

110. Si le choix du mandataire, sous réserve de quelques tempéraments, appartient à l'assuré, demeure en revanche la question de savoir qui, une fois le choix effectué et approuvé, de l'assureur ou de l'assuré confie le mandat à l'avocat indépendant. La doctrine propose plusieurs approches.
111. BRULHART envisage que l'assureur puisse conclure le mandat avec l'avocat, mais pour le compte et au nom de l'assuré en tant que *représentant matériel* au sens des art. 32 ss CO. Cette solution ne saurait être retenue dès lors qu'il est douteux que l'assuré ait donné, au moment de la souscription de l'assurance, pleins pouvoirs de représentation à son assureur, ce que souligne d'ailleurs cet auteur lui-même¹³⁹.
112. Une autre solution plus rependue en doctrine consiste à retenir une relation contractuelle tripartite liant nécessairement l'assuré, l'assureur et l'avocat et relevant de la *stipulation pour autrui* (art. 112 CO). Dans cette construction, soutenue notamment par BREHM¹⁴⁰, c'est l'assureur

¹³⁷ DIDISHEIM, p. 121.

¹³⁸ DIDISHEIM, p. 121.

¹³⁹ BRULHART, *Procès*, p. 65.

¹⁴⁰ Notons que BREHM admet cette solution tout en réservant la possibilité que le mandat émane de l'assuré, laissant à l'époque aux conditions générales le soin de régler la question ; BREHM, p. 2 s. (II).

qui mandate l'avocat. Il conclut avec celui-ci une stipulation pour autrui, l'assuré en étant alors le bénéficiaire¹⁴¹. Qu'elle soit envisagée de manière parfaite (l'assuré est en droit de réclamer directement la prestation de l'avocat) ou imparfaite (seul l'assureur peut imposer l'exécution à l'avocat mandaté¹⁴²), cette approche donne à l'assureur toute latitude pour donner des instructions à l'avocat quant à la conduite du mandat, y compris procéder à une éventuelle résiliation au sens de l'art. 404 al. 1 CO. Il n'existe en définitive aucun lien entre l'avocat et l'assuré.

113. Une telle conception ne saurait être suivie, pour plusieurs raisons. Premièrement, la stipulation pour autrui n'est pas un contrat, mais un mode spécialement convenu de l'exécution de l'obligation, valable pour tout contrat générateur d'obligations¹⁴³. Il n'y a ainsi pas de rapport contractuel tripartite qui se crée en l'espèce via une stipulation pour autrui¹⁴⁴. Elle n'opère pas non plus de transfert du contrat. Le rapport juridique s'établit et subsiste fondamentalement entre le stipulant et le promettant.
114. Deuxièmement, dès lors qu'il n'y a pas de transfert de contrat et que le rapport juridique établi subsiste uniquement entre le stipulant (l'assureur) et le promettant (l'avocat)¹⁴⁵, il en découle une absence complète de lien entre l'avocat et l'assuré, ce qui n'est pas conforme à la nature des rapports, de confiance notamment, qui unissent d'ordinaire l'avocat à son client¹⁴⁶. L'assuré ne serait ainsi que créancier de la prestation de l'avocat, qui plus est potentiellement aux côtés de l'assureur, si l'on devait admettre une stipulation pour autrui parfaite. Cela heurte manifestement le fait que l'avocat doit être aux services de celui dont il défend les intérêts et non de celui qui le rémunère, mais

¹⁴¹ BREHM, p. 2 (II).

¹⁴² Il s'agit apparemment de la position de BREHM qui préconise que se forme une stipulation pour autrui imparfaite au sens de l'art. 112 al. 2 CO ; voir BREHM, p. 2 (II).

¹⁴³ CR CO I-TEVINI/DU PASQUIER, art. 112 N 2. ; BK OR-WEBER, art. 112 N 15 ; TERCIER, p. 235 N 1046 ; BUCHER, p. 475.

¹⁴⁴ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁵ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁶ BRULHART, *Procès*, p. 65 s.

surtout, cela représente une violation crasse du principe élémentaire d'indépendance. Donner la qualité de mandant à l'assureur, c'est autoriser ce dernier à fournir des instructions quant à la tenue du dossier, ce que l'assuré pourrait désapprouver dès lors qu'ils ne sont pas mus par les mêmes intérêts. Ce probable conflit d'intérêts rend impensable de retenir cette thèse, BREHM reconnaissant d'ailleurs lui-même la probabilité d'un tel conflit et les difficultés qui en résultent¹⁴⁷.

115. Troisièmement, à la lecture de l'ordonnance, l'art. 168 OS laisse apparaître que c'est bien l'assuré qui mandate l'avocat dès lors qu'il doit délier *son* mandataire du secret professionnel à l'égard de l'assureur. Cette thèse prônant une absence de lien juridique entre l'avocat et son client n'est ainsi pas conciliable avec la nature éminemment *intuitu personae* du mandat d'avocat, qui est soumis au secret professionnel, à l'exigence d'indépendance et à son corollaire interdisant strictement les conflits d'intérêts¹⁴⁸.
116. Il faut, dans ces conditions, admettre que le mandat lie l'avocat et l'assuré. Ce n'est que dans ce modèle que l'avocat jouit de sa pleine, entière et nécessaire indépendance, climat propice à une conduite sereine des intérêts confiés¹⁴⁹. C'est donc exclusivement l'assuré qui mandate l'avocat qu'il a choisi après avoir obtenu l'approbation de l'assureur. Il n'est pas inutile de reprendre l'exemple de REYMOND qui transpose la problématique dans le domaine médical. Dans cette hypothèse plus parlante, il est évident que le patient est le seul mandant du médecin, à l'exclusion de l'assureur-maladie ou accident, en raison des évidents intérêts commerciaux qui les animent. Vu la nature de la relation entre l'avocat et son client, rien ne justifie d'appliquer d'autres principes¹⁵⁰.
117. D'ailleurs, le projet de révision totale de la loi sur le contrat d'assurance retient expressément à l'art. 97 P-LCA que seul l'assuré peut confier le mandat à l'avocat. Cette conception place en son cœur le rapport de

¹⁴⁷ BREHM, p. 2 (II).

¹⁴⁸ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁹ BRULHART, *Procès*, p. 66.

¹⁵⁰ REYMOND, p. 13 s.

confiance qui naît entre l'avocat et son client. Ce dernier peut ainsi mettre en œuvre, de façon autonome, les droits du mandant ; il peut donner des instructions à son mandataire, cas échéant résilier la relation contractuelle au sens de l'art. 404 al. 1 CO. L'assuré reste néanmoins tenu de diminuer le dommage, une exigence d'approbation étant à cet égard souvent prévue dans les conditions du contrat d'assurance pour certaines décisions de principe telles que l'ouverture d'une instance, le recours ou la transaction¹⁵¹. Si l'assureur ne fournit pas son approbation, la divergence d'opinions qui en découlera sera de nature à ouvrir une procédure à son propos (*infra*, N 159 ss). Celle-ci aura lieu entre l'assureur et l'assuré, mais *via* les conseils de l'avocat qui peut à notre sens tout à fait représenter son client dans cette procédure extrajudiciaire.

E. Fin anticipée du mandat

118. Il arrive que, dans le cadre d'une relation de mandat, le client ne soit pas satisfait par la manière dont l'avocat gère ses intérêts. La situation inverse peut également se produire, à savoir lorsque l'avocat estime que le lien de confiance le liant à son mandant est rompu et qu'il ne souhaite pas poursuivre son exécution. Sous l'angle du mandat, ces situations ne sont en elles-mêmes pas problématiques, dès lors que les parties au mandat peuvent le révoquer ou le répudier en tout temps (art. 404 al. 1 CO).
119. Si le mandataire répudie le mandat, l'assuré doit pouvoir bénéficier d'un nouveau mandataire, à moins que la répudiation soit un *fait* dont répondrait l'assuré, ce qui ne devrait pas pouvoir être démontré, compte tenu du secret professionnel liant l'avocat à son client. La question se pose différemment en cas de résiliation par le mandant. Quel est dans cette situation le sort du contrat d'assurance ? BREHM est d'avis qu'il faut normalement l'interpréter comme un *renoncement au maintien de la prestation de l'assureur* dans le sinistre en cours. En revanche, il n'a pas d'influence sur la suite du contrat, lequel reste en vigueur¹⁵².

¹⁵¹ BRULHART, *Procès*, p. 66.

¹⁵² POLTERA, p. 59.

La déchéance résultant de la dénonciation du mandat n'a pas d'effet rétroactif. L'assureur doit donc payer les honoraires de l'avocat qui ont déjà couru¹⁵³.

120. Dans cette hypothèse, il se peut que l'assuré n'entende pas renoncer aux prestations d'assurance et exige de pouvoir mandater un nouvel avocat. Or un deuxième mandat renchérit la défense de l'assuré, et l'assureur peut alors exiger de celui-ci qu'il supporte les frais supplémentaires, à moins qu'il ne justifie objectivement les motifs de la révocation du premier mandataire (manque de disponibilité de celui-ci, erreurs procédurales, etc.). En effet, le renchérissement est un *fait* dont répond l'assuré, au sens de l'art. 44 CO, auquel renvoie l'art. 99 al. 3 CO, lui-même applicable ici en vertu de l'art. 100 LCA. L'assureur pourrait aussi invoquer l'art. 61 al. 1 LCA (obligation de sauvetage) ; cependant, cette disposition prévoit l'exigence d'une contravention *inexcusable*, alors que l'art. 44 CO ne pose pas cette condition¹⁵⁴.

V. Avocat indépendant et assureur

A. Généralités

121. L'assureur intervient dans une certaine mesure lors du choix de l'avocat par son assuré (*supra* N 89 ss). Mais ses contacts avec le mandataire en question ne se terminent pas là. Une fois le choix effectué, l'assureur ne se désintéresse naturellement pas de l'évolution du mandat¹⁵⁵. Il demeure donc à traiter la question, passionnante mais épineuse, de la nature juridique de la relation entre l'avocat et l'assureur (B). Nous examinerons ensuite s'il existe en soi une concurrence entre l'assureur et l'avocat (C). Les honoraires de l'avocat devront également être discutés (D), particulièrement l'interdiction du *pactum de quota litis* (E), ainsi que le sort du secret professionnel (F), la procédure à suivre en cas de litige sur les chances de succès (G) ainsi que la fin de la relation (H).

¹⁵³ BREHM, p. 3 (II).

¹⁵⁴ BREHM, p. 3 (II).

¹⁵⁵ HODEL, p. 12.

B. Nature juridique de la relation

122. Pour les raisons mentionnées précédemment, nous partons du postulat que le mandat est nécessairement fourni à l'avocat par l'assuré. Dès lors, on peut se demander s'il existe finalement une quelconque relation juridique entre l'avocat et l'assureur¹⁵⁶. En effet, comme le souligne DUTOIT, lorsque l'assuré fait usage de son droit de confier la défense de ses intérêts à un avocat, l'assureur ne s'occupera à aucun moment et en aucune façon du règlement du sinistre¹⁵⁷. Pourtant, en pratique, l'assureur ne disparaît pas durant l'exécution du mandat par l'avocat et un lien, à tout le moins professionnel, demeure. Qu'en est-il juridiquement ? La doctrine n'est pas unanime à ce sujet. Elle n'est pas non plus prolixe en la matière et la plupart des auteurs passent comme chat sur braise sur cette question.
123. Une partie de la doctrine soutient la thèse de la stipulation pour autrui que nous avons déjà analysée et à laquelle nous ne pouvons adhérer en la forme proposée (*supra* N 111). Selon cette conception, l'assureur se fait promettre par l'avocat, contre rémunération, une prestation en faveur de l'assuré sous la forme d'une assistance juridique. Dans cette configuration, l'avocat est le débiteur tant de l'assureur que de l'assuré si la stipulation est parfaite. Il est en outre le créancier de l'assureur pour ce qui est de ses honoraires sur la base du mandat que ce dernier lui confie¹⁵⁸. Il n'y aurait néanmoins aucun lien entre l'assuré et l'avocat, dès lors que le premier n'est pas le client du second, ce qui n'est pas envisageable. L'assureur n'a aucun droit de donner des instructions à l'avocat, qui est le seul maître de sa relation avec son client¹⁵⁹.
124. En réalité, au terme de l'affaire – voire au cours de l'affaire pour les assureurs garantissant des honoraires intermédiaires – l'avocat possède bien une créance envers l'assureur et donc un droit à ce que celui-ci prenne en charge ses honoraires dans les limites prévues par le contrat d'assurance. Cette créance ne découle néanmoins pas du mandat.

¹⁵⁶ REYMOND, p. 15.

¹⁵⁷ DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁵⁸ Voir DIDISHEIM, p. 117.

¹⁵⁹ REYMOND, p. 15.

125. L'avocat et l'assureur ne passent cependant pas de convention à ce propos et ne sont pas liés contractuellement. Le contrat d'assurance en particulier ne lie pas l'avocat et les conditions générales ne prévoient pas de règles lui conférant un droit d'exiger de l'assurance la couverture de ses honoraires au cas où cette dernière lui communiquerait ses conditions contractuelles. L'avocat n'est pas non plus au bénéfice d'un privilège légal, à la manière du lésé dans l'assurance de responsabilité civile, auquel l'art. 60 LCA réserve expressément un gage légal sur l'indemnité¹⁶⁰.
126. Comme le relève REYMOND, le recours à la stipulation pour autrui est nécessaire¹⁶¹. Aucune autre construction juridique ne permet d'expliquer les diverses relations qui s'instaurent entre les intervenants. Il faut cependant attribuer le bon rôle au bon intervenant¹⁶². Ainsi, ce n'est pas le mandat qui représente la relation de couverture, mais bien le contrat d'assurance.
127. La stipulation pour autrui est le fait de l'assuré, qui demande à son cocontractant d'exécuter sa prestation en faveur d'un tiers, à savoir l'avocat. En d'autres termes, c'est l'assuré (stipulant) qui fait promettre à l'assureur (promettant) qu'il effectuera sa prestation du contrat d'assurance – en l'espèce la prise en charge de la note d'honoraires de l'avocat, qui correspond elle-même à la prise en charge des frais relatifs à une affaire juridique au sens de l'art. 161 OS – en faveur de l'avocat (bénéficiaire) et non en sa faveur¹⁶³.
128. Le rapport de couverture lie donc l'assuré et l'assureur et le rapport de valeur l'assureur à l'avocat. L'avocat est ainsi au bénéfice d'une créance directe contre le promettant au sens de l'art. 112 al. 2 CO, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage. Dans le cadre de l'assurance de la protection juridique, il convient selon nous de considérer que cette manière de faire correspond à l'usage, qui est plus que largement répandu et permet de réaliser simultanément les intérêts

¹⁶⁰ REYMOND, p. 15.

¹⁶¹ REYMOND, p. 16.

¹⁶² Comp. DIDISHEIM, p. 116 s. et HODEL, p. 12.

¹⁶³ Du même avis : REYMOND, p. 16 ss.

des différents intervenants. Par conséquent, il y a lieu de considérer que l'assuré est le seul débiteur des honoraires jusqu'à la promesse de l'assureur et restera débiteur solidaire une fois celle-ci acquise¹⁶⁴.

129. La garantie que doit fournir l'assureur est d'une importance pratique capitale. Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu à l'assuré pour la protection juridique un droit à l'encontre de la société d'assurance à la *garantie des frais* avant l'introduction d'un procès. Il peut faire valoir ce droit en justice¹⁶⁵. Ainsi, il appartient à l'assureur d'informer l'avocat de l'existence d'un contrat de la protection juridique, mais surtout de la garantie du règlement de ses honoraires, dans les limites définies par l'assureur au travers de la police de l'assuré¹⁶⁶.
130. La créance dont bénéficie l'avocat est naturellement liée au rapport de couverture, soit au contrat d'assurance. Elle est limitée à l'équivalent de la couverture maximale comprise dans le contrat d'assurance. L'assureur ne pourra ainsi opposer à l'avocat que les exceptions qu'il détient à l'encontre de l'assuré du chef du contrat d'assurance, mais non les exceptions personnelles qu'il pourrait détenir contre l'assuré¹⁶⁷. Ainsi, l'assureur pourrait opposer à l'avocat le dépassement de la somme maximale assurée prévue par le contrat, mais non pas un allongement évitable de la procédure du fait de l'assuré. Soulignons qu'une telle information ne devrait de toute manière pas être fournie par l'avocat à l'assureur en raison du secret professionnel, sauf si l'assuré a expressément consenti à une transmission large d'informations (*infra*, N 157).
131. Dans cette conception des relations juridiques sur la base d'une stipulation pour autrui entre l'assuré et l'assureur, ce dernier et l'avocat n'ont ainsi aucun lien contractuel et le second n'est que le créancier du premier. Pour l'exercice du mandat par l'avocat, cette construction lui garantit qu'il conserve une absolue indépendance, laquelle est

¹⁶⁴ REYMOND, p. 17 ; POLTERA, p. 69 ; BREHM, p. 2 (II).

¹⁶⁵ ATF 132 III 726, JdT 2010 I 322 ; ATF 119 II 368, consid. 2.

¹⁶⁶ DIDISHEIM, p. 117.

¹⁶⁷ REYMOND, p. 16.

impérativement nécessaire pour exécuter son mandat selon les règles de l'art et respecter les règles professionnelles relatives à la profession.

132. Pour l'avocat, la stipulation pour autrui parfaite lui confère un droit indépendant qui naît en sa personne et échappe donc aux créanciers du stipulant mandant (l'assuré), en cas de faillite de celui-ci. Cet aspect est particulièrement important pour l'avocat qui renonce à demander à son client et à l'assureur le versement d'une provision¹⁶⁸.
133. Une partie de la doctrine considère que la créance de l'avocat envers l'assureur relève de la reprise de dette externe¹⁶⁹, l'assureur reprenant alors la dette que l'assuré a envers l'avocat. Une autre partie de la doctrine est d'avis qu'il s'agit en fait d'une reprise de dette interne¹⁷⁰.
134. La reprise de dette externe nécessite une convention entre le créancier et le reprenant par laquelle ceux-ci conviennent que l'ancien débiteur (l'assuré) est libéré et que le reprenant (l'assureur) prend sa place¹⁷¹. Elle implique donc un contrat entre l'assureur et l'avocat. Quant à la reprise de dette interne, il s'agit de l'exécution d'un engagement antérieur que le reprenant (l'assureur) a pris à l'égard du débiteur initial (l'assuré)¹⁷². En l'occurrence, il s'agit donc de la prestation due résultant du rapport d'assurance liant l'assuré (mandant et débiteur) à l'assureur (reprenant interne).
135. L'assureur et l'assuré conviennent dans leur contrat de la couverture par le premier des honoraires dus par le second à l'avocat, en cas de sinistre et de réalisation des conditions contractuelles. Il existe une promesse inhérente au contrat d'assurance de l'assureur de reprendre la dette de l'assuré et de l'éteindre en exécutant la prestation assurée en faveur du tiers qu'est l'avocat. Le contrat d'assurance contient une reprise de dette interne et conditionnelle, laquelle est doublée d'une stipulation pour autrui quant à l'exécution dudit contrat. Les deux notions se confondent. Cette construction justifie à notre sens la

¹⁶⁸ REYMOND, p. 16.

¹⁶⁹ SÜSSKIND, p. 34 ss ; apparemment : BREHM, p. 2 s. (II).

¹⁷⁰ BERGMANN, p. 514 et les références.

¹⁷¹ TERCIER/PICHONNAZ, p. 397 N 1787.

¹⁷² TERCIER/PICHONNAZ, p. 396 N 1780.

légitimation de l'assureur, en qualité de débiteur reprenant, pour contester la note d'honoraires de l'avocat¹⁷³.

136. Nous considérons avec REYMOND que la stipulation pour autrui est suffisante ; elle est uniquement doublée d'une promesse de reprise de dette interne nécessairement comprise dans le contrat d'assurance de la protection juridique. Une reprise de dette externe est inutile. Elle impliquerait un contrat entre l'avocat et l'assureur, de nature à affaiblir l'indépendance du mandataire¹⁷⁴.

C. Concurrence entre avocat et assurance de la protection juridique

137. Il est indéniable que l'avocat et l'assureur n'assument pas le même rôle. L'avocat indépendant est un auxiliaire de justice¹⁷⁵ ou plus exactement un garant de l'Etat de droit¹⁷⁶, rôle que l'assurance de la protection juridique ne se voit pas reconnaître comme tel par l'Etat¹⁷⁷. Pourtant, certains auteurs soulignent une forme de concurrence entre les uns et les autres, spécialement lorsque l'assureur fournit des prestations directes à son assuré¹⁷⁸. Le succès certain des assurances de la protection juridique a ainsi engendré une concurrence avec le barreau, parfois qualifiée de problématique¹⁷⁹.
138. Sans aller jusqu'à affirmer que l'intérêt public impose cette concurrence¹⁸⁰, rien ne s'y oppose à notre sens. Certes, aujourd'hui il n'existe en Suisse aucune réglementation relative aux garanties nécessaires pour la fourniture d'un service de conseil juridique. Mais cette absence de garantie ne relève pas uniquement du domaine de l'assurance de la protection juridique. A l'ère d'Internet, rien ne justifie par exemple que le juriste indépendant puisse accéder librement au

¹⁷³ Comp. REYMOND, p. 17.

¹⁷⁴ REYMOND, p. 17.

¹⁷⁵ ATF 106 Ia 100.

¹⁷⁶ BOHNET/MARTENET, pp. 1243 ss N 3156 ss.

¹⁷⁷ BRULHART, *Réglementation*, p. 253 s.

¹⁷⁸ HODEL, p. 11.

¹⁷⁹ BRULHART, *Procès*, p. 63.

¹⁸⁰ C'est l'avis de BRULHART, *Réglementation*, p. 253 s.

marché du conseil juridique, mais non l'assureur de la protection juridique.

139. Les assureurs de la protection juridique promettent généralement à leurs assurés un certain degré de compétence de leurs collaborateurs. D'aucunes parlent de *spécialistes* ou *experts* dans tel ou tel domaine. A notre sens, si l'assurance ne peut fournir la qualité promise par ses collaborateurs, elle doit admettre le droit à un avocat indépendant. Tout le problème réside dans la détermination de la notion de compétences promises. A notre avis, la garantie de formation que représente le brevet d'avocat constitue une sécurité suffisante pour le consommateur, qui pourrait être facilement mise en œuvre. Ainsi, vu l'augmentation constante de la somme totale des primes d'assurance de la protection juridique, il serait, pour le consommateur, bénéfique que le service juridique de l'assureur soit constitué de titulaires du brevet d'avocat. Les règles du mandat, applicables en l'espèce dans le cadre du contrat d'assurance, suffiraient alors selon nous à garantir les droits du consommateur.
140. Nous sommes d'avis que certains domaines du droit, de par leur technicité, ne devraient pas être remis entre les mains d'un simple juriste, mais être, au contraire, confiés à un praticien spécialisé. Il en va du rôle de l'Etat de garantir un accès effectif à la justice.
141. A l'heure actuelle néanmoins, une ligne de partage stricte ne se justifie pas. Il convient en effet de reconnaître le rôle social important et grandissant de l'assureur de la protection juridique qui, indirectement, participe à garantir le droit d'accès à la justice au plus grand nombre¹⁸¹.

D. Honoraires

142. Le contrat d'assurance impose généralement une limite de couverture. Dans le cadre de cette limite, les honoraires de l'avocat sont garantis par l'assureur¹⁸². Il appartient donc à l'avocat de lui adresser directement son mémoire d'honoraires. En cours de mandat, il est

¹⁸¹ BRULHART, *Réglementation*, p. 251 s.

¹⁸² DIDISHEIM, p. 122.

courant que l'assureur indemnise de manière provisoire pour une première période d'activité, à la manière de l'assistance judiciaire.

143. Néanmoins, l'avocat demeure justifié à réclamer ses honoraires directement à son mandant. Le fait d'être le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite le légitime à faire valoir l'exécution de la police d'assurance en sa faveur selon l'usage qui doit être retenu (art. 112 al. 2 CO). Cependant, pour l'avocat, la relation de mandat qu'il entretient avec son client demeure prioritaire en rapport à la stipulation pour autrui, qui détermine simplement le mode d'exécution du contrat d'assurance liant l'assureur de la protection juridique et l'assuré.
144. Dans la pratique, l'avocat aura un intérêt de fait à obtenir les honoraires de l'assureur. Toutefois, il peut être fondé à réclamer ses honoraires directement à son mandant dans trois cas particuliers : lorsque l'assureur refuse sa prestation sur la base du contrat d'assurance, lorsque la couverture prévoit une limite relative à la valeur litigieuse et un calcul au *pro rata* lorsqu'elle est dépassée et enfin, lorsque la couverture maximale garantie est purement et simplement dépassée. Dans ces deux dernières hypothèses, l'avocat devra prendre garde à informer son client quant aux limites de la couverture ou son dépassement lorsqu'il se profile. Il devra également veiller à lui réclamer une provision suffisante sous peine de faire face à une contestation civile de la part de son client ou à une procédure disciplinaire en cas de plainte¹⁸³.
145. Quant à l'assureur, on doit nécessairement lui reconnaître la qualité pour contester, le cas échéant, le montant de la créance. En tant que débiteur de la stipulation pour autrui, il doit pouvoir opposer à l'avocat toutes les objections et les exceptions découlant du rapport de couverture – à savoir le contrat d'assurance – mais non celles découlant du rapport de valeur, que constitue le contrat de mandat¹⁸⁴. On doit retenir que le montant des honoraires entre dans le cadre de la première relation.

¹⁸³ Comp. REYMOND, p. 16.

¹⁸⁴ Voir ENGEL, p. 427 ; CR CO I-TEVINI, art. 112 N 19 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, art. 112 N 17.

146. C'est ainsi au moment de déterminer la prise en charge effective des coûts du procès que survient une tension entre les différents intérêts que poursuivent l'avocat et l'assureur. Economiquement, celui-ci a un intérêt évident à ce que la fourniture de sa couverture garantie soit réduite au minimum. De son côté, l'avocat peut avoir un intérêt à établir un lien privilégié avec un assureur pour favoriser son introduction sur une liste de confiance. Dans ce cadre, l'assureur peut être intéressé à négocier le tarif de l'avocat, voire même lui soumettre une convention relative à un montant forfaitaire d'honoraires.
147. Pourtant, l'avocat est *exclusivement* au service de son client et non de l'assurance. Par conséquent, tout accord préalable avec l'assurance ou négociation sur un honoraire inférieur au tarif usuel de la juridiction porte atteinte à l'indépendance de l'avocat. En effet, ces accords sont dans l'intérêt de l'assurance et non de l'assuré, dont la seule obligation est de limiter son dommage. Cette entorse au principe d'indépendance s'illustre également par le fait que, si l'avocat accepte un tarif inférieur à l'ordinaire, il aura tendance à fournir une attention moindre à ce dossier, ce qui est contraire aux intérêts de son client et représente une violation de son obligation de diligence.
148. La situation est en revanche différente lorsqu'un avocat accorde un tarif préférentiel à un client qui lui confie de nombreux dossiers. Dans ce cas, en effet, c'est au client qu'il accorde un tarif préférentiel et il travaillera de manière assidue compte tenu de la masse de dossiers que celui-ci lui donne. L'assureur ne sera alors qu'un bénéficiaire collatéral de l'avantage concédé par l'avocat à son client.
149. La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé dans deux arrêts que les différentes modalités de l'exercice du droit de l'assuré de choisir librement son représentant n'excluent pas que, dans certains cas, des limitations aux frais supportés par les assureurs puissent être apportées, à condition que la liberté de choix ne soit pas vidée de sa substance. Elle le serait si la limitation apportée à la prise en charge de ces frais rendait impossible *de facto* un choix raisonnable, par l'assuré, de son représentant¹⁸⁵.

¹⁸⁵ CJCE, aff. C-442/12, du 7 novembre 2013 (Jan Sneller contre DAS Nederlandse

150. Dès lors, il est logique que l'assurance parte des tarifs ayant généralement cours dans le canton, puisqu'il en va de même des tribunaux appelés à examiner les honoraires des avocats¹⁸⁶. L'assuré doit manifestement confier son dossier à un avocat dont les honoraires demeurent dans les tarifs usuels, compte tenu de son obligation de diminuer le dommage (art. 68 LCA). En revanche, on ne peut pas justifier d'aller en deçà desdits tarifs usuels. Même si le marché est bien sûr libre dans ce domaine, un tarif à la baisse ne pourrait que s'expliquer pour l'avocat par son souhait d'obtenir d'autres dossiers, non pas de son client, mais bien de l'assurance, d'où une atteinte au principe d'indépendance.
151. L'application de tarifs forfaitaires dans le cadre notamment de collaborations répétées de l'avocat avec une assurance de la protection juridique est dès lors à proscrire. A notre sens, l'assureur est tenu de verser l'honoraire usuel jusqu'à concurrence du montant maximal prévu par le contrat¹⁸⁷. Pour DIDISHEIM d'ailleurs, cette pratique représente une *entorse flagrante* au principe de l'indépendance et elle est donc inconciliable avec les règles de la profession¹⁸⁸. Certes, dans l'examen d'un cas d'espèce, un tribunal peut déterminer si la convention respecte ou non le principe d'indépendance¹⁸⁹. Mais cet examen demeure théorique, si bien qu'une telle convention affaiblit nécessairement le principe d'indépendance de l'avocat et renforce inutilement la position de l'assureur, au détriment de l'assuré.

E. Interdiction du pactum de quota litis

152. Au sens de l'art. 170 OS, l'assureur a l'interdiction de se faire promettre une part du gain ou de l'économie qu'elle procurerait à la personne

Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV), §§ 26-27 ; renvoyant à CJCE, aff. C-293/10, du 26 mai 2011 (Gebhard Stark contre D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG), § 33.

¹⁸⁶ Pour des exemples de tarifs admissibles dans le canton en cause : BOHNET, *Honoraires*, p. 16 ss N 27 ss.

¹⁸⁷ Comp. BRULHART, *Procès*, p. 68.

¹⁸⁸ DIDISHEIM, p. 121.

¹⁸⁹ ATF 123 I 193.

assurée. Cette interdiction s'étend également à l'entreprise de gestion des sinistres. L'interdiction est semblable à celle faite à l'avocat par l'art. 12 let. e LLCA ainsi que par les règles déontologiques de la profession (art. 19 du Code de déontologie édicté par la FSA).

153. Son fondement pour l'assurance de la protection juridique remonte aux débuts de l'institution. A cette période, il était courant que l'assuré paye l'assureur non seulement au moyen d'une prime, mais également d'une rémunération annexe, dont des ristournes sur les gains obtenus dans le cadre du procès. Un tel procédé dénaturait la notion d'assurance¹⁹⁰ et a rendu l'interdiction nécessaire.
154. S'agissant de l'avocat, une entente avec l'assureur au sujet d'un tel pacte sur les honoraires représenterait une violation flagrante, tant de la LLCA que de l'OS, et n'est naturellement absolument pas admissible. L'avocat ne peut pas convenir d'une rémunération forfaitaire selon l'issue du litige ou renoncer à l'avance à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès¹⁹¹.

F. Secret professionnel

155. L'avocat est soumis au secret professionnel (art. 13 LLCA) et l'intervention d'un assureur de la protection juridique n'y change rien : sur le principe, les renseignements qu'il fournira à l'assureur doivent respecter cette règle professionnelle. Dans le cadre spécifique de l'intervention d'une assurance de la protection juridique, celle-ci doit avoir en sa possession certains éléments du dossier. Si l'on peut postuler que, *a priori*, il appartient à l'assuré de renseigner en premier lieu son assureur, l'avocat mandaté est généralement plus à même de fournir des informations de qualité. Pour ce faire, il doit néanmoins impérativement être délié du secret professionnel.
156. Les conditions générales des assurances de la protection juridique contiennent généralement une clause prévoyant que l'assuré libère l'avocat du secret professionnel vis-à-vis de l'assureur et enjoint son

¹⁹⁰ DUTOIT, p. 48 s. (II).

¹⁹¹ REYMOND, p. 17.

mandataire d'informer l'assureur de l'évolution du dossier ainsi que de lui fournir tous les renseignements et documents nécessaires à la prise de décisions. L'assureur justifiera cette clause afin de calculer ses réserves, d'apprécier l'opportunité de la procédure à engager¹⁹² et de vérifier le caractère raisonnable des honoraires facturés.

157. L'assuré ne mesure pas nécessairement la portée de la levée systématique du secret professionnel, auquel il consent par l'acceptation des conditions générales. Par conséquent, le législateur a réglementé cette clause afin de garantir le secret professionnel. Ainsi, l'art. 168 OS prévoit que la disposition du contrat d'assurance par laquelle la personne assurée s'engage à délier son mandataire du secret professionnel à l'égard de l'entreprise d'assurance n'est pas applicable s'il y a conflit d'intérêts et que la transmission à l'entreprise d'assurance de l'information demandée peut être préjudiciable à la personne assurée. Il appartient donc à l'avocat de déterminer si la transmission d'une information peut être préjudiciable à son mandant, auquel cas il se doit de strictement observer son obligation professionnelle.
158. Quoiqu'il en soit, nous sommes d'avis avec REYMOND que les informations que fournit l'avocat doivent toujours se limiter aux *éléments nécessaires et suffisants* à l'examen des conditions de couverture, à l'appréciation des chances de succès et à la quotité des honoraires¹⁹³, à moins que le mandant consente expressément à une transmission plus large d'informations. Dans toutes situations, y compris dans cette relation tripartite particulière, l'avocat demeure en effet le maître de son propre secret professionnel¹⁹⁴. Il est en outre au service de son mandant et en aucun cas à celui de l'assureur de la protection juridique. On ne saurait ainsi le critiquer s'il décide de se référer systématiquement à son mandant avant de transmettre une information en dépit d'une clause contenue dans des conditions générales. Pas plus n'est-il critiquable si, avec l'accord de son mandant, il renonce à fournir toute information à l'assureur, laissant à charge de l'assuré la transmission desdites informations. C'est en définitive uniquement ce dernier qui doit justifier

¹⁹² DIDISHEIM, p. 123.

¹⁹³ REYMOND, p. 17.

¹⁹⁴ BOHNET/MARTENET, p. 761 N 1853.

sa prétention envers l'assureur (art. 39 LCA) et en aucun cas l'avocat indépendant.

159. Relevons qu'en pratique, l'assuré aura un intérêt à la transmission des informations afin d'être renseigné de la couverture ou non de son affaire juridique. Il consentira ainsi généralement facilement à la transmission.

G. Procédure en cas de divergences d'opinions

160. Il peut arriver que l'assureur et l'assuré, généralement via le conseil de son avocat, aient des divergences d'opinions quant aux mesures à prendre pour régler l'affaire juridique en cause. En particulier, l'assureur peut refuser d'emblée sa prestation en considérant que la procédure est vouée à l'échec. A cet égard, le législateur a instauré une procédure prévue à l'art. 169 OS. Au sens de cette disposition, le contrat d'assurance doit prévoir une procédure permettant de trancher la divergence d'opinions. Elle doit présenter des garanties d'objectivité comparables à celles d'une procédure arbitrale.
161. Cette procédure sert uniquement à résoudre les divergences de points de vue entre la personne assurée et l'entreprise d'assurance quant aux mesures à prendre pour régler le sinistre. Elle n'est en revanche pas applicable pour résoudre la question de l'existence même d'une couverture d'assurance, question pouvant faire l'objet d'une action en constatation de droit¹⁹⁵.
162. L'assureur qui entend refuser sa prestation pour une mesure qu'elle estime dépourvue de chances de succès, doit motiver sans retard par écrit la solution qu'elle propose et informer l'assuré de la possibilité de recourir à la procédure (art. 169 al. 2 OS). A défaut de procédure instaurée par le contrat ou en cas d'omission d'information par l'assureur, le besoin de la personne assurée d'être couverte est tenu en l'espèce pour reconnu (art. 169 al. 3 OS).
163. S'agissant de la procédure, la loi n'impose pas un arbitrage, mais une procédure permettant de *garantir une objectivité comparable à celle d'une*

¹⁹⁵ ATF 132 III 726, consid. 2 et 3.1, JdT 2010 I 322.

procédure arbitrale. Diverses solutions sont dès lors envisageables. La procédure peut prendre la forme d'un arbitrage à proprement parler ou être, par exemple, soumise à un avocat afin qu'il rende un avis liant les parties¹⁹⁶. En tout état de cause, la procédure sera consensuelle, de sorte que l'assuré ne saurait être contraint d'adhérer à un compromis ou de signer une clause arbitrale.

164. L'assureur ne peut naturellement pas fonder son refus de prise en charge sur la seule base d'un avis négatif quant aux chances de succès de la procédure à venir. Le pronostic doit se fonder sur des éléments objectifs. Les critères d'appréciation sont les mêmes que ceux qui prévalent lorsque le juge apprécie les chances de succès d'une procédure avant de prononcer l'octroi ou le refus de l'assistance judiciaire¹⁹⁷. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer cette opinion, en indiquant que ce qui est déterminant est de savoir si l'assuré aurait engagé la procédure s'il n'avait pas été au bénéfice d'une assurance de la protection juridique et, le cas échéant, que l'on puisse objectivement conclure au fait que les risques de perdre le procès soient *sensiblement* plus faibles que les chances de le gagner. Au travers de cet arrêt, notre Haute Cour a précisé que le procès n'est pas perdu d'avance si les arguments avancés par l'assuré vont à l'encontre de la jurisprudence. Par ailleurs, le fait qu'une prétention soit prescrite ne signifie pas nécessairement que le défendeur s'en prévaut¹⁹⁸.
165. La procédure n'est pas obligatoire pour l'assuré qui peut aussi bien intenter un procès contre l'assureur sur ce point¹⁹⁹ ou ouvrir la procédure en dépit du refus de l'assureur. Dans ce dernier cas, si la personne assurée obtient un jugement plus favorable que la solution, motivée par écrit, qui lui avait été proposée par l'assureur ou au terme d'une procédure de divergences d'opinions, l'assureur doit alors prendre à sa charge les frais qui en découlent, dans la limite du montant maximum assuré (art. 169 al. 4 OS). La difficulté peut résider dans la

¹⁹⁶ Comp. REYMOND, p. 19.

¹⁹⁷ DIDISHEIM, p. 118 ; BRULHART, *Procès*, p. 73.

¹⁹⁸ ATF 119 II 368, JdT 1996 I 274.

¹⁹⁹ ATF 119 II 368, JdT 1996 I 274.

notion de résultat *meilleur*. Nous partageons l'avis de BREHM²⁰⁰ qui plaide pour une appréciation *large* et pour le fait qu'un succès, même partiel, dès la première instance ou sur recours, quant à une question que l'assureur estimait vouée à l'échec est suffisant.

166. En l'état actuel des choses, cette procédure n'est pas satisfaisante et devrait être réglée plus en détail par la loi. Le fait de laisser le soin de sa mise en œuvre par les parties – lesquelles sont dans un rapport de force inégal – ne permet pas de garantir les droits de l'assuré. L'assureur possède en effet un avantage organisationnel et de compétences qui lui permet d'influencer la procédure, celle-ci n'étant nullement définie.

H. Fin de la relation

167. Au terme de la procédure, soit l'assuré obtient gain de cause, pleinement ou partiellement, soit il perd son procès. En cas de gain de cause, l'assuré se verra allouer des dépens et le fait qu'il soit au bénéfice d'une police d'assurance de la protection juridique n'y change rien²⁰¹. L'assureur demeurera le débiteur de l'avocat, la rétrocession pouvant éventuellement intervenir entre l'assuré et l'assureur ne le concernant pas.
168. En cas de perte du procès, l'avocat fera valoir sa créance contre l'assureur. Comme nous l'avons vu, l'avocat demeure fondé, sur la base du mandat qui l'unit à son client, à lui réclamer ses honoraires dès lors que celui-ci reste son débiteur, l'exécution du contrat d'assurance ayant pour conséquence d'éteindre – à tout le moins partiellement – la dette de l'assuré envers son avocat.

VI. Conclusion

169. L'assurance de la protection juridique gagne chaque année en importance. Elle fonde une relation tripartite entre assuré, assureur et avocat indépendant qui, dans un fonctionnement idéal, peut déboucher sur une situation *win-win-win*. L'assuré se voit garantir un accès facilité et

²⁰⁰ BREHM, p. 10 s.

²⁰¹ ATF 117 Ia 295.

efficace à la justice ; l'avocat bénéficie d'honoraires garantis tout en ayant la faculté de mettre en œuvre son mandat librement et dans le respect de ses obligations professionnelles ; enfin, l'assureur participe à une bonne administration de la justice en désamorçant une importante masse de conflits mineurs et en participant à un accès facilité aux tribunaux tout en dégageant du bénéfice dans le cadre de son activité.

170. La garantie d'accès à la justice du citoyen doit cependant demeurer au premier plan. Certes, l'intervention d'un assureur de la protection juridique participe à un accès facilité à la justice en supprimant la barrière que représentent les conséquences financières d'un procès et en permettant à l'assuré d'être représenté. La représentation doit cependant être adéquate. Pour qu'elle le soit, il est fondamental que l'avocat puisse intervenir en accord avec les valeurs et règles professionnelles qui s'imposent à lui. En toutes circonstances, l'avocat est guidé par les intérêts de son client. Tout accord, toute règle ou tout usage entre l'assurance et l'avocat, qui porte dans les faits atteinte à son indépendance, doit être proscrit.
171. En particulier, l'avocat doit veiller à ne pas s'engager dans la voie d'un accord global sur un tarif horaire inférieur aux usages cantonaux avec l'assurance, au risque sinon de perdre son indépendance, le rabais convenu ne pouvant s'expliquer que par le souhait d'obtenir une certaine masse de dossiers de l'assurance.
172. Quant à l'assurance de la protection juridique, elle doit veiller à respecter le droit au libre choix de l'avocat en informant spontanément son assuré de cette prérogative. A notre sens, ce n'est qu'en cas de demande de l'assuré qu'une liste d'avocats de confiance peut lui être remise, celle-ci devant être suffisamment large et fondée sur des critères objectifs. Quant à la rémunération de l'avocat, l'assurance peut certes limiter sa couverture à un tarif horaire entrant dans la fourchette reconnue par les tribunaux du canton, mais aller en deçà porte non seulement atteinte à l'indépendance de l'avocat, mais également au principe du libre choix qui s'impose à l'assurance.

Bibliographie

BERGMANN FRIEDRICH, *Rechtsbeziehungen zwischen Rechtsanwalt, Mandanten und Rechtsschutzversicherung*, in : *Versicherungsrecht* 32/1981, p. 512-514 (cité : BERGMANN).

BOHNET FRANÇOIS, *La fixation et le recouvrement des honoraires de l'avocat*, in : Bohnet François (édit.), *Quelques actions en paiement*, Neuchâtel 2009, p. 1-39 (cité : BOHNET, Honoraires).

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : BOHNET, Procédure civile).

BOHNET FRANÇOIS, *Droit des professions judiciaires*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : BOHNET, Professions judiciaires).

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : CPC-AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009 (cité : BOHNET/MARTENET).

BREHM ROLAND, *Protection juridique (assurance de la)*, FJS 570 (I) et 570a (II), 2000 (cité : BREHM (I) et (II)).

BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE, *Les rétrocessions perçues par l'avocat*, in : Jeanneret Vincent/Hari Olivier (édit.), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 207-222 (cité : BRETTON-CHEVALLIER).

BRULHART VINCENT, *Droit des assurances privées*, Berne 2008 (cité : BRULHART, Assurances privées).

BRULHART VINCENT, *Quelques aspects de l'assurance de la protection juridique en relation avec le procès civil*, in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal, *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, p. 61-105 (cité : BRULHART, Procès).

BRULHART VINCENT, *Quelques aspects de l'évolution récente du marché de la protection juridique et de sa réglementation*, REAS 2010, p. 248-254 (cité : BRULHART, Réglementation).

BUCHER EUGEN, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich 1988 (cité : BUCHER).

CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014 (cité : LTF-AUTEUR).

DIDISHEIM RAYMOND, *L'avocat et l'assurance de protection juridique* in : Chaudet François/Rodondi Olivier (édit.), *L'avocat moderne*, Bâle/Genève/Zurich 1998, p. 115-125 (cité : DIDISHEIM).

DUC JEAN-MICHEL, *Assurance protection juridique, clause d'exclusion insolite : limitation du droit de recours : cession des droits*, REAS 2014, p. 218-221 (cité : DUC).

DUTOIT ANNE-MARIE, *Ordonnance sur l'assurance de la protection juridique du 18 novembre 1992 : commentaire* in : Gmeiner Peter/Küng Rudolph/Viret Bernard (édit.), *Revue suisse d'assurances*, Berne/Frankfurt/Main 1993, pp. 270-289 (I) et 1994, pp. 33-49 (cité : DUTOIT (I) et (II)).

DÜRR CHARLES, *Du mandat : commentaire jurisprudentiel des art. 394 ss du Code suisse des obligations*, Renens 1972 (cité : DÜRR).

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997 (cité : ENGEL).

FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (édit.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2^e éd., Zurich 2011 (cité : FELLMANN/ZINDEL).

FEUERICH WILHELM E./WEYLAND DAG/VOSSEBÜRGER ALBERT, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, 7^e éd., Munich 2008 (cité : FEUERICH).

FUHRER STEPHAN, *Die Rechtsschutzversicherung*, in : Stöckli Hubert/Werro Franz, *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, Berne 2006, p. 69-106 (cité : FUHRER).

HAUSER SYLVAN, *Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrechts*, Zurich/Saint-Gall 2008 (cité : HAUSER).

HODEL JEAN-JACQUES, *Les avocats et les assurances de protection juridique*, L'avocat suisse 1989, p. 10-13 (cité : HODEL).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (édit.), *Basler Kommentar – Versicherungsvertragsgesetz – Nachführungsband*, Bâle 2012 (cité : BSK VVG II-AUTEUR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I*, 6^e éd., Bâle 2012 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

KOCH LUDWIG, in : Henssler Martin/Prütting Hanns (édit.), *Bundesrechtsanwaltsordnung mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschafts-gesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln – Kommentar*, 2^e éd., Munich 2004 (cité : KOCH).

KOENIG WILLY, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1967 (cité : KOENIG).

KUHN MORITZ/MONTAVON PASCAL, *Droit des assurances privées*, Lausanne 1994 (cité : KUHN/MONTAVON).

POLTERA DURI, *Der Rechtsschutzversicherungsvertrag und das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten in der Schadenabwicklung*, Saint-Gall 1999 (cité : POLTERA).

REYMOND PHILIPPE, *L'avocat et l'assurance de protection juridique : quelques questions choisies*, Revue de l'avocat 2000, p. 11-21 (cité : REYMOND).

SCHMID GIAN ANDREA, *Nur Wenige abgelehnt*, Plädoyer 4/2015 p. 68-69 (cité : SCHMID).

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich 2013 (cité : STAEHELIN).

SÜSSKIND MARCEL, *Die Rechtsschutzversicherung*, Plädoyer 10/1992 p. 34-42 (cité : SÜSSKIND).

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Zurich 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ).

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).

VIRET BERNARD, *De quelques aspects de l'assurance de la protection juridique*, in : *Mélange Assista*, Genève 1989, p. 361-381 (cité : VIRET, Assista).

VIRET BERNARD, *La jurisprudence des tribunaux civils suisses en matière de contrat d'assurance de la protection juridique* in : Gmeiner Peter/Küng Rudolph/Viret Bernard (éd.), *Revue suisse d'assurances*, Berne/Frankfurt/Main 1998, p. 137-148 (cité : VIRET, Jurisprudence).

WEBER ROLF H., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu Art. 110 – 113*, Berne 2002 (cité : BK OR-WEBER).

Protection juridique : un besoin socio-économique ?

par

Philippe Genoud

Lic. iur., titulaire du brevet d'avocat
Directeur Protekta assurance de protection juridique SA

et

Marcel Paquier

Lic. iur., Médiateur agréé CMAP & CSMC
Key Account Manager Protekta assurance de protection juridique SA

I. Introduction.....	101
II. L'accès au droit et à la justice.....	104
A. Une société excessivement normée.....	104
B. Le besoin légitime de protection des droits du justiciable client : les acteurs de ce marché.....	105
1. Les avocats	105
2. Les juges	106
3. Les assureurs de protection juridique.....	107
C. Les instruments de régulation des activités judiciaires : l'assistance judiciaire et l'assurance protection juridique.....	109
III. Le développement de la protection juridique	111
A. Un marché en pleine croissance	111
B. Les prestations de sinistres	114
C. La normalisation des relations assureurs-avocats.....	115

D. Des prestations adaptées aux demandes des clients.....	116
1. L'information juridique par téléphone.....	116
2. La gestion amiable des litiges	116
3. La gestion contentieuse des litiges.....	116
IV. Les limites et les opportunités de développement du contrat de protection juridique.....	118
A. Les limites du contrat de protection juridique.....	118
B. L'évolution de la demande du justiciable-client : une opportunité pour l'assureur de protection juridique.....	119
C. La protection juridique et la médiation : vers un changement de paradigme dans la gestion des sinistres.....	119
D. La satisfaction du client	121
E. Une autre façon d'aborder la problématique de l'assuré	122
F. La médiation : un état d'esprit	122
G. Comment passer d'un règlement tout juridique à un règlement assisté ?.....	123
1. Une décision politique.....	123
2. Le principe de confidentialité.....	124
3. Une nouvelle organisation	124
4. L'avenir de la médiation	125
V. Conclusion	125

I. Introduction

1. Le marché de « l'assistance judiciaire » se porte bien et sa croissance n'est pas prête de s'arrêter. Il suffit pour s'en convaincre de voir combien notre parlement, comme tous les autres parlements nationaux de l'Union Européenne sous l'impulsion du parlement européen, sont prolifiques. La Suisse, bien que non formellement intégrée à l'Union Européenne, fait figure de bon élève pour rendre ses normes euro-compatibles, ce qui augmente *de facto* son activité législative.
2. Dans le cadre de cette deuxième journée du droit de la consommation et de la distribution de l'Université de Neuchâtel et plus spécialement dans le cadre de la première partie de ce séminaire consacré à la protection juridique, il nous a semblé important de faire le point sur le développement de « l'assistance juridique » pris dans son acception la plus large possible en intégrant bien sûr les acteurs traditionnels de ce marché, les avocats, les tribunaux. Toutefois, cette approche serait réductrice si nous ne prenions pas en considération les activités liées à l'assistance judiciaire et à l'assurance protection juridique, considérées comme « régulatrices de l'activité judiciaire ».
3. Si, comme le dit le dicton populaire « nul n'est censé ignorer la loi », il faut bien admettre que le chemin à parcourir pour accéder à sa connaissance, sa compréhension et ensuite au prétoire pour en défendre son application, n'est pas un long fleuve tranquille. Si, dans notre pays, trouver un bon praticien du droit pour lui demander d'assumer notre défense est une chose aisée, être en capacité d'assumer financièrement la charge d'un procès est finalement une toute autre épreuve. Chaque année, de nombreux justiciables renoncent à poursuivre leurs adversaires pour des raisons purement financières. La justice n'est pas un service gratuit. De plus, entreprendre un procès est extrêmement chronophage, ce qui inéluctablement augmente la durée des procédures et fait dire à certains que la justice est lente, encombrée ; ainsi comprend-on très vite qu'ouvrir une action en justice ressemble davantage à un parcours du combattant qu'à une balade tranquille en forêt.

4. La sécurité juridique des actes et des faits est un pilier essentiel de notre démocratie. Elle nous permet d'une part « de vivre ensemble » dans le respect des uns et des autres et, d'autre part, favorise la croissance de nos économies. Il n'en demeure pas moins que, lorsque la machine se grippe, cette sécurité juridique est réduite à néant si le citoyen-justiciable n'a pas les moyens d'accéder ni au droit ni à la justice pour se défendre.
5. Le service public de la justice dans notre pays est bien organisé et fonctionne normalement. Toutefois, la mise en œuvre des droits demeure encore largement soumise à des lenteurs et ne répond ainsi que partiellement aux attentes des citoyens qui espèrent des décisions rapides lorsqu'ils sont confrontés à un litige. Ceci étant dit, même lorsqu'une décision de justice tombe, cela ne veut surtout pas dire que le litige soumis au juge est réglé. L'exécution d'une décision de justice demeure encore et trop largement problématique, surtout en cas de défaillance de la partie adverse. Comment se prémunir de cela : la simple possession d'une décision de justice favorable n'apaise pas, lorsque l'on sait que la partie adverse ne sera jamais sanctionnée. La question centrale de ce thème est : comment prendre en charge et mettre en œuvre la défense des intérêts des justiciables ? L'organisation du système judiciaire répond-elle encore aux exigences des justiciables ? Existe-t-il d'autres voies pour y parvenir ?
6. Dans ce contexte, l'assurance de protection juridique s'est tout naturellement développée à partir de la directive européenne 87/344 du 22 juin 1987¹ transposée en 1992 dans notre droit national² qui régit sa mise en œuvre (cf. *infra* N 22). Sa pratique a permis, comme l'assistance judiciaire d'ailleurs, mais sous un autre angle, de

¹ Directive européenne 87/344/CE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance de protection juridique, CEE Journal officiel n° L. 185 du 4 juillet 1987, p. 0077. Quinze années de travaux préparatoires ont été nécessaires pour aboutir à un texte commun aux différents Etats membres.

² Ordonnance sur l'assurance de la protection juridique du 18 novembre 1992, RO 1992 2355.

fluidifier, de faciliter ce marché judiciaire et de s'imposer comme instrument de régulation judiciaire.

7. Si les relations entre les assureurs de protection juridique et les acteurs traditionnels ont souvent été mises à l'index, notamment par ceux qui étaient au bénéfice d'une quasi-exclusivité de prestations de ce marché juridique, il faut bien admettre que les relations entre les assurés, les avocats et les assureurs se sont normalisées au fil du temps avec des solutions pragmatiques ou des couvertures plus étendues. Cette évolution libérale était inscrite dans la directive européenne, mais pouvait-il en aller autrement à l'heure de l'ouverture concurrentielle de nombreuses activités auxquelles le marché judiciaire n'a d'ailleurs pas échappé.
8. L'étude de la couverture d'un contrat de protection juridique vise souvent à mettre en évidence ses restrictions plutôt que sa portée, notamment en avançant des reproches mettant en cause les limitations de la libre pratique judiciaire, voire la contrariété à la nature même des prestations juridiques que le contrat de protection juridique devrait servir. Sans contribuer à la polémique, force est de constater que le succès du marché de l'assurance protection juridique représente, tant par l'encaissement des primes que par le montant des prestations versées, un marché en pleine expansion qui répond à la demande des assurés. Les chiffres parlent d'eux-mêmes (cf. *infra* N 33 ss).
9. Le contrat d'assurance s'adapte facilement et rapidement pour répondre aux nouveaux besoins des clients, fournir de nouvelles prestations, notamment celles qui résultent de la dernière réforme du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)³, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, qui a introduit la médiation (art. 213 ss CPC), encore trop largement sous-estimée ou sous-appliquée, par défaut de moyens, de formation ou par peur de perte de statut par le corps judiciaire. La médiation réduit de manière importante le délai de règlement des dossiers, elle supprime le problème de l'exécution de la décision puisque les modalités du règlement sont convenues

³ RS 272.

par les parties elles-mêmes. C'est parce qu'elles se réapproprient tout le processus de règlement de leur litige, prenant notamment en compte les éléments émotionnels de celui-ci (ce que ne peut pas faire un tribunal) que les parties redonnent du sens à leur règlement de litige. N'en déplaise aux traditionalistes, le monde bouge, la société évolue, les mentalités aussi. Les confrontations coûteuses en temps, en émotion et en argent appartiennent au passé. En anticipant, le justiciable peut favoriser le succès de ses relations commerciales, tout en évacuant les aspects négatifs d'une éventuelle confrontation juridique avec un partenaire important. De nouvelles opportunités apparaissent aux yeux de l'assureur protection juridique attentif aux attentes de ses clients. La médiation prend de plus en plus d'importance. Pour preuve, le nombre toujours croissant d'avocats qui intègrent dans la phase de conseil la négociation raisonnée, méthode orientée résultat qui répond plus que jamais aux attentes de notre client-justiciable.

II. L'accès au droit et à la justice

A. Une société excessivement normée

10. Les lois et les règlements sont à la base de la sécurité juridique de la société civile et commerciale (pour se cantonner à ces deux éléments dans le cadre de notre contribution) et donc de notre démocratie contre l'arbitraire.
11. Cependant, on peut dire que nous sommes envahis par une avalanche de textes, législatifs et réglementaires de tous ordres, ayant pour vocation notamment de pacifier les relations entre les citoyens ou de sécuriser les actes commerciaux. Le législateur européen vient lui aussi renforcer l'arsenal des États membres (ou forcer les États non membres comme la Suisse, à rendre leurs textes euro-compatibles). Ainsi, chaque législateur contribue paradoxalement, alors que sa mission est de sécuriser les relations entre ses citoyens et ses entreprises, à rendre plus complexes et difficiles la compréhension et l'accès au système juridique, ce qui porte indirectement atteinte à la sécurité juridique. Ce constat sur l'inflation législative n'est pas nouveau, mais il perdure et ne semble pas vouloir prendre le chemin de la simplification.

12. Le développement de la société de consommation et l'exigence des consommateurs d'obtenir rapidement satisfaction lorsqu'ils sont confrontés à un litige renforcent, s'il en était besoin encore, cette nécessité de disposer de règles protectrices, immédiatement et facilement applicables. Il y a comme un paradoxe entre, d'une part, ce développement très rapide de nouvelles activités, venant d'Internet notamment et plus globalement des nouvelles technologies qui conduisent les législateurs nationaux à produire encore plus de normes et, d'autre part, ce besoin de protection juridique, accessible rapidement et simplement, dans ce système judiciaire plutôt lent.
13. Les associations de défense des consommateurs apportent elles aussi aux citoyens, certes sur un autre registre, leur aide et leur soutien aux côtés des assureurs de protection juridique et facilitent ainsi l'évolution des normes juridiques.

***B. Le besoin légitime de protection des droits du justiciable client :
les acteurs de ce marché***

14. Chaque consommateur peut compter sur les différents acteurs traditionnels du service public de la justice, avocats et juges, pour avoir accès au droit et à la justice.

1. Les avocats

15. Les avocats incarnent depuis longtemps la défense des droits des citoyens, des personnes physiques et morales, plus particulièrement celle des faibles contre les nantis. L'avocat est et demeure le mieux placé pour fournir des informations, des conseils et une assistance devant les tribunaux en cas de procès. Cette profession, organisée en ordre corporatiste, défend très bien ses intérêts, trop bien devrions-nous dire (au-delà du contrôle des diplômes et donc des compétences techniques et juridiques indispensables). En effet, cet Ordre érigé en forteresse par ses membres est, pour le dire simplement, victime de son succès en ayant constitué grâce à leur soutien, un véritable monopole de fait d'accès à la justice, au-delà bien sûr des domaines qui leur sont réservés, par la loi notamment, pour plaider devant un tribunal. Par ailleurs, de nombreux cabinets

d'avocats spécialisés fournissent des services à haute valeur ajoutée, créant ainsi une concurrence forte vis-à-vis de cabinets plus modestes.

16. Toutefois, avec l'évolution du monde des affaires, l'augmentation des charges administratives et sociales, certaines études d'avocats ont des difficultés à fournir à leurs clients des services à un prix raisonnable. La question de l'honoraire est une question légitime, au cœur de notre sujet, car il a été très certainement l'un des facteurs déterminants qui permit le développement du contentieux de masse géré aujourd'hui par les sociétés de protection juridique. Ici s'opposent deux modèles d'affaires qui ne s'excluent pas, ne se concurrencent pas, mais se complètent, se faisant écho pour répondre chacun aux demandes spécifiques de leurs clients.

2. Les juges

17. Le service public de la justice, contrairement à l'idée reçue, n'est pas gratuit. La dernière réforme du CPC entrée en vigueur en 2011, qui harmonise les codes de procédures en Suisse en remplaçant les 26 anciennes réglementations cantonales, ne vient pas démentir notre affirmation. Le nouveau CPC introduit diverses innovations qui ont une influence considérable sur les coûts d'un procès. Le risque financier, déjà important jusque-là, a encore augmenté avec la réforme, notamment avec les nouvelles dispositions sur les avances des frais judiciaires (art. 98 et 101 ss CPC) et sur les sûretés en garantie des dépens (art. 99 ss CPC). Le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais présumés, c'est-à-dire jusqu'à 100% des frais ; à défaut de paiement, le tribunal n'entre pas en matière (art. 101 al. 3 CPC).
18. Toutes ces avances de frais judiciaires mentionnés plus haut sont prises en charge par l'assureur de protection juridique et permettent ainsi à un assuré en protection juridique de faire jeu égal avec une partie adverse qui dispose de moyens financiers importants pour se défendre. Dans la limite des cas couverts, le contrat de protection juridique rétablit un équilibre entre les parties.
19. De même, l'assuré peut sereinement suivre l'évolution de sa procédure, car il sait, en cas d'échec, que l'ensemble des frais

judiciaires seront pris en charge par l'assureur de protection juridique, y compris les dépens à charge de la partie perdante. Seules les amendes et les sanctions à caractère personnel, comme les dommages et intérêts, demeurent à la charge de l'assuré et ne peuvent pas faire l'objet d'une quelconque couverture dans le cadre d'un contrat d'assurance de protection juridique.

20. Au-delà de ces règles procédurales concernant les frais et dépens, les frais d'une procédure restent élevés. Le manque de transparence et de prévisibilité à ce sujet pour les justiciables qui envisagent d'ouvrir une procédure est tel que nombreux sont ceux qui renoncent finalement à s'adresser à la justice pour traiter leur litige.
21. Enfin, en sus de l'aspect financier, la participation à une procédure judiciaire est une activité chronophage, engendrant beaucoup de stress et de frustration, notamment lorsque le justiciable attend une réponse rapide pour le développement ou la survie de son entreprise suite à un litige. La justice arrive souvent trop tard et ne remplit donc que partiellement son rôle. À décharge, il faut reconnaître que les tribunaux sont encombrés de demandes et il faut être patient pour entendre un juge trancher son affaire. Dans ces conditions, la juridiction répond-elle encore à sa mission ? La réponse est bien évidemment positive, car l'activité jurisprudentielle des tribunaux contribue à clarifier les imprécisions contenues dans les lois et à tenir compte de l'évolution des mœurs et des affaires, mais avec lenteur. Il n'en demeure pas moins que les décisions arrivent tardivement, laissant au justiciable un goût souvent amer de la justice. Notre critique n'est pas absolue, mais nous effectuons simplement un constat qui n'est pas nouveau sur l'évolution de la société et le fonctionnement des institutions judiciaires, pas toujours armées pour répondre aux attentes nouvelles et grandissantes des citoyens.

3. Les assureurs de protection juridique

22. Avec le développement des échanges au sein de l'ancienne Communauté économique européenne (CEE) et, par conséquent, des litiges transfrontaliers, la Directive européenne 87/344/CEE du Conseil « portant coordination des dispositions législatives,

réglementaires et administratives concernant la protection juridique » a été adoptée le 22 juin 1987, puis transposée dans notre droit national par l'Ordonnance sur l'assurance de la protection juridique du 18 novembre 1992⁴. Aujourd'hui, ces dispositions figurent aux articles 161 ss de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées du 9 novembre 2005 (OS)⁵.

23. L'objectif de l'Union européenne était à l'époque d'harmoniser la mise en œuvre des processus de règlement des litiges transfrontaliers que les citoyens rencontraient dans l'espace européen, sans avoir recours à la création d'une juridiction supranationale. Les motivations avancées étaient déjà les surcharges des services publics nationaux de la justice et la nécessaire satisfaction des besoins judiciaires des citoyens. La recherche d'une solution libérale en réglementant les activités des assureurs de protection juridique visait à soulager le service public et à simplifier le traitement des litiges impliquant des consommateurs.
24. A partir de la Directive européenne de 1987, la protection juridique a pris son essor partout en Europe, en complétant l'offre de services jusque-là partiellement offerts par les acteurs traditionnels.
25. Les besoins croissants des clients-justiciables, auxquels s'ajoute le contexte souvent difficile dans lequel se trouvent les finances publiques de certains États, a permis aux assureurs de protection juridique de gagner des parts de marché dans un environnement aux règles concurrentielles pourtant biaisées⁶. Les règles de concurrence sont en effet plus vives au sein des entreprises privées que dans le marché protégé du service public de la justice. L'évolution des besoins des clients oblige les assureurs, en tout cas les plus audacieux, à remettre régulièrement en cause leur organisation, leur manière d'apporter un service de qualité qui, rappelons-le, est payé d'avance au moyen de la prime d'assurance.

⁴ RO 1992 2355.

⁵ RS 961.011.

⁶ Certes, tous les assureurs de protection juridique n'ont pas bénéficié de ce développement.

26. Le marché de la protection juridique doit évoluer au même rythme que notre société consumériste, plus rapide, plus exigeante. Les assureurs doivent s'adapter aux nouvelles demandes de leurs clients, personnes privées ou entreprises. On remarque notamment que les clients, même s'ils bénéficient d'un contrat de protection juridique, ne veulent plus attendre le règlement de leur litige au terme d'une procédure longue, coûteuse en temps, en argent et en énergie. Des solutions de règlements alternatifs, comme la médiation, correspondent à ces nouvelles attentes et l'assureur doit les intégrer dans son organisation et son offre de services. Nous nous attarderons également, pour faire écho à d'autres thèmes de cette journée, sur la nécessaire évolution des conditions générales d'assurances, qui méritent d'être à la hauteur des enjeux qu'elles entendent défendre.
27. Si personne ne remet en cause le rôle sociétal de l'assureur de protection juridique dans cette économie de l'assistance juridique, celui-ci doit encore établir son statut, notamment au sein du barreau et des juridictions et pour lequel le slogan « contre mauvaise fortune, on fait bon cœur » s'applique à merveille. La fin du monopole de fait de l'exercice du droit n'est toutefois pas encore totale et on peut dire que la répartition naturelle des activités entre les protagonistes du droit, notamment pour des raisons financières, permet à chaque corporation d'apporter sa contribution à l'équilibre de l'édifice judiciaire. Aux assureurs de protection juridique également de démontrer non seulement qu'ils le veulent, mais aussi qu'ils sont capables d'être à la hauteur des enjeux de la société.

***C. Les instruments de régulation des activités judiciaires :
l'assistance judiciaire et l'assurance protection juridique***

28. L'assistance judiciaire est un des instruments « de régulation » de justice sociale puisqu'elle permet aux plus démunis d'avoir accès à la justice et d'être gratuitement (ou presque) assistés d'un avocat en cas de procès. Les conditions d'octroi de cette assistance répondent à des critères stricts de revenus. Les honoraires de l'avocat désigné d'office sont pris en charge selon un barème cantonal qui n'est pas en adéquation avec la réalité économique du fonctionnement d'un cabinet d'avocat. Il faut bien reconnaître cette réalité, mais comment

peut-il en être autrement dans les contextes budgétaires que l'on connaît actuellement. L'astuce avec l'assistance judiciaire pourrait, pour certains cabinets d'avocats désignés d'office, consister à envoyer un jeune stagiaire faire ses premières armes dans le prétoire. Formellement, l'État a rempli son rôle en attribuant un défenseur au citoyen dépourvu de revenus suffisants.

29. L'autre instrument de régulation sociale est la protection juridique qui est venue combler la partie intermédiaire de la pyramide des besoins judiciaires des citoyens, si nous pouvons prendre cette image. Elle s'adresse à tous ceux qui ne sont pas assez pauvres pour bénéficier de l'assistance judiciaire, mais aussi pas assez riches pour s'offrir un avocat pour les frais du procès.
30. En contrepartie du paiement d'une prime acceptable, l'assureur va mettre à disposition du preneur d'assurance des prestations amiables, notamment une plate-forme de téléconsultations juridiques pour répondre aux demandes d'informations juridiques par téléphone ainsi que la prise en charge de la gestion amiable des litiges couverts par l'intermédiaire des salariés de la compagnie d'assurance, dotés d'une solide formation juridique (juristes, avocats, médiateurs). L'assureur offre en outre un deuxième type de prestations : si une procédure judiciaire doit être ouverte, il prend en charge certains coûts, tels que les honoraires d'avocats, les honoraires d'experts, les frais de justice et même les dépens si le preneur d'assurance perd son procès.
31. L'assurance de protection juridique, d'essence libérale avec les compagnies d'assurance privées, apporte ainsi son concours au service public de la justice, en permettant au plus grand nombre de personnes physiques et morales d'avoir les moyens financiers de se défendre, en mutualisant tout simplement les risques juridiques. Elle joue indéniablement un rôle « de régulateur » social démocratique puisque, moyennant une prime d'assurance acceptable, elle permet à ses assurés d'avoir accès au droit et à la justice.
32. Enfin, ceux qui disposent de suffisamment de moyens financiers privés (c'est la partie supérieure de notre pyramide des besoins évoqués plus haut, cf. *supra* N 29) ont la liberté totale de choix du défenseur. Ils se trouvent donc hors champ de l'assurance

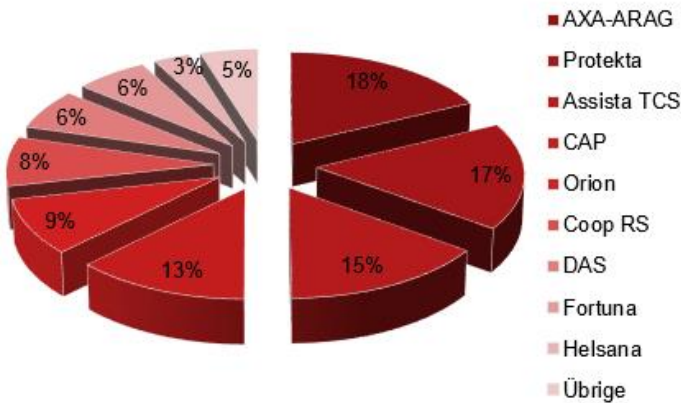
protection juridique. L'usage habile des procédures peut permettre à ce justiciable d'utiliser à loisir tous les recours possibles pour tenter de faire plier son adversaire, après parfois un interminable parcours judiciaire jusqu'à la plus haute juridiction, le Tribunal fédéral.

III. Le développement de la protection juridique

A. Un marché en pleine croissance

33. Souvent décrié par les acteurs conventionnels du monde judiciaire, le développement de la protection juridique fut, en application d'une des prescriptions de la directive européenne (cf. *supra* N 22), principalement confié à des filiales de grands groupes d'assurances, qui prirent très au sérieux leur mission de venir en aide à leurs clients, moyennant le paiement d'une prime d'assurance modeste. Ainsi l'assuré identifie tout de suite les avantages qu'il pouvait tirer de la mutualisation de ses risques juridiques. C'est ainsi que l'assurance permit au citoyen d'avoir un choix plus étendu de prestataires l'accompagnant dans ses démarches auprès des juridictions civiles, commerciales et pénales.
34. Comme nous l'avons dit (cf. *supra* N 10, 11 et 12), le développement du consumérisme et l'évolution de la société ont fait le reste et permis à l'assureur protection juridique de prendre conscience très vite de l'opportunité qui se présentait à lui de répondre aux besoins toujours plus nombreux et divers des justiciables, qui ne trouvaient pas ou que partiellement de réponses à leurs demandes auprès des acteurs traditionnels. Le succès de l'assureur protection juridique tient également à sa capacité d'innovation, notamment pour les risques des entreprises (notamment les PME qui n'ont pas les moyens de posséder un juriste d'entreprise) en fournissant un service à haute valeur ajoutée, délivré par des collaboratrices et des collaborateurs aux compétences reconnues, le plus souvent titulaires d'un master juridique ou d'un brevet d'avocat. En termes de fréquence, le risque de protection juridique de l'entreprise se concrétise plus souvent que celui lié à la responsabilité civile : c'est à notre avis un des motifs de son succès.

35. Le marché de la protection juridique en Suisse se répartit aujourd'hui entre une dizaine de concurrents, dont les parts de marché sont les suivantes⁷ :

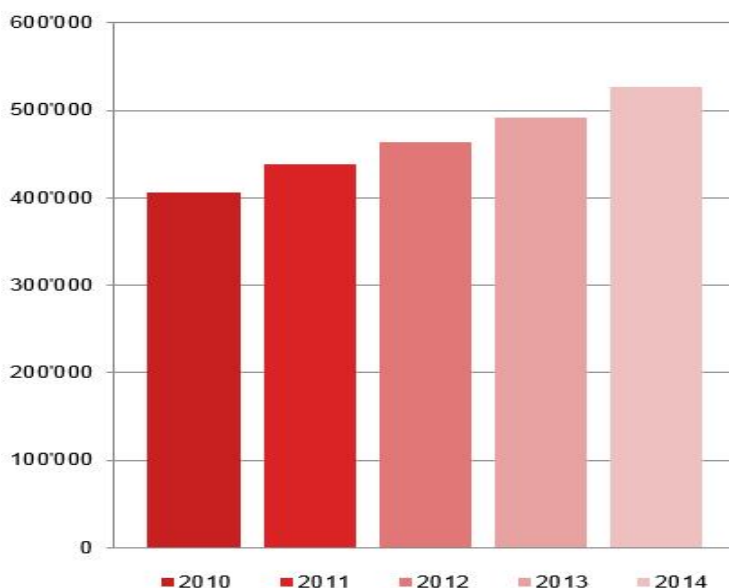


Répartition du marché entre les compétiteurs.

36. Les quatre grandes assurances de protection juridique – à savoir AXA ARAG, Protekta, Assista TCS et CAP – détiennent environ 2/3 du marché suisse, les autres compagnies se partageant le tiers restant. Le dernier assureur de protection juridique arrivé en lice dispose actuellement d'une part de marché de 1%.

⁷ Chiffres publiés annuellement par l'autorité fédérale de de surveillance des marchés financiers (FINMA) ; <http://www.versichererreport.finma.ch/reportportal/> et par l'Association Suisse d'assurance (ASA), <http://www.svv.ch/fr/chiffres-et-faits/assurance-dommages/autres-assurances>.

37. Le montant des primes brutes du marché de protection juridique croît chaque année d'environ 5% et vient de dépasser, au total, le seuil du demi-milliard de francs suisses⁸.



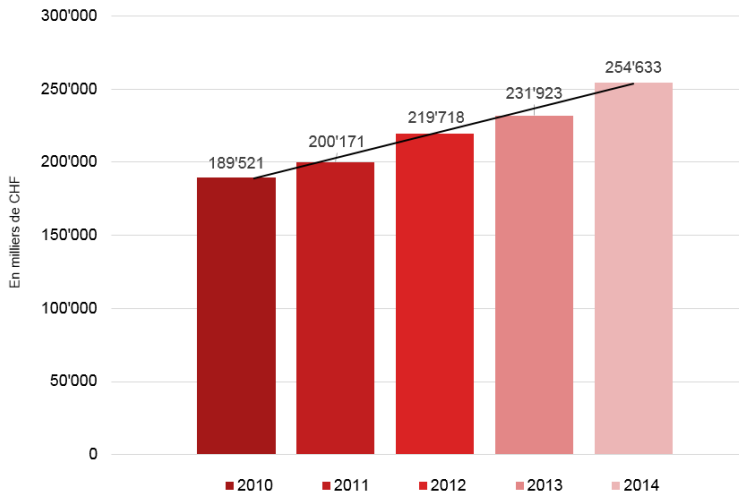
38. Le taux de pénétration du marché peut être estimé de 50 à 60% chez les personnes privées et de 10 à 15% chez les entreprises. Ainsi, le marché est loin d'être saturé et recèle encore un grand potentiel.
39. Ces chiffres démontrent combien l'offre des assureurs de protection juridique (même si elle est incomplète, cf. *infra* N 48, 49 et 50) est adaptée et répond aux besoins du justiciable que les acteurs traditionnels (avocats et juges) n'assument que partiellement. Ce besoin correspond à une réalité socio-économique très profonde

⁸ Chiffres publiés annuellement par l'autorité fédérale de de surveillance des marchés financiers (FINMA); <http://www.versichererreport.finma.ch/reportportal/> et par l'Association Suisse d'assurance (ASA), <http://www.svv.ch/fr/chiffres-et-faits/assurance-dommages/autres-assurances>.

concernant l'accès au droit et à la justice et les réponses apportées ne sont plus uniquement réservées au monde judiciaire traditionnel.

B. Les prestations de sinistres

40. Le corollaire de cette croissance du volume des primes de ces dernières années, c'est l'augmentation du nombre de sinistres annoncés et partant, de la charge brute des sinistres payés⁹, mais pas uniquement, car il faut aussi prendre en compte la charge des frais internes liée à la gestion des cas sans intervention d'un avocat, d'un médiateur ou d'un expert externe.



41. Cette augmentation des montants bruts payés pour les sinistres est liée bien sûr à l'augmentation proportionnelle du nombre de risques et de sinistres couverts, mais également en raison des extensions des domaines couverts par le contrat d'assurance, comme par exemple

⁹ Chiffres publiés annuellement par l'autorité fédérale de de surveillance des marchés financiers (FINMA); <http://www.versichererreport.finma.ch/reportportal/> et par l'Association Suisse d'assurance (ASA), <http://www.svv.ch/fr/chiffres-et-faits/assurance-dommages/autres-assurances>.

les risques liés à l'usage d'Internet qui font partie pratiquement de toutes les conditions générales d'assurance¹⁰.

42. Il est également intéressant de savoir que la contribution des assureurs de protection juridique aux avocats indépendants est évaluée à plus 200 millions de francs suisses en 2014. Ce n'est pas rien et cette contribution permet très largement de « fluidifier » ce marché judiciaire.

C. La normalisation des relations assureurs-avocats

43. Depuis l'intégration de la directive européenne (cf. *supra* N 6) dans les législations nationales, les relations entre l'assureur et l'avocat ne sont pas simples ; elles se focalisèrent presque exclusivement sur la fixation de l'honoraire faisant référence à la liberté des parties pour le fixer, principe qui ne devait subir aucune contrainte, fut-elle d'un assureur de protection juridique. À ce jour, il serait exagéré de réduire les relations entre ces deux protagonistes uniquement à cette question de l'honoraire. Nous pouvons affirmer, au fil du temps, que les relations entre assureurs de protection juridique et les acteurs traditionnels se sont normalisées dans le respect de leur réglementation respective. Nous sommes aujourd'hui loin des critiques formulées il n'y a encore pas si longtemps, qui rendaient les assureurs responsables de la perte de chiffres d'affaires de certains cabinets d'avocats. C'était là un mauvais procès d'intention sans fondement. Les rôles et les domaines de chacun sont très nettement reconnus. Ils sont tantôt concurrentiels, tantôt complémentaires, mais ils contribuent tous à la bonne administration du droit et de la justice, dans l'intérêt des clients-justiciables. N'en déplaise à certains, l'assureur de protection juridique s'est imposé comme un acteur à part entière dans la constellation judiciaire parce qu'il répond à une demande toujours croissante de protection juridique et que le marché ne peut aujourd'hui plus faire sans !

¹⁰ Par exemple : conditions générales de la Protekta, assurance de protection juridique privée, édition 04.2013, chiffre 10.8, <http://www.protekta.ch>.

D. Des prestations adaptées aux demandes des clients

1. L'information juridique par téléphone

44. Les compagnies d'assurance se sont très vite organisées pour offrir des services nouveaux. Par exemple, notre compagnie a été la première à créer un service spécialement dédié à l'information juridique par téléphone. Avec environ 80'000 appels en 2015, elle permet aux assurés d'avoir rapidement, tout au long de la semaine, des informations concernant leurs litiges. Le contrat d'assurance de protection juridique permet à l'assuré, à partir d'un simple numéro de téléphone, d'avoir accès au droit, de mieux appréhender sa problématique juridique et d'entreprendre tout de suite les démarches ad hoc pour le traitement de son cas, dans les meilleures conditions possible.

2. La gestion amiable des litiges

45. Lorsqu'un sinistre est déclaré, le service interne de la compagnie d'assurance prend le relais pour intervenir directement auprès de la partie adverse. La protection juridique gère et règle en interne les cas, sans avoir recours au tribunal. Les nouvelles techniques de règlement de litiges permettent d'obtenir de très bons résultats dans des délais raisonnables.

3. La gestion contentieuse des litiges

46. Lorsque, faute de règlement amiable, un litige fait l'objet d'un contentieux judiciaire, l'assureur prend en charge tous les frais externes nécessaires à l'instruction et au bon déroulement de la procédure. Il n'est pas inutile de rappeler ici qu'il n'y a pas que les honoraires de l'avocat qui sont visés dans cette prise en charge : le sont également les frais et honoraires des experts judiciaires. Il est constant d'observer en cours de procédure la nécessité d'avoir en mains des preuves que seule une expertise judiciaire peut amener, augmentant d'autant les frais de procédure. Sans le soutien de l'assureur de protection juridique, l'engagement financier d'un justiciable peut exploser. Et notre hypothèse ne prend pas en

compte les frais d'une contre-expertise, ce qui arrive hélas souvent ! Même si les honoraires d'experts sont fixés par le juge, ils contribuent à alourdir sensiblement la facture. Si par malheur le client perd son procès, les dépens contribuent également à alourdir la note ! Tous ces frais sont à la charge de l'assureur, tant que le plafond d'assurance de la couverture n'est pas dépassé. L'expérience démontre que le plafond d'assurance mentionné dans les conditions générales n'est pas une disposition cosmétique ou simplement accessoire.

47. Relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908¹¹, les dispositions habituelles relatives à la franchise, qui laisse à la charge du preneur d'assurance une partie des frais externes, s'appliquent à la protection juridique. De même, l'exigence d'un seuil d'intervention minimal en fonction de la valeur litigieuse du litige permet à certains assureurs de refuser un cas bagatelle (généralement en dessous d'une valeur de CHF 300.- ou de CHF 500.-selon les conditions générales)¹².
48. Le contrat d'assurance de protection juridique ne couvre pas tous les litiges potentiels d'un assuré. Il existe des restrictions qui sont liées tantôt au droit des assurances (actes volontaires non couverts, par exemple) tantôt à certaines activités (vente immobilière) permettant à ces détracteurs d'invoquer ces quelques restrictions pour minimiser la portée ou l'intérêt de souscrire un tel contrat. Cette critique est injuste, au regard de l'important soutien que l'assureur fournit à son assuré. De plus, dans un marché fortement concurrentiel, les produits évoluent et les assureurs étendent sans cesse leurs domaines d'intervention afin de pérenniser leur croissance.

¹¹ RS 221.229.1.

¹² Pas de seuil d'intervention minimal chez Protekta, <http://www.protekta.ch>.

IV. Les limites et les opportunités de développement du contrat de protection juridique

A. Les limites du contrat de protection juridique

49. Par définition, un contrat d'assurance ne peut couvrir toutes les situations litigieuses d'un client. Seules des situations aléatoires, donc non volontaires, peuvent entrer dans le cadre du contrat d'assurance dont l'économie repose sur l'aléa, élément fortuit qui arrive sans la volonté de l'intéressé et qui est un élément essentiel du contrat d'assurance. Par conséquent, les infractions volontaires ne peuvent pas faire l'objet d'une couverture d'assurance.
50. Pour éviter la prise en charge d'un litige, né antérieurement à la souscription, l'assureur inclut dans le contrat d'assurance un délai de carence ou d'attente (qui n'a de sens que pour les litiges contractuels) qui va reporter la date d'effet de certaines couvertures du contrat pour une durée plus ou moins longue selon les assureurs¹³. Ce délai fait écho directement à la nature aléatoire, inhérente au contrat d'assurance. C'est une façon de limiter les effets de la volonté de l'assuré dans l'émergence de la situation litigieuse et pour l'assureur d'accorder sa couverture d'assurance uniquement aux litiges futurs, non encore nés au moment de la souscription. Par définition, le contrat d'assurance couvre des risques futurs et l'assuré ne doit pas pouvoir souscrire de contrat pour des événements ou des faits existants susceptibles de dégénérer en litige, conformément au caractère aléatoire du contrat d'assurance.
51. Selon les assureurs, des exclusions formelles, en relation avec la nature des actes juridiques incriminés, des activités du preneur d'assurance ou encore en relation avec le droit des assurances sont explicitement annoncées dans une liste plus ou moins longue intégrée dans les conditions générales d'assurance. Une analyse

¹³ Entre 3 et 24 mois (pour le divorce par exemple), selon le type de couverture : conditions générales de la Protekta, assurance de protection juridique privée, édition 04.2013, chiffre 12, <http://www.protekta.ch>.

critique démontre que des efforts restent encore à faire chez les assureurs, tant au niveau de la rédaction des textes que dans la communication envers les assurés.

B. L'évolution de la demande du justiciable-client : une opportunité pour l'assureur de protection juridique

52. Le marché judiciaire est complexe et aucun des acteurs ne peut prétendre fournir à lui seul l'unique réponse aux demandes toujours plus nombreuses et diverses des justiciables. Les critiques des citoyens au sujet du service public de la justice qu'ils qualifient volontiers de lent et coûteux démontrent la nécessité pour l'assureur, au-delà des procédures de règlements amiables, « de trouver des solutions originales » alternatives aux procédures judiciaires, comme par exemple la médiation, afin de rechercher, au-delà du traitement de la question juridique du litige, une solution concrète, exécutable rapidement, obtenue souvent dans une plus grande discrétion que le tribunal, comme l'exigent souvent les affaires. Ce changement de paradigme dans la gestion des litiges précède une nouvelle approche commerciale auprès des entreprises-clientes et renforce chez l'assureur (en tout cas pour ceux qui l'ont déjà intégré) son positionnement stratégique dans le marché du traitement juridique des affaires. Cette nouvelle approche dans le règlement du conflit modifie fondamentalement la vision du règlement du litige, car elle permet aux parties de se projeter plus sereinement dans l'avenir de leurs relations contractuelles pour trouver une solution plutôt que de se plonger dans leur passé et anéantir des années d'investissement. Dès lors, ce changement impose à toute organisation, une réflexion stratégique sur sa capacité à s'adapter aux nouvelles demandes des clients. La médiation devient, comme l'assistance judiciaire et la protection juridique, un instrument formidable de régulation de l'activité judiciaire.

C. La protection juridique et la médiation : vers un changement de paradigme dans la gestion des sinistres

53. Avec le nouveau CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, et notamment les articles 210 à 218 CPC, la médiation a pris ses lettres de noblesse et est passé du statut de « mode alternatif de règlement

des conflits » à un moyen « à part entière » de règlement de litiges, ouvert aux parties, dès lors qu'elles ont la libre disposition de leurs droits.

54. Aujourd'hui, parler de règlement de litiges ne veut plus dire uniquement « faire traiter son affaire » par la voie judiciaire en chargeant un juge de « dire le droit », après avoir entendu les conseils des parties. Une nouvelle conception de la justice naît et le rôle des intervenants traditionnels (avocats, juges, etc.) se transforme : « *Alors émerge une conception moderne de la justice, une justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social* »¹⁴.
55. « *Cette approche permet aux parties de redevenir acteurs de leur propre affaire, ouvrant le champ des possibles dans les limites de la loi pour élaborer elles-mêmes leur accord, le procès met l'accent sur la lettre, les faits et les choses. La médiation s'ouvre à l'esprit, à la liberté, à la volonté* »¹⁵.
56. Au niveau européen, les assureurs de protection juridique s'intéressent à la médiation depuis le congrès des RIAD¹⁶ des 17-18 octobre 2003, à Dresde. En Suisse, la chambre suisse de médiation commerciale et la fédération suisse de la médiation structurent les activités liées à cette pratique (formation, colloque, etc.). Ce mode de règlement s'impose de plus en plus, car il répond finalement aux attentes du justiciable.

¹⁴ GEMME-FRANCE, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaire*, Paris 2012, citant le Président Guy Canivet, alors Premier président de la cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html.

¹⁵ MARTINE BOURRY D'ANTIN/STEPHEN BENSIMON/GÉRARD PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 123.

¹⁶ Séminaire de Dresde de l'Association internationale de l'assurance de protection juridique (RIAD), travaux publiés par l'association in : *L'assurance de protection juridique, marché, garanties, perspectives* B. Cerveau. Bibliographie : Gemme France - Médiation, conciliation et confidentialité dans l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive du 21 mai 2008 sur la médiation et du décret du 20 janvier relatif à la résolution amiable des différends. La gestion des conflits de Thierry Garby - Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale d'Avi Schneebalg et Eric Galton.

57. Le règlement du litige par la médiation se démarque sensiblement de l'approche traditionnelle des assureurs de protection juridique, car il ne répond pas aux mêmes attentes. Dès lors, il est intéressant dans le cadre de cette présentation de faire un point sur ce mode de règlement et de définir en quoi ce changement d'approche modifie sensiblement la politique de gestion de règlement de l'assureur.

D. La satisfaction du client

58. C'est l'obsession permanente de tout responsable d'organisation. Chaque service met tout en œuvre pour répondre aux demandes du client (cf. *supra* N 44) : renseignements juridiques par téléphone, gestion interne du litige par des juristes spécialisés jusqu'à la transmission du dossier à un avocat externe à la compagnie d'assurance en cas de procès. Chacun, selon sa fonction, contribue à la mise en œuvre de processus de règlements, rapides, efficaces et rentables, afin de satisfaire son client.

Toutefois, force est de constater que la réponse « tout juridique » offerte notamment par les assureurs de protection juridique ou par les autres acteurs traditionnels (cf. *supra* N 15, 17 et 22) à leurs clients n'est pas synonyme de satisfaction, en terme de résultats. Le juriste, comme le juge d'ailleurs, traite le litige, mais pas les causes de celui-ci. « Intraduisible en droit, une partie du litige, la fameuse face cachée de l'iceberg, parfois la plus importante, échappera de toute façon au regard du juge ; pis encore, pour résoudre le différend, le procès contraint à l'exacerber, il donne une prime à la mauvaise foi dans les procédures où chacun niera ses fautes » d'où ce sentiment d'insatisfaction du justiciable lorsque le résultat ne correspond pas à ses attentes et « cette incohérence de principe : la justice ne résout pas le problème posé. Elle résout le conflit, mais non la relation contractuelle, et la médiation vient compléter heureusement l'œuvre de la justice étatique : mieux, elle participe au mouvement de l'évolution de l'Etat de droit lui-même »¹⁷.

¹⁷ MARTINE BOURRY D'ANTIN/STEPHEN BENSIMON/GÉRARD PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 2 s.

E. Une autre façon d'aborder la problématique de l'assuré

59. Avec la médiation, nous découvrons une autre façon d'aborder la problématique litigieuse du client. Dès le début, les contacts avec le client prennent une autre forme. Une fois la vérification des couvertures effectuée, la démarche du personnel de la compagnie, formé aux techniques de la médiation, inverse en effet le mode opératoire. Dans de nombreux litiges (conflits de voisinage, droit du travail, bail ou contrats commerciaux), les parties campent sur des positions juridiques pour justifier leur demande ou réfuter les arguments de l'autre partie, alors que le problème est ailleurs, dans cette fameuse partie cachée de l'iceberg. Faire prendre conscience au client qu'il possède, avec la médiation, un moyen confidentiel, rapide et efficace de s'attaquer aux véritables causes de son litige, c'est lui redonner confiance dans ses capacités à définir ses intérêts et à les défendre en présence d'un tiers neutre et indépendant.
60. Le point le plus délicat reste celui de convaincre la partie adverse. Chez Protekta, nous avons développé un savoir-faire propre, en interne. Dès lors que le processus génère confiance et respect, les résultats sont très positifs.

F. La médiation : un état d'esprit

61. La médiation est, avant tout, un état d'esprit qui doit se répandre dans toutes les équipes. Les techniques utilisées pour le règlement consensuel trouvent une bonne application dans le travail quotidien des juristes, faire comprendre à leurs clients comment passer de l'affrontement au dialogue. *« Toute non violente qu'elle est, la médiation n'en demeure pas moins au départ, nous l'avons vu, affrontement d'intérêts et de passions. En somme, elle est au procès ce que les arts martiaux sont à la guerre : une confrontation sans mise à mort, dans les règles de l'art d'un rituel civilisé mais où le but reste de l'emporter sur l'autre autant que faire se pourra. Néanmoins, si le but de chacun est bien au départ de l'emporter sur l'autre, la finalité de la médiation est de l'amener à comprendre que la satisfaction de l'autre est la condition sine qua non de sa propre satisfaction. Le résultat du*

processus ira même parfois au-delà vers une entente véritable qui restaure une relation humaine, confiante et fructueuse »¹⁸.

G. Comment passer d'un règlement tout juridique à un règlement assisté ?

62. Traditionnellement, les compagnies d'assurance sont structurées autour des prestations juridiques (conseils juridiques et gestion amiable) et financières (honoraires d'avocats, expertises, frais du tribunal) qu'elles délivrent à leurs clients. Naturellement, chaque collaborateur du département gestion des litiges, pris au sens large, peut recevoir une sensibilisation au processus de médiation et en être le prescripteur auprès de l'assuré. Les résultats restent, malgré toute la bonne volonté des uns et des autres, modestes. Il est donc préférable d'opter pour une structure autonome, dédiée spécialement à la médiation. Sans cette unité autonome, il y a fort à parier que le système mis en place, en raison des résistances internes, ne résistera pas ou ne donnera pas les résultats escomptés.

1. Une décision politique

63. Le développement d'une activité de médiation ne peut se faire sans l'engagement plein et entier de la direction générale. C'est avant tout une décision politique qui doit s'imposer auprès des responsables du département de gestion des litiges et des juristes eux-mêmes, dont tout ou presque (formation, travail quotidien, etc.) les éloignent pratiquement de ce processus amiable de règlement.

¹⁸ MARTINE BOURRY D'ANTIN/STEPHEN BENSIMON/GÉRARD PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 17 s.

2. Le principe de confidentialité

64. Les activités du juriste du département gestion des litiges et « de la cellule médiation » doivent être nettement dissociées. Si les deux types de prestations visent les mêmes objectifs, les moyens mis en œuvre pour y arriver sont si différents qu'ils ne doivent pas être confiés à la même personne. En cas d'échec de la médiation, une solution judiciaire devra être trouvée et le juriste du département gestion des litiges doit pouvoir être en mesure de travailler librement, à la suite de son collègue, sans être contraint à un silence de façade, sur des éléments confidentiels dont il aurait eu connaissance dans le cadre de la médiation.

3. Une nouvelle organisation

65. Pour toutes ces raisons, l'existence d'un département autonome s'impose afin de permettre à chaque collaborateur de la cellule médiation de travailler indépendamment des autres juristes. Le développement de l'organisation autonome doit permettre le passage d'une gestion « artisanale » dans la phase de sensibilisation, à une gestion « industrielle » dite de masse, des litiges en médiation.
66. Cette activité suit une nouvelle logique et un rythme différent d'une gestion traditionnelle. Si l'accord de médiation peut être trouvé plus rapidement, il n'en demeure pas moins vrai que les activités liées à la préparation du dossier demandent beaucoup d'attention.
67. Toutefois, on ne peut pas parler d'organisation dissociée sans évoquer le profil des collaborateurs. Une équipe équilibrée, répondant aux différentes approches litigieuses, doit être constituée avec différents profils de collaborateurs, plus seulement juridiques. Tous les litiges ne se ressemblent pas. C'est la raison pour laquelle, dans le cheminement des actes de gestion et avant la transmission à un juriste, le dossier doit être évalué en vue de définir son meilleur mode d'administration (médiation, gestion amiable ou judiciaire). Sur le principe, cette répartition des cas existe déjà au sein des compagnies. Elle doit être approfondie. Au fil des ans, notre compagnie a développé un véritable savoir-faire, avec des critères

bien précis, qui donne toute sa pertinence à une organisation dissociée, mais ce n'est pas la seule.

68. Le recours à un médiateur externe est souvent la règle, car l'assuré doit être en capacité de choisir lui-même son médiateur, à tout le moins, de participer avec le tiers défenseur à sa nomination. Ne dit-on pas que la réussite d'une médiation tient pour grande partie au charisme du médiateur, homme sans pouvoir, dans le processus. Dès lors, il est important que l'assureur de protection juridique donne tous les moyens à l'assuré pour choisir un médiateur possédant les qualités requises en fonction du type de litige, car la réussite du processus en dépend.

4. L'avenir de la médiation

69. Les perspectives de développement de la médiation sont au beau fixe et vont bien au-delà de l'assurance de protection juridique. Les nouvelles dispositions du CPC, notamment son art. 214, qui assignent au juge un pouvoir de recommandation de la médiation judiciaire auprès des parties, devraient contribuer à la promotion de la médiation, même si l'on observe, dans la pratique, une certaine réserve, pour ne pas dire une résistance (dont il serait intéressant de rechercher les motivations et les causes). Enfin, la perspective de nouveaux domaines d'intervention doit permettre aux assureurs les plus audacieux d'être comblés, avec ce nouvel instrument de traitement des litiges.

V. Conclusion

70. Depuis plus de 80 ans, les compagnies d'assurance proposent des assurances de protection juridique en Suisse. Quelles que soient leurs capacités financières, les justiciables-clients qui possèdent un contrat d'assurance de protection juridique disposent désormais de chances égales pour accéder à la justice. Le transfert à un assureur de la charge financière lié à un procès, dont on a vu combien elle peut être importante, évite au justiciable de renoncer à faire valoir ses droits pour des raisons économiques.

71. Selon l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale¹⁹, « tous les êtres humains sont égaux devant la loi ». L'assurance de protection juridique contribue au respect de ce principe de l'égalité en réduisant, voire en supprimant quelques obstacles dans l'accès du citoyen au droit et à la justice. A ce titre, nous en sommes convaincus, elle devient un réel outil social, répondant aux attentes du citoyen-justiciable-client.
72. La demande de protection juridique correspond à un réel besoin socio-économique et nous pouvons pronostiquer – en raison notamment de l'évolution du commerce, des nouvelles technologies, des mœurs – un développement croissant, exigeant de la part de l'assureur plus de flexibilité, de réactivité, d'adaptabilité pour évaluer, conseiller, déterminer, défendre les intérêts des clients et aller à l'essentiel.
73. Au sein de notre groupe, et par extension au sein de notre compagnie, la nature de la relation que nous entretenons avec nos assurés, notamment à l'occasion d'un traitement d'une affaire litigieuse, constitue la pierre angulaire de notre philosophie du traitement des dossiers. Être proche de notre client n'est pas qu'un slogan ! C'est une réalité que nos collaboratrices et collaborateurs vivent au quotidien et ceci n'est peut-être pas étranger au succès que nous rencontrons.
74. Si l'équation de départ pour le succès semble simple (être en symbiose avec ses clients, être proactif pour répondre à ses attentes et pour s'adapter en lui proposant de nouveaux services) la mise en œuvre de ces exigences se révèle toutefois délicate. Elle requiert beaucoup de professionnalisme, de discipline, de conviction et surtout une réelle envie de venir en aide et de faire preuve d'humanisme.
75. Avec le contrat d'assurance, l'assureur dispose d'un bon outil pour adapter constamment ses couvertures aux nouvelles exigences de la société civile et du monde des affaires. À lui de démontrer qu'il veut entretenir des relations transparentes avec ses clients en n'invoquant

¹⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

pas « les petites clauses » mal ou bien rédigées (c'est selon !) pour refuser d'intervenir. Sur ce thème, nous pensons que la branche a encore du chemin à faire, mais gageons que, sous la pression concurrentielle, c'est la PROTECTION JURIDIQUE qui progressera pour la plus grande satisfaction des bénéficiaires de prestations juridiques.

Les difficultés d'application de l'article 8 LCD

par

Florence Bettschart

Avocate

Responsable Politique & Droit

Fédération romande des consommateurs*

I. Introduction	131
II. La genèse de l'article 8 LCD	132
A. L'avant-projet	132
B. Les travaux parlementaires.....	133
III. Les origines européennes.....	134
IV. Le nouvel article 8 LCD.....	135
A. Les conditions générales	135
B. Le consommateur.....	136
C. La disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.....	138
D. La contrariété à la bonne foi.....	139
E. L'utilisation des conditions générales.....	139
V. Les actions des organisations de consommateurs.....	140
A. Quelques généralités	140
B. L'action contre les opérateurs de téléphonie mobile	142

* L'auteur tient à remercier Benjamin AMSLER, MLaw, MCriminology and Security et stagiaire à la Fédération romande des consommateurs, pour l'aide dans ses recherches.

C. L'action contre les fitness	144
D. Actions futures.....	145
VI. Les difficultés d'application de l'article 8 LCD.....	146
VII. Perspectives	149

I. Introduction

1. Suite à son adoption par les Chambres fédérales le 17 juin 2011, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 le nouvel article 8 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)¹ dont la teneur est la suivante :

Utilisation de conditions commerciales abusives

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.

2. Depuis lors, à notre connaissance, aucune jurisprudence relative à cet article n'a été publiée, si ce n'est un arrêt (ATF 140 III 404) concernant l'application du nouveau droit aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Quelle est la raison de la non-application d'une disposition pourtant vivement souhaitée, en particulier par les associations de consommateurs ?
3. Depuis l'introduction, le 1^{er} juillet 2012, de l'article 8 LCD, les organisations de consommateurs ont intégré dans leur programme de travail l'application de cet article. Si, par des négociations avec les entreprises, cet article a permis d'améliorer la situation des consommateurs dans plusieurs cas dont nous parlerons ci-dessous, l'article 8 en lui-même n'a pas été appliqué par les tribunaux, sauf s'agissant d'arrêts concernant les règles inter-temporelles.
4. Cette contribution permettra d'avancer plusieurs explications : négociations avec les parties, effet préventif, disproportion de moyens financiers.
5. Nous ne reviendrons pas, par contre, sur l'ancien article 8 LCD dont la doctrine et la jurisprudence ont déjà abondamment parlé.

¹ RS 241.

II. La genèse de l'article 8 LCD

A. L'avant-projet

6. Mis en consultation en juin 2008, l'avant-projet de révision de la LCD visait à combler des lacunes au sujet de certaines pratiques commerciales, de l'application du droit – y compris l'échange d'informations avec les autorités étrangères de surveillance en matière de concurrence déloyale – et de la transparence des prix des prestations de services².
7. S'agissant plus particulièrement de l'article 8 LCD, le but recherché par cette révision était de créer un instrument législatif permettant de lutter efficacement contre les conditions générales abusives, réclamé aussi bien par la Commission fédérale de la consommation que par diverses interventions parlementaires.
8. L'avant-projet proposait de supprimer le passage de la disposition existante alors selon lequel des conditions générales pouvaient être déloyales lorsqu'elles « *étaient de nature à provoquer une erreur* ». Ainsi, il aurait été possible d'effectuer, en plus des modalités de conclusion du contrat, un contrôle abstrait de la teneur des conditions générales. L'article 8 proposé dans l'avant-projet avait alors la teneur suivante :

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées qui :

a. dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie en contrevenant à la bonne foi, ou

b. prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.

9. Cette disposition a été fort discutée par les participants à la consultation. Si plusieurs d'entre eux, notamment les associations de

² Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), p. 5, disponible sous www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf (27.12.2015).

consommateurs, saluaient la modification proposée, d'autres, en particulier les représentants de l'économie, la refusaient³. Certains participants proposaient en parallèle une modification du Code des obligations (CO) qui aurait amené une sécurité juridique⁴. Il semblait judicieux que les conditions générales faisant partie intégrante des contrats soient aussi réglées par des dispositions dans le CO.

B. Les travaux parlementaires

10. Soumis au Parlement, l'article 8 LCD tel que formulé dans l'avant-projet, puis proposé dans la même teneur par le Conseil fédéral, a fait l'objet d'intenses tractations et de plusieurs navettes entre les Chambres. Alors que le Conseil des Etats l'avait accepté dans un premier débat, le Conseil national voulait s'en tenir au droit en vigueur.
11. Une proposition de compromis a dès lors été faite par le Conseil des Etats. Il a été proposé de limiter la modification de l'article 8 LCD aux conditions générales déloyales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. C'est finalement la Conférence de conciliation qui a permis de trouver un accord final, correspondant à la proposition de la Chambre haute, accepté ensuite par les Chambres en vote final le 17 juin 2011⁵.

³ Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale du 19 décembre 1986, p. 10 ss, disponible sous www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1615/Ergebnis.pdf (27.12.2015).

⁴ Rapport sur les résultats de la procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale du 19 décembre 1986, p. 10, disponible sous www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1615/Ergebnis.pdf (27.12.2015).

⁵ BO 2011 N 1287 et BO 2011 E 706, disponibles tous deux sous http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/resultate.aspx?collection=AB&gesch_nr=09.069&sort=BDATE&way=desc (27.12.2015).

III. Les origines européennes

12. Dans l'Union européenne, le problème est réglé depuis 1993 dans la législation avec la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁶. Cette Directive a été modifiée par la Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁷.
13. Selon la Cour européenne de justice, le système de protection mis en œuvre par la législation européenne sur les clauses abusives repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci⁸.
14. L'annexe à la Directive 93/13/CEE contient une liste « grise » de clauses abusives, qui n'est pas contraignante pour les Etats membres et qui n'a qu'un caractère indicatif.
15. En France notamment, suite à la transposition de la Directive dans le droit national, un décret, publié le 20 mars 2009 au Journal officiel, et intégré aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, liste douze clauses « noires » qui sont interdites et douze clauses « grises » qui sont présumées abusives.
16. Un état comparatif des clauses abusives dans l'Union européenne, en Allemagne, en Autriche et en France a été publié par le SECO (Secrétariat à l'Economie) en 2013⁹.

⁶ Journal Officiel de l'Union européenne, L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34.

⁷ Journal Officiel de l'Union européenne, L 304 du 22 novembre 2011, p. 64-88.

⁸ Arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grup Editorial et Salvat Editores*, C-240/98 à C-244/98, cités in : SYLVAIN MARCHAND, *Droit de la consommation*, Genève 2012, p. 139.

⁹ Etat comparatif des clauses abusives dans l'Union européenne, en Allemagne, en Autriche et en France, SECO, Berne, juillet 2013, disponible sous

IV. Le nouvel article 8 LCD

17. Si l'on reprend la nouvelle formulation de l'article 8 LCD, nous pouvons retenir cinq éléments essentiels, soit :
 - les conditions générales,
 - le consommateur,
 - la disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat,
 - la contrariété à la bonne foi,
 - l'utilisation des conditions générales¹⁰.

A. Les conditions générales

18. Les conditions générales sont des dispositions contractuelles préformulées (« standardisées ») qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats. On parle aussi parfois de « clauses types ». Elles sont par exemple préparées par une entreprise ou un commerçant pour les contrats qu'il conclura ensuite avec l'ensemble de ses clients. Elles peuvent également être rédigées par des associations professionnelles pour l'ensemble de leurs membres, voire pour l'ensemble d'une branche (ex. : Normes SIA)¹¹.
19. Ces conditions générales font en principe partie intégrante du contrat. Cette intégration peut être expresse ou tacite.
20. Force est de constater que ces conditions générales ne sont normalement pas négociées avec le consommateur final. Celui-ci

<http://www.seco.admin.ch/themen/00645/00653/05171/index.html?lang=fr>
(27.12.2015).

¹⁰ NICOLAS KUONEN, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix*, SJ 2014 II 1 ss.

¹¹ PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009, N 234 ss.

doit les accepter pour pouvoir conclure le contrat, sans qu'il n'ait la possibilité de s'y opposer (principe du « take it or leave it »)¹².

21. La technique n'est pas forcément scandaleuse en soi : si chaque consommateur devait négocier chaque clause avec les commerçants, cela serait insupportable. C'est la question de l'équilibre entre les parties qui est problématique, vu le caractère unilatéral de la rédaction des conditions générales¹³.
22. La Fédération romande des consommateurs conseille fréquemment aux consommateurs qui s'opposent à certaines clauses de biffer la clause litigieuse, à voir si l'entreprise cocontractante accepte cette modification.
23. La situation ne s'améliore pas avec le développement du commerce électronique. Pour pouvoir contracter sur Internet, il faut, en règle générale, accepter des conditions générales en cliquant sur un bouton avant de pouvoir passer commande. Dans ce cas, il n'y a aucun moyen de biffer une clause que l'on considérerait comme abusive. Le consommateur est donc contraint d'accepter l'entier des conditions générales pour pouvoir contracter¹⁴.

B. Le consommateur

24. La notion de consommateur est fort discutée aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Il n'existe pas de définition uniforme de ce qu'est un consommateur.
25. Dans le cas de l'article 8 LCD, on ne peut s'appuyer sur les travaux préparatoires du projet de révision de la LCD puisque cette notion a été introduite durant les travaux parlementaires. Les débats parlementaires ne permettent pas non plus d'extraire une définition claire de ce qui est considéré comme un consommateur.

¹² KUONEN (n. 10), p. 4.

¹³ SYLVAIN MARCHAND, *Droit de la consommation*, Genève 2012, p. 139.

¹⁴ VITO ROBERTO/MARISA WALKER, *AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG*, recht 2014, p. 49 ss, p. 50.

26. Plusieurs critères permettent de cerner de manière assez large ce qu'est un consommateur.
27. Ainsi, il peut être défini selon l'usage du bien ou du service : plusieurs textes du droit de la consommation définissent la notion de consommateur comme étant celui qui acquiert une chose ou un service pour un usage personnel et familial, ou pour un usage étranger à son activité professionnelle¹⁵. On retrouve cette définition notamment à l'article 15 al. 1 de la Convention de Lugano¹⁶ ou à l'article 3 de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation¹⁷.
28. Le consommateur peut également se définir par rapport aux caractéristiques professionnelles de l'autre partie. Il s'agit donc ici d'une définition qui met l'accent sur le déséquilibre de la transaction, et le besoin de protection d'une partie réputée faible¹⁸.
29. Certains textes de loi se réfèrent à la notion de la prestation de consommation courante, par exemple à l'article 120 LDIP ou à l'article 32 al. 2 CPC. Ce dernier article précise d'ailleurs qu'un contrat conclu avec un consommateur est un contrat portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.
30. D'autres critères sont encore utilisés comme celui de l'activité spécifique (par ex. en matière de voyages à forfait), la nature du dommage (dans le cadre de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits), l'utilisation finale (à l'art. 11 de la Loi fédérale sur la métrologie)¹⁹.

¹⁵ MARCHAND (n. 13), p. 15 ss.

¹⁶ Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL ; RS 0.275.12).

¹⁷ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1).

¹⁸ MARCHAND (n. 13), p. 19.

¹⁹ MARCHAND (n. 13), p. 21 ss.

31. A la Fédération romande des consommateurs, nous prenons en principe comme critère pour défendre un consommateur le fait de contracter pour son usage privé, familial ou personnel. Nous n'entrons que peu en matière sur la notion de prestation de consommation courante, car il est vrai que la plupart des litiges ou des plaintes que nous traitons concernent des cas dont la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 francs.
32. Nous faisons une exception et offrons nos conseils à des PME ou des entreprises individuelles qui signent, sans se rendre compte qu'il ne s'agit pas d'un annuaire officiel (et gratuit), un contrat à titre onéreux pour leur inscription dans un annuaire professionnel.
33. En 2008, nous avons également défendu de manière plus large les petits épargnants ayant acheté à de grandes banques suisses les produits Lehman Brothers et ayant perdu la totalité ou la quasi-totalité de leur fortune lors de la faillite de la banque américaine. Dans le cadre des négociations que nous avons menées avec les banques, certains critères avaient été posés, notamment la fortune globale du consommateur ou la part de ces produits par rapport à sa fortune totale.
34. Aujourd'hui, dans le cadre du scandale VW (manipulation des valeurs d'émission de NOx lors des tests antipollution), nous avons monté une plate-forme d'information et de défense pour l'ensemble des personnes lésées, quel que soit le type de véhicule concerné²⁰.

C. La disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat

35. L'application de l'article 8 LCD requiert qu'existe « *une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat* ». En d'autres termes, il faut que le contrat soit inéquitable²¹.

²⁰ www.frc.ch/plate-forme-vw (18.01.2016).

²¹ LAURENT BIERI, *Le contrôle judiciaire des conditions générales*, in : BOHNET (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel/Bâle 2012, p. 47 ss, p. 53 et les références citées.

36. Il s'agit là d'effectuer une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des conditions générales et du partenaire contractuel²².
37. Par exemple, si une clause des conditions générales exclut la garantie pour les défauts, mais que cette clause est contrebalancée par une réduction suffisamment importante du prix de vente, il n'y aurait pas de disproportion notable et injustifiée²³.

D. La contrariété à la bonne foi

38. La notion contenue dans l'article 8 LCD exigeant qu'en plus d'être inéquitable pour la partie la plus faible, les conditions générales doivent être contraires à la bonne foi, n'amène pas beaucoup de clarté pour l'interprétation de cet article.
39. Nous pouvons considérer qu'agit contrairement à la bonne foi celui qui trompe le consommateur ou qui, d'une manière ou d'une autre, exploite une situation de faiblesse de celui-ci. Il profite ainsi du manque d'expérience ou de connaissances du consommateur, qui n'est pas en mesure de se rendre compte de la portée de son engagement²⁴.
40. Le critère de la bonne foi permet d'établir une appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisation des conditions générales et le partenaire contractuel. Il est ainsi possible de tenir compte notamment de l'expérience commerciale du partenaire contractuel et de ses connaissances juridiques²⁵.

E. L'utilisation des conditions générales

41. La formulation de l'article 8 LCD est claire : c'est celui qui utilise commercialement des conditions générales préalablement formulées

²² Message du Conseil fédéral concernant la modification de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 I 5539 ss, p. 5567.

²³ MARIE-NOËLLE GOBET, *L'article 8 LCD et les clauses insolites*, ECS 8/13, p. 539 ss.

²⁴ BIERI (n. 21), p. 56 et les références citées.

²⁵ Message du Conseil fédéral (n. 22), p. 5567.

qui pourrait agir de manière déloyale en cas de non-respect des conditions déjà évoquées ci-dessus. Ces clauses doivent servir à conclure un grand nombre de contrats²⁶.

42. Pour nous, peu importe que celles-ci soient intégrées à un contrat²⁷. C'est bien l'utilisation de conditions générales préformulées en tant que telle qui peut amener à un contrôle par le juge. Le Message du Conseil fédéral à ce propos était clair : «il sera (...) possible d'effectuer un contrôle abstrait de la teneur des conditions générales. Autrement dit, le juge pourra déclarer que des conditions générales sont déloyales par leur contenu, même en l'absence de rapports contractuels réels »²⁸.

V. Les actions des organisations de consommateurs

A. Quelques généralités

43. Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2012, les organisations de consommateurs, en particulier la Fédération romande des consommateurs (FRC), la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) et l'Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI), avec le magazine de consommation alémanique Beobachter, ont créé un groupe de travail (ci-après le Groupe de travail) et ont décidé d'agir sur la base de l'article 8 LCD, puisque l'article 10 al. 2 LCD octroie la qualité pour agir aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.
44. Les conditions générales préformulées sont un des problèmes récurrents des consommateurs qui arrivent dans nos permanences. Non seulement ils ne les lisent en général pas, mais la terminologie utilisée ne permet pas au consommateur moyen de comprendre de quoi il en retourne.

²⁶ BIERI (n. 21), p. 52 et les références citées.

²⁷ *Contra* : KUONEN (n. 10), p. 27.

²⁸ Message du Conseil fédéral (n. 22), p. 5550.

45. La Fédération romande des consommateurs conseille dès lors au consommateur :
 - de lire dans la mesure du possible les conditions générales ;
 - si elles sont trop longues, de se concentrer sur les clauses qui peuvent poser problème : conditions de résiliation, de garantie, clauses d'élection de for ;
 - de biffer la clause qui est litigieuse pour le consommateur (sans assurance que le partenaire contractuel soit d'accord de conclure dans ces conditions-là) ;
 - si une clause semble illicite, de contacter nos services.
46. Il est évident que le développement du commerce électronique amène de nouvelles difficultés pour le consommateur. Alors que, par écrit, il a éventuellement la possibilité de biffer la clause litigieuse, cela n'est pas possible pour une transaction en ligne. Le consommateur n'a souvent pas d'autre choix que de cliquer sur un bouton, confirmant ainsi qu'il approuve les conditions générales, avant de pouvoir contracter définitivement²⁹.
47. Dès juillet 2012, le Groupe de travail s'est penché lors d'un premier round sur près de 140 clauses problématiques émanant de 67 entreprises. Il s'agissait aussi bien des conditions des compagnies d'aviation, des sociétés de leasing, des banques, des assurances ou encore de commerces.
48. Début 2014, les partenaires ont décidé de lancer une deuxième salve contre les clauses des opérateurs de téléphonie mobile. Il faut dire que la branche draine son lot de réclamations et de plaintes de clients en butte à des modalités injustes (cf. n. 50 ss).
49. En 2015, le Groupe de travail a mené une nouvelle action contre les conditions générales des clubs de fitness, clauses qui, là encore, font transpirer les consommateurs (cf. n. 61 ss).

²⁹ ROBERTO/WALKER (n. 14), p. 50.

B. L'action contre les opérateurs de téléphonie mobile

50. En janvier 2014, un courrier a été adressé aux trois grands opérateurs helvétiques, Swisscom, Orange (actuellement Salt.) et Sunrise par le Groupe de travail. Faute de modifier les conditions générales d'ici à la fin du mois de février, la Fédération romande des consommateurs et ses collègues ouvriraient une action judiciaire basée sur l'article 8 LCD.
51. Les clauses litigieuses qui créaient les déséquilibres les plus évidents et dont étaient victimes de nombreux consommateurs étaient :
 - la reconduction tacite du contrat pour une année chez Orange et Sunrise (Swisscom l'avait déjà abandonnée en 2011 déjà),
 - les modifications unilatérales en cours de contrat (notamment hausse de prix, diminution du débit/vitesse) qui ne permettent pas toujours de le résilier,
 - les possibilités de résiliation pour justes motifs trop larges que s'octroient les opérateurs et quasi inexistantes pour les consommateurs,
 - les frais de résiliation anticipée exorbitants réclamés au consommateur,
 - l'utilisation du terme « illimité » pour vendre un forfait qui ne l'est pas.
52. S'agissant de la reconduction tacite, si la durée minimale du contrat, d'un à deux ans, est compréhensible lorsque le client a pu bénéficier d'un appareil subventionné, cette clause n'est plus admissible une fois le contrat terminé. Le consommateur doit avoir la possibilité de résilier à plus brève échéance.
53. Concernant les modifications unilatérales du contrat (haut débit, vitesse, couverture réseau), il s'agit, pour nous, souvent d'un élément essentiel du contrat qui est modifié et que le consommateur est contraint d'accepter sans avoir la possibilité de réagir.
54. La résiliation anticipée du contrat est possible pour les opérateurs, notamment lorsque les factures ne sont pas payées (ce qui est compréhensible). Par contre, en cas de problèmes de couverture à

son domicile (alors même que l'opérateur confirmait une bonne couverture réseau) ou de déménagement à l'étranger, le consommateur n'avait pas la possibilité de résilier, si ce n'est moyennant le paiement de frais exorbitants.

55. L'utilisation du terme « illimité » est trompeuse, car les conditions générales des opérateurs prévoient néanmoins souvent une limite d'utilisation (par ex., chez Orange (aujourd'hui Salt.), jusqu'à 3000 minutes de conversation par mois, ou chez Sunrise et Swisscom, « un usage normal personnel »).
56. Certains points, comme la résiliation tacite (cf. § 51 et 52), étaient non négociables et le refus par les opérateurs d'entrer en matière nous aurait conduits directement à une procédure judiciaire.
57. En avril 2014, la Fédération romande des consommateurs a pu annoncer que cette action était un succès³⁰. Pour les clauses de reconduction tacite, Orange et Sunrise ont accepté que les contrats puissent être résiliés tous les mois, avec un préavis de deux mois (et même de trente jours dans certains cas). Les clients peuvent désormais résilier les contrats sans frais en cas de modifications unilatérales défavorables et non négligeables (ou essentielles). Des justes motifs (indisponibilité durable du réseau au domicile, décès, déménagement) sont désormais inscrits dans les conditions générales. Enfin, la communication au sujet du terme « illimité » est améliorée ou les limites seront supprimées.
58. Cette première action de négociations menée par la Fédération romande des consommateurs a donc été une réussite. Vu les résultats obtenus, elle a donc décidé de ne pas mener de procès en vertu de l'article 8 LCD. La relation opérateur-client est désormais plus équilibrée.
59. Néanmoins, dans ce domaine, il s'agira d'être vigilant quant à l'application de ces nouvelles conditions, en particulier dans le suivi du service à la clientèle.

³⁰ FRC MIEUX CHOISIR, n° 67, Lausanne avril 2014, p. 6 et 7.

60. A noter encore qu'en France, CLCV, l'Association nationale de défense des consommateurs et usagers, a déposé début janvier 2013 une assignation contre une dizaine d'opérateurs mobiles – dont les quatre principaux, Orange, SFR, Bouygues et Free, pour des clauses abusives dans leurs contrats. A ce jour, aucun arrêt ne semble avoir été rendu à ce sujet.

C. L'action contre les fitness

61. Début 2015, la Fédération romande des consommateurs et ses collègues sont reparties au front pour s'attaquer désormais aux conditions générales des clubs de fitness. Ainsi, un courrier a été envoyé à 17 fitness des deux côtés de la Sarine (pour la plupart des chaînes) leur demandant de revoir certains points de leurs clauses, faute de quoi une action judiciaire en vertu de l'article 8 LCD serait intentée.
62. Les quatre griefs à l'encontre des fitness étaient les suivants :
- Reconduction automatique : chaque année, de nombreux consommateurs se plaignent de ces clauses de reconduction tacite des contrats d'abonnement de fitness, qu'ils ont signées sans se rendre compte des conséquences et sans avoir été rendus attentifs à cette particularité. Ils se retrouvent alors liés pour une année supplémentaire sans possibilité de résiliation. Nous considérons que cette clause doit être supprimée.
 - Intransmissibilité de l'abonnement à un tiers de manière définitive : cette possibilité doit être introduite dans les conditions générales, comme c'est le cas dans le droit du bail, où le locataire peut se libérer du contrat s'il présente une personne prête à reprendre l'appartement dans les mêmes conditions.
 - Impossibilité de rompre le contrat pour justes motifs : les conditions générales doivent permettre la résiliation anticipée d'un abonnement pour justes motifs, comme un déménagement à plus de 30 km ou une incapacité d'exercice physique attestée par un médecin.
 - Exclusion de la responsabilité du fitness : les centres doivent renoncer à exclure toute responsabilité lorsque les dommages

sont dus, par exemple, à un appareil défectueux ou à un manque d'entretien.

63. La plupart des fitness, en particulier en Suisse romande, ont répondu favorablement à nos demandes³¹. Trois grandes chaînes ont en particulier accepté toutes nos revendications. A la suite de cette action, nous avons publié trois listes : une blanche des fitness recommandés, car remplissant tous les critères, une grise de fitness ne remplissant que partiellement les critères et une noire avec les fitness ayant des conditions trop peu favorables. Vu les résultats obtenus, une action judiciaire en vertu de l'article 8 LCD n'avait dès lors plus de sens.

D. Les actions futures

64. En 2016, le programme de l'Alliance des organisations de consommateurs (FRC, SKS et acsi) contient à nouveau un point sur les conditions générales abusives. Deux problèmes découlant de clauses préformulées reviennent souvent à nos permanences : la validité des bons cadeaux et la facturation de la facture papier.
65. Concernant la validité des bons cadeaux, il arrive fréquemment que des bons cadeaux offerts et payés ne puissent plus être utilisés après un ou deux ans. Les entreprises, qui donnent un très court délai pour utiliser les bons, profitent d'un vide juridique. Il s'agit à la fois d'un problème contractuel, avec une réduction manifeste et inadmissible du délai de prescription, et d'un problème de droit de la concurrence avec une clause abusive figurant dans les conditions générales.
66. La facturation de la facture papier est une pratique de plus en plus courante chez les prestataires de services suisses, notamment les opérateurs téléphoniques, les fournisseurs de cartes de crédit, les gérances immobilières, etc. Le but est d'inciter les consommateurs à passer à la facture électronique et d'abandonner ainsi un fonctionnement jugé non écologique et coûteux. Ce sont en

³¹ FRC MIEUX CHOISIR, n° 81, Lausanne septembre 2015, p. 6.

particulier les personnes âgées, qui n'ont parfois pas d'accès à Internet, qui sont particulièrement désavantagées. En Autriche, un arrêt de la Cour suprême³² a invalidé des clauses de conditions générales qui prévoyaient un tel supplément au motif que ce dernier constituait un préjudice et que le processus manquait de transparence tout en suscitant la surprise. En Suisse, suite à une interpellation de la Conseillère nationale Francine John-Calame (NE)³³, le Conseil fédéral a répondu qu'il comprend que cette pratique puisse irriter les consommateurs, en particulier si ces frais leur sont facturés par le biais d'une adaptation des conditions générales, alors même qu'un contrat est en cours. Il a toutefois estimé qu'il paraît disproportionné d'interdire de manière générale l'imputation d'un supplément pour la facturation papier et qu'il n'y a dès lors pas lieu de légiférer à ce sujet. Enfin, il renvoie à l'article 8 LCD et considère que cela serait éventuellement à un juge de trancher cette question.

67. D'autres clauses vont encore être examinées en 2016, notamment en matière d'aviation civile et de banques. Il est évident que pour les organisations de consommateurs, il s'agit désormais d'un travail annuel récurrent afin d'obtenir pour les consommateurs de meilleures conditions contractuelles possible.

VI. Les difficultés d'application de l'article 8 LCD

68. D'après nos connaissances, il n'existe pour l'heure aucune procédure judiciaire ayant trait à l'article 8 LCD, alors même que l'entrée en vigueur de cet article était très attendue. Plusieurs explications peuvent être avancées.

³² Jugement de l'Oberster Gerichtshof de la République d'Autriche du 28 février 2012, 4 Ob 141/11f, disponible sous https://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/OGH_28.2.2012_4_Ob_141_11f_01.pdf (27.12.2015).

³³ FRANCINE JOHN-CALAME, *Facturer des factures, est-ce bien légal ?*, Interpellation 13.3326, Conseil national, mars 2013, disponible sous http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133326 (27.12.2015).

69. Comme nous l'avons vu plus haut, la teneur définitive de l'article 8 LCD a été finalisée lors des travaux parlementaires par les Commissions des affaires juridiques des Chambres. Cela signifie que l'essence même de cet article n'a pas été forcément bien réfléchie et qu'il s'agit d'un résultat de compromis fait par les partis politiques.
70. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 8 LCD en juillet 2012, les organisations de consommateurs, ainsi que la loi leur en donne le droit à l'article 10 LCD, ont décidé d'agir. Avant d'entrer dans un processus judiciaire, long et coûteux, il est évident que celles-ci ont opté au préalable pour la voie de la négociation et ont ainsi tenté de trouver un accord amiable avec les entreprises concernées. Les premiers résultats ont été favorables, puisque tant les opérateurs de téléphonie mobile que les fitness ont modifié leurs conditions générales litigieuses. La menace d'un procès sous l'angle de l'article 8 LCD semble avoir porté ses fruits et a eu un effet positif pour le consommateur sur les conditions générales qui lui sont opposées. Il va de soi que la Fédération romande des consommateurs continuera à agir de la sorte, mais il faut aussi noter que, pour l'instant, elle ne s'est attaquée qu'à des sociétés dont l'ancrage en Suisse était important. La pression médiatique que nous pouvons exercer en Suisse a sans aucun doute également eu un effet. Le résultat ne serait sans doute pas le même si le processus visait les conditions générales de grandes entreprises étrangères.
71. On peut dès lors considérer que l'article 8 LCD présente un certain effet préventif sur le marché. Avant d'élaborer de nouvelles conditions générales, une société se posera ainsi vraisemblablement la question de savoir si ces conditions respectent la Loi contre la concurrence déloyale.
72. Par ailleurs, la menace que représente le genre d'opérations que nous avons déjà menées démontre que les organisations de consommateurs ne resteront pas les bras croisés. La régularité et la constance de ces actions est désormais établie : nous ne craignons dès lors pas de nous attaquer à quelque branche que ce soit en Suisse et défendrons les droits des consommateurs dans ce cadre. Une certaine atteinte à l'image peut être crainte par les entreprises, ce qui les pousse sans doute à accepter des solutions amiables.

73. Le SECO (Secrétariat à l'économie), bénéficiant de compétences à ce sujet en vertu de l'article 10 al. 3 LCD, a également agi depuis l'entrée en vigueur de l'article 8 LCD révisé. Dans une réponse à une interpellation parlementaire³⁴, le Conseil fédéral a indiqué que le SECO envoie également des avertissements suite aux plaintes qu'il a reçues pour clauses abusives. Il s'agit principalement d'avertissements touchant aux clauses prévoyant une prolongation automatique du contrat, mais aussi à des clauses en vigueur dans le trafic aérien, la billetterie et les télécommunications. Les avertissements ont été efficaces dans huit cas, des discussions sont en cours dans deux cas et une solution a été trouvée dans un cas. A ce jour, le SECO n'a intenté aucune action civile uniquement pour violation de l'article 8 LCD.
74. Le Conseil fédéral admet qu'une action en interdiction ou en cessation de l'atteinte comporte pour toute partie civile, y compris pour la Confédération, des risques procéduraux. C'est pourquoi le SECO privilégie dans un premier temps les avertissements, qui sont plus efficaces et répondent mieux aux principes d'économie de procédure et de proportionnalité.
75. Un des problèmes évidents de l'application de l'article 8 LCD est le coût qu'engendrait une procédure judiciaire pour une association comme la nôtre. Il s'agit non seulement de prendre en compte les frais de défense, mais également les frais procéduraux. Des questions juridiques subsistent à cet effet : sur quelle base les frais d'introduction seraient-ils calculés ? Comment calcule-t-on la valeur litigieuse³⁵ ? Devrait-on additionner le nombre de consommateurs concernés pour déterminer la valeur litigieuse ?
76. Les frais de défense doivent évidemment également être devisés pour que nous puissions envisager un procès sous l'angle de l'article

³⁴ JEAN-FRANÇOIS STEIERT, *Concurrence déloyale et clauses abusives. Quelle activité au SECO ?*, Interpellation 15.3337, Conseil national, mars 2015, disponible sous http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20153337 (27.12.2015).

³⁵ ARNOLD F. RUSCH, *Konsumentenorganisationen im AGB-Streit*, RJB 149/2013 p. 683 ss, p. 690.

8 LCD. Les organisations de consommateurs ne disposent que de services juridiques internes réduits et ne peuvent sur ce point rivaliser avec de grandes entreprises. Dans le cadre de procès, il est clair que nous devrions nous attacher les services d'avocats, dont il est souvent difficile d'estimer les coûts finaux. De plus en plus d'avocats travaillant au forfait, il serait sans doute toutefois possible de négocier une tarification avantageuse pour nous. Par ailleurs, le système de défense *pro bono* qui existe notamment aux Etats-Unis et qui permet à des ONG d'être défendues par certaines grandes études n'est que peu développé en Suisse. Il vaudrait sans doute la peine de discuter de cette problématique avec quelques avocats qui pourraient y voir un avantage à défendre les organisations de consommateurs, en menant certains procès-modèles. La disproportion des moyens entre ceux d'associations et ceux de grandes entreprises est évidente.

VII. Les perspectives

77. Une proposition de modification de l'article 8 LCD a déjà été déposée au Parlement par le Conseiller national Beat Flach en 2014³⁶. Il demande d'étendre le champ d'application à tous les clients, y compris les clients commerciaux, comme cela avait été prévu à la base de la révision de la LCD. Il estime en effet qu'il est difficile de déterminer clairement quels contrats sont exclus du champ d'application de l'article 8 LCD et que la protection offerte par cet article est également importante pour les PME.
78. Si cette initiative parlementaire devait être acceptée, les perspectives d'application de l'article 8 LCD seraient sensiblement modifiées. Le cercle de personnes, physiques ou morales, victimes de clauses abusives, augmenterait. Si des conditions générales justes et équitables sont bien entendu essentielles pour les consommateurs, elles le sont tout autant pour les PME. Pour que la concurrence

³⁶ BEAT FLACH, *Article 8 LCD. Conditions commerciales abusives*, Initiative parlementaire 14.440, Conseil national, septembre 2014, disponible sous http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20140440 (27.12.2015).

fonctionne et que les marchés puissent se développer, des conditions juridiques optimales doivent être en place.

79. Le Groupe de travail instauré par les organisations de consommateurs poursuit sa mission. Nous tenons à trouver un sujet opportun qui nous permettrait qu'un juge procède à un contrôle abstrait de conditions générales. Un des éléments qui pourrait être attaqué est la longueur des conditions générales. Which ?, l'organisation de consommateurs britannique, avait en 2012 comparé la longueur des conditions générales avec des textes classiques de la littérature anglaise³⁷. Ainsi, les conditions générales de Paypal contiennent 36'275 mots, soit plus qu'Hamlet qui a 30'066 mots, tandis que celles d'iTunes ont 19'972 mots, comparées à MacBeth qui a 18'810 mots.
80. Cela démontre à quel point ce système de conditions générales, en particulier dans les services en ligne, devient absurde. Il conviendrait une fois que les consommateurs, les associations économiques et les autorités d'application se mettent autour d'une table pour trouver une solution à ce problème, en tout cas en Suisse. En se penchant sur la manière de rédiger, la longueur et la technicité des clauses, les conditions-cadres du marché se trouveraient améliorées et la confiance des consommateurs ne serait que plus grande. Il va de soi qu'il s'agit d'un problème globalisé et qu'il sera difficile de s'attaquer à des groupes comme ceux cités ci-dessus, mais qui sait ?
81. Une des solutions d'amélioration serait également, par le biais d'une intervention parlementaire, de demander que le Conseil fédéral (ou une autre autorité), par une ordonnance ou l'élaboration d'une annexe à la LCD, émette une liste des clauses abusives, comme cela existe dans l'annexe à la Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ou dans certains pays européens. Une telle liste permettrait d'amener une sécurité juridique et une clarté bienvenue aussi bien pour les

³⁷ RICH PARRIS, *Online T&Cs longer than Shakespeare plays – who reads them ?, which ?,* Londres mars 2012, disponible sous <http://conversation.which.co.uk/technology/length-of-website-terms-and-conditions/> (27.12.2015).

consommateurs que pour les entreprises qui doivent formuler des conditions générales.

Jurisprudence

Nouveautés en droit de la consommation

2013 – 2015

Blaise Carron, Valentin Botteron.....155

Nouveautés en droit de la distribution

2013 – 2015

Christoph Müller, Stéphane Brumann.....161

Nouveautés dans le procès civil social

2011 – 2015

François Bohnet.....167

Nouveautés en droit de la consommation 2013 – 2015

Blaise Carron, Valentin Botteron

Législation

- Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO) du 30 mars 1911, modifications du 19 juin 2015 – modification des art. 40*b*, 40*d*, 40*e*, 406*d*, 406*e* (RO 2015 4107) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RS 220).
- Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC) du 23 mars 2001, modification du 20 mars 2015 – modification des art. 7, 8, 31, 32, 36, 36*a*, 36*b*, 40 (RO 2015 4111) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RS 221.214.1) ; modification du 19 juin 2015 – modification de l'art. 16 (RO 2015 4107) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (RS 221.214.1).
- Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986, modification du 17 juin 2011 – modification des art. 16, 16*a*, 24 (RO 2012 6235) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (RS 241) ; modification du 13 décembre 2013 – modification des art. 3, 4 (RO 2014 869) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (RS 241).

Doctrine

- AESCHIMANN LISA, Rundgang durch Art. 8 UWG, Jusletter 1^{er} septembre 2014
- BARNIKOL MICHAEL, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, thèse, Berne 2014
- BRUNNER A./SCHNYDER A./EISNER A. (édit.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zurich 2014
- EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und der revidierte Art. 8 UWG, REAS 2015, p. 28 ss
- GOBET MARIE-NOËLLE, L'article 8 LCD et les clauses insolites, ECS 2013, p. 539 ss
- HAIDMAYER BARBARA, Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel, RSJ 2016, p. 1 ss

- HILTI R. M./ARPAGAUS R. (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013
- JENNY MARIUS, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, thèse, Zurich 2014
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG : Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, PJA 2014, p. 19 ss
- KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, SJ 2014, p. 1 ss
- MEIERHANS STEFAN/LANZ RUDOLF, Gebühren und staatlich administrierte Preise, in : Häner I./Waldmann B. (édit.), Kausalabgaben, Zurich 2015, p. 27 ss
- PICHONNAZ PASCAL, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in : Pichonnaz P./Werro F. (édit.), La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats, Genève 2015, p. 37 ss
- ROBERTO VITO/STEHLE BERNHARD, Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, Recht 2014, p. 235 ss
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, Recht 2014, p. 49 ss
- STÖCKLI HUBERT, « Mehr oder weniger Staat » : im AGB-Recht ?, in : Belser E. M./Waldmann B. (édit.), Mehr oder weniger Staat ?, Berne 2015, p. 409 ss
- STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, p. 73 ss
- STÜCKI MARIUS, Art. 8 UWG : Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht einer Studienabgänger, Jusletter 10 mars 2014
- WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, thèse, Zurich 2015
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, thèse, Zurich 2015

Jurisprudence

Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du

- ATF 139 II 534 (d) – Art. 1 et 4 LRFP ; 21 al. 1 LSPro ; rapport entre la fonctionnalité et la sécurité d'un appareil ; lien avec la problématique analogue dans le contexte de la LRFP. Le caractère non fonctionnel d'un produit peut

18 juin 1993
(LRFP)
(RS 221.112.944)

constituer un manque de sécurité au sens de la Loi sur la sécurité des produits (LSPro). Un produit, dont la déficience l'empêche de remplir sa fonction, créant ainsi un manque de sécurité, est entaché d'un défaut au sens de la LRFP si le consommateur, en raison des qualités promises par le producteur, attendait un autre produit fonctionnant efficacement (consid. 4.4).

En l'espèce, une série d'extincteurs déficients a fait l'objet d'un rappel par l'association suisse d'inspection technique. La société vendeuse des extincteurs n'était pas autorisée à distribuer les extincteurs dès lors que certains d'entre eux étaient déficients. De plus, la société vendeuse avait omis de dater les extincteurs, de sorte qu'il était devenu impossible de savoir lesquels étaient effectivement entachés d'un défaut.

- TF 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 (d) – Art. 4 LRFP ; devoir d'informer des risques liés à un produit. Le fabricant d'un produit destiné à un professionnel de la branche (en l'occurrence un médecin) remplit son devoir d'informer des risques liés au produit lorsqu'il informe le médecin. Ce dernier est chargé ensuite de discuter des risques du produit avec son patient, en particulier pour les médicaments délivrés sur ordonnance. Par conséquent, le consommateur final ne peut pas reprocher au fabricant de ne pas l'avoir suffisamment informé des risques liés au produit sur la base d'informations destinées au médecin (consid. 9.2).

Dans le cas d'espèce, une jeune femme est victime d'une embolie pulmonaire liée à la prise d'une pilule contraceptive de quatrième génération. Elle se plaint du caractère défectueux du produit dans la mesure où celui-ci est beaucoup plus risqué que les pilules contraceptives de générations précédentes, alors qu'elle n'a pas été suffisamment informée par le fabricant du risque plus élevé.

Loi fédérale sur
le crédit à la
consommation
du 23 mars 2001
(LCC)
(RS 221.214.1)

- ATF 139 III 201 (d) – Art. 3 LCC ; crédit pour le financement d'études ; lien avec l'activité professionnelle. Celui qui se procure un crédit pour le financement de ses études poursuit un but lié à son activité professionnelle. En conséquence, la loi sur le crédit à la consommation n'est pas applicable (consid. 2).

En l'espèce, l'étudiant, à l'issue de la durée de son emprunt, est obéré et ses études ne sont pas terminées. La banque introduit une action en paiement tendant au remboursement

du prêt et des intérêts capitalisés. L'étudiant soutient que la LCC s'applique au contrat et que la banque a perdu le montant du crédit qu'elle a consenti y compris les intérêts en raison du fait qu'elle n'a pas observé son devoir de vérifier la capacité de l'étudiant de contracter un crédit (art. 28 et 32 LCC). Le Tribunal fédéral rejette l'application de la LCC, partant qu'un prêt de financement d'études se distingue d'un crédit à la consommation dans la mesure où il ne correspond pas à la logique « acheter aujourd'hui, payer demain » et que le choix d'entreprendre des études ne se fait pas dans la précipitation, mais s'envisage sur plusieurs années. De plus, en fonction de la durée des études, l'emprunteur n'est en principe pas à même de rembourser l'emprunt dans un délai de trente-six mois conformément à l'art. 28 al. 4 LCC. Enfin, l'emprunt visant à financer des études s'envisage pour accéder à une profession, à la différence par exemple d'un cours de langue d'été. L'emprunt poursuit donc un but lié à une activité professionnelle. La LCC n'est donc pas applicable et l'étudiant est tenu de rembourser son emprunt avec intérêts.

Loi fédérale
contre la
concurrence
déloyale du
19 décembre
1986 (LCD)
(RS 241)

- ATF 140 III 404 (d) – Art. 8 LCD ; 1 à 4 Titre final CC ; utilisation de conditions générales abusives ; droit transitoire. Le renouvellement automatique d'un contrat intervenant avant l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD n'est pas concerné par le nouveau régime. La confiance des parties en la prolongation valable du contrat est à protéger et le nouveau droit ne saurait s'appliquer en conséquence avant son entrée en vigueur. Pour cette raison, l'application des articles 2 et 3 du Titre final du CC est à écarter.

En l'espèce, le consommateur a conclu un contrat d'abonnement de fitness, lequel se renouvelait automatiquement après un an. Le renouvellement litigieux a eu lieu avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD.

Loi fédérale sur
les voyages à
forfait du 18 juin
1993
(RS 944.3)

- ATF 139 III 217 (f) – Art. 1 Loi sur les voyages à forfait ; notion de voyage à forfait. La simple mise à disposition d'un bateau avec son équipement et son équipage pour un certain nombre de jours et afin de se déplacer à sa guise ne suffit pas à être qualifiée de voyage à forfait. Il s'agit d'une cession à titre onéreux de l'usage d'une chose. L'équipage, paraissant d'ailleurs nécessaire pour une embarcation de cette taille,

n'est qu'une prestation accessoire à l'usage de la chose et ne constitue pas une prestation indépendante au sens de l'art. 1 de la loi (consid. 2.1).

- TF 4A_555/2014 du 12 mars 2015 – Art. 1 Loi sur les voyages à forfait ; Art. 84 CO ; contrat de voyage à forfait ; droit au paiement du prix ; monnaie due par le consommateur. Dans l'économie du contrat de voyage à forfait, le prix global doit couvrir le coût des diverses prestations composant le voyage ; néanmoins, sur le plan juridique, le coût des prestations incombe exclusivement à l'organisateur et ses contrats n'obligent pas le consommateur. Celui-ci n'est donc pas tenu de lui rembourser ses frais. Faute d'avoir pu résilier le contrat, le consommateur reste débiteur de l'intégralité du prix convenu avec l'organisateur. Les parties ayant convenu d'un prix global en francs suisses, c'est cette monnaie qui est due par le consommateur (consid. 4.2), cela quelles que soient la ou les autres monnaies dans lesquelles l'organisateur s'était lui-même engagé envers ses prestataires.

En l'espèce, le consommateur, annulant son voyage au dernier moment, n'est pas libéré du contrat par l'organisateur. L'organisateur réclame au consommateur le paiement des coûts des prestations sur place, lesquelles sont réclamées en dollars étasuniens.

Nouveautés en droit de la distribution 2013 – 2015

Christoph Müller, Stéphane Brumann

Législation

- Pas de nouveauté pour la période sous revue

Doctrine

Distribution en général

- KULL MICHAEL/WILDHABER CHRISTOPH, Schweizer Vertriebsrecht, Zurich 2012
- MARCHAND SYLVAIN/CHAPPUIS CHRISTINE/HIRSCH LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux : modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Bâle 2013

Agence

- KULL MICHAEL, Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots und des Anspruchs auf Karenzenschädigung nach Art. 418d Abs. 2 OR, in : Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (édit.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich 2014, p. 369-388
- MIRFAKHRAEI KAVEH, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, thèse, Genève 2014

Franchise

- ABELL MARK, The Law and Regulation of Franchising in the EU, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2013
- FRETZ MELANIE, Le droit à l'indemnité de chômage dans le cas particulier d'un contrat de franchise, RSAS 6/2013, p. 587-588
- GOBAT SEBASTIEN, L'indemnité de clientèle du franchisé : conditions d'application analogique de l'art. 418u CO au contrat de franchise, PJA 2013, p. 537-545
- LANG KASPAR, Rechtsschutz im Franchising durch vorvertragliche Information : eine Untersuchung anhand des Unidroit Model Franchise Disclosure Law, thèse, Berne 2014

Licence

- PASSADELIS NICOLAS/STROBEL EVA-MARIA, Internationale Lizenzverträge : rechtssichere und interessengerechte Vertragsgestaltung, in : Münch Peter/Passadelis Nicolas/

Lehne Jens (édit.), Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht : rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft, Bâle 2015, p. 209-269

Représentation exclusive

- ROHN PATRICK, Internationale Distribution : rechtliche Einordnung und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in : Münch Peter/Passadelis Nicolas/Lehne Jens (édit.), Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht : rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft, Bâle 2015, p. 159-207

Transport

- BRUNNER RAPHAEL, Internationale Transportgeschäfte : transportrechtliche Regeln und Standarddokumente, in : Münch Peter/Passadelis Nicolas/Lehne Jens (édit.), Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht : rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft, Bâle 2015, p. 91-158
- FURRER ANDREAS, Erlasssammlung zum Gütertransport- & Logistikrecht, Zurich 2013
- FURRER ANDREAS, Stillstehende Ware unter schweizerischem Recht : Rechte und Pflichten aus dem Transport- und Logistikrecht, PJA 2013, p. 865-886
- HOCHSTRASSER MICHAEL, Der Beförderungsvertrag : Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, thèse d'habilitation, Zurich/Bâle/Genève 2015

Vente internationale de marchandise

- BRUNNER CHRISTOPH (édit.), UN-Kaufrecht – CISG, 2^e éd., Berne 2014
- KRAMER ERNST/KOZIOL HELMUT, Zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts bei Werk- und Dienstleistungen, Vienne 2015
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (édit.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6^e éd., Munich/Bâle 2013

Jurisprudence

Distribution en général

- TF 4A_64/2015 du 7 septembre 2015 (f) – Contrat de distribution ; définition. Le contrat de distribution n'est pas un contrat nommé et le droit suisse ne définit pas non plus le terme de distribution. Selon la doctrine, la distribution

désigne les divers systèmes commerciaux liés à la mise sur le marché de biens ou de services. Une distinction s'opère entre distribution intégrée, où le fournisseur distribue lui-même ses produits, et distribution non intégrée, où celui-ci recourt à des distributeurs indépendants. Certains définissent le contrat de distribution comme un accord entre deux parties indépendantes, par lequel le fournisseur, en échange d'un prix et/ou d'une redevance, vend un produit et/ou concède l'usage d'un bien immatériel au distributeur pour lui permettre de vendre un bien et/ou de prester un service à ses clients (consid. 4.4).

- TF 4A_335/2014 du 18 décembre 2014 (f) – Art. 418^u CO ; indemnité pour la clientèle ; contrat de distribution offrant le statut de membre autorisé d'un réseau et comportant le droit de vendre des véhicules à moteur et des pièces détachées de la même marque ainsi que d'assurer les services de maintenance et de réparation des véhicules en question. Vu les principes jurisprudentiels posés dans l'ATF 134 III 497, rien ne s'oppose à l'application de l'art. 418^u CO au contrat de distribution liant les parties. L'octroi de l'indemnité pour la clientèle (art. 418^u CO) est subordonné à la réalisation de trois conditions cumulatives (augmentation sensible du nombre de clients, profit effectif en résultant pour le cocontractant et caractère non inéquitable de semblable attribution). Le fardeau de la preuve de l'augmentation de la clientèle incombe à celui qui réclame une indemnité à ce titre (consid. 4.4).

Agence

- TF 4A_212/2013 du 10 octobre 2013 (f) – Art. 418^c et 418^r CO ; résiliation immédiate ; obligation de fidélité ; indemnité. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être considérée comme une mesure exceptionnelle et dès lors admise de manière restrictive. Elle est soumise par renvoi aux dispositions relatives au contrat de travail (art. 418^r al. 2 et 337 al. 2 CO). Les faits invoqués doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance. Toutefois, seul un manquement particulièrement grave justifie une résiliation immédiate ou, s'il est moins grave, uniquement s'il a été répété malgré un avertissement. Le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs et applique les règles de l'équité (art. 4 CC). Il tiendra notamment compte du type et de la durée des rapports contractuels, ainsi que de la nature et de

l'importance des manquements (consid. 2.1). Le devoir de fidélité de l'agent ne lui permet pas de travailler pour des concurrents de son mandant (art. 418c al. 1 CO). En revanche, il ne l'empêche pas de se mettre au service d'autres mandants à moins d'une convention écrite contraire (art. 418c al. 2 CO). En l'espèce, un agent – dont le contrat comporte une clause de prohibition de concurrence – ne viole pas son obligation de fidélité en accomplissant, avant la fin de son contrat, des préparatifs pour se mettre à son compte à l'issue des relations contractuelles pour autant, toutefois, qu'il ne commence pas à concurrencer son mandant, à débaucher des employés ou à détourner de la clientèle (consid. 2.2 ss). En cas de résiliation abrupte injustifiée du contrat, l'agent a droit à l'indemnité spéciale prévue à l'art. 337c al. 3 CO.

- TF 4A_92/2013 du 25 septembre 2013 (f) – Art. 418g et 418k CO ; provision ; relevé de compte. L'art. 418g al. 1, et non al. 2 CO, est applicable lorsque l'agent n'a pas l'exclusivité dans un rayon déterminé ou auprès d'une clientèle déterminée. Par conséquent, seule une clause explicite permettrait de retenir que le mandant se soit engagé à verser une provision sur toute affaire conclue, quand bien même celle-ci n'aurait pas été procurée par l'activité de l'agent (consid. 3). Le mandant, sauf convention écrite contraire, a le devoir de produire à l'agent un relevé de compte suffisamment précis présentant les affaires donnant lieu au versement de commissions (418k al. 1 CO). Il s'agit d'un droit accessoire à la créance en paiement de la provision dont la violation peut fonder une prétention en dommages-intérêts, voire des mesures d'exécution forcée. Une violation de l'art. 418k CO ne permet toutefois pas de prétendre aux provisions du seul fait que les relevés de compte n'ont pas été dressés (consid. 7).
- TF 4A_533/2012 du 6 février 2013 (f) – Art. 418a CO ; distinction entre le contrat d'agence (art. 418a ss CO) et le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO). L'agent se distingue essentiellement du voyageur de commerce par son indépendance. Ce dernier se trouve en effet dans un rapport de subordination à l'égard de son employeur. Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est un contrat de travail à caractère spécial

(consid. 2.4). Les tribunaux procèdent à l'interprétation ou la qualification d'un contrat au regard de la réelle intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations et expressions utilisées par celles-ci (art. 18 al. 1 CO) (consid. 2.3 et 2.5).

Représentation
exclusive

- TF 4A_484/2014 du 3 février 2015 (d) – Résiliation. Les principes généraux concernant la résiliation de contrat de durée et non ceux de la société simple (art. 545 CO) s'appliquent au contrat de représentation exclusive liant les parties (consid. 2.4 et 3.2). Bien que le concessionnaire n'ait volontairement pas respecté le chiffre d'affaires convenu, une résiliation immédiate ne se justifie pas lorsqu'il a conduit diverses opérations marketing et gagné de nouveaux clients. En l'espèce, le concessionnaire a renoncé à de nouvelles acquisitions suite à des réclamations de clients. Il n'a pas voulu en contrarier davantage (consid. 3.2.3).

Transport

- ATF 139 III 217 (f) – Art. 101 LNM ; délimitation entre les différents contrats ayant pour objet l'utilisation d'un navire selon la Loi sur la navigation maritime (LNM ; RS 747.30). La mise à disposition d'un bateau, avec son équipage et son armement, permettant de voyager librement pendant un temps déterminé, et ceci contre rémunération est constitutive d'un contrat d'affrètement (art. 94 al. 1 LNM) et non de location de navire (art. 90 al. 1 LNM) ou de transport maritime (art. 101 al. 1 LNM ; consid. 2.2). Par ailleurs, il ne s'agit pas d'une croisière soumise à la Loi sur les voyages à forfait (RS 944.3) puisqu'en l'espèce ce contrat n'englobe pas, pour plusieurs jours, le transport, l'hébergement et un programme, le tout présenté à un prix forfaitaire (consid. 2 ss).

Vente
internationale de
marchandises

- TF 4A_614/2014 du 2 avril 2015 (d) – Art. 25 et 49 CVIM ; contravention essentielle ; résolution du contrat. Dans le cadre de l'art. 49 al. 1 let. b CVIM, la résolution du contrat par l'acheteur n'est possible que s'il a imparti un délai supplémentaire au vendeur. Ce délai doit non seulement être raisonnable, mais également être communiqué de façon claire et précise (consid. 5.7). La notion de contravention essentielle suivant l'art. 25 CVIM doit être interprétée de façon restrictive. Ainsi, une telle contravention n'est pas admise lorsqu'un doute persiste. La résolution du contrat doit assurément rester l'exception. L'acheteur doit en effet

tout d'abord employer les autres moyens de droit dont il dispose avant de résoudre le contrat (consid. 6.1).

- TF 4A_741/2012 du 26 mars 2013 (f) – Art. 6, 8 et 36 al. 1 CVIM ; exclusion de garantie. Les parties peuvent convenir d'une vente sans garantie (art. 36 al. 1 CVIM) au regard de l'art. 6 CVIM. Lorsque les parties ne conviennent pas explicitement d'une exclusion de garantie, un rabais consenti par le vendeur ne peut être qu'un indice d'une exclusion conventionnelle. L'exclusion doit être corroborée par d'autres circonstances. L'interprétation des déclarations des parties s'effectue selon les principes de l'art. 8 CVIM, lesquels correspondent, en substance, au principe de la confiance reconnu en droit suisse. Seul un rabais très important et immédiatement reconnaissable lors de la conclusion du contrat, opéré sur la valeur objective du bien et aisément identifiable par les parties, autorise éventuellement à présumer l'exclusion tacite de la garantie ordinairement due par le vendeur (consid. 4).
- TF 4A_617/2012 du 26 mars 2013 (d) – Art. 39 CVIM ; retard de l'avis des défauts ; renonciation tacite du vendeur à invoquer un tel retard. Le caractère dispositif de l'art. 39 CVIM permet au vendeur de renoncer à invoquer le retard de l'annonce faite par l'acheteur de la non-conformité de la marchandise. Une renonciation implicite est admise en présence d'indices suffisants. Ainsi, une telle renonciation est notamment reconnue lorsque le vendeur, sans émettre de réserve, admet la violation du contrat, reprend le bien, se dit prêt à effectuer des réparations ou à le remplacer. La simple ouverture de négociations sur les défauts allégués ou un accord sur leur réparation tout en exigeant le paiement complet ou encore le fait d'invoquer devant les tribunaux seulement et pour la première fois le retard de l'avis des défauts, ne saurait être interprété comme une renonciation (consid. 3.2).

Nouveautés dans le procès civil social 2011 – 2015

François Bohnet

Jurisprudence

Code de
procédure civile
suisse
(RS 272)

For

- TF 4A_575/2013 du 16 novembre 2015 (f), RSPC 2014 311 – Art. 32 CPC ; for du consommateur en matière d'assurances. Certains contrats d'assurance répondent à la définition du contrat avec un consommateur, comme l'assurance ménage ou une assurance responsabilité civile pour détenteur d'un véhicule automobile privé. Dans la mesure où une assurance ne concerne plus le domaine privé du (prétendu) consommateur, mais la sphère professionnelle ou commerciale, l'art. 32 CPC ne trouve pas application. Le rapport juridique noué entre une association et un de ses membres n'est pas de nature contractuelle et il ne tombe en principe pas dans le champ d'application de l'art. 32 CPC. La question de savoir si une réserve doit être faite, avec la doctrine, pour les litiges entre l'association et l'un de ses membres dans les (rares) situations où l'aspect associatif est relégué au second plan et où il existe entre eux un véritable rapport d'échange portant sur une prestation de consommation courante peut demeurer ouverte (consid. 2.2).
- ATF 137 III 311 (f), RSPC 2011 363 – Art. 35 CPC. Les fors de l'art. 21 LFors (art. 35 CPC) découlent du concept de procès civil à caractère social et visent à assurer la protection de la partie dite faible au contrat, tel le travailleur, en lui interdisant de renoncer à l'avance ou par acceptation tacite (*Einlassung*) aux fors prévus par la section 5 du chapitre 3 de la LFors. En revanche, ils ne s'opposent pas à une élection de for conclue après la

naissance du différend. Vis-à-vis du cocontractant de la partie dite faible, par exemple l'employeur, ces fors sont de nature dispositives : ainsi, la partie dite forte peut y renoncer à l'avance ou accepter tacitement un autre for (consid. 4.1.1).

Conсорité

- ATF 139 III 24 (d) – Art. 93 CPC ; solidarité et consорité. Lorsqu'une seule et même prétention est exercée contre plusieurs codébiteurs solidaires, le montant réclamé contre tous détermine la valeur litigieuse (consid. 4).

Procédure simplifiée

- ATF 139 III 457 (d), RSPC 2014 91 – Art. 243 ss CPC ; caractéristiques de la procédure simplifiée. La procédure simplifiée se caractérise entre autres par un formalisme allégé (art. 244 CPC), une durée plus brève (liquidation en une audience, art. 246 CPC) et une implication renforcée du tribunal dans l'établissement des faits (respectivement devoir d'interpellation renforcé, et maxime inquisitoire sociale, 343 CPC) (consid. 4.4.3.2).
- TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 (f), RSPC 2014 144 – Art. 244 CPC ; motivation de la demande simplifiée. A teneur de l'art. 244 CPC, la demande simplifiée doit notamment contenir les conclusions et la description de l'objet du litige (al. 1 let. b et c), mais pas nécessairement une motivation (al. 2). Est visée aussi bien la motivation juridique que factuelle. Le justiciable est donc dispensé de présenter dans la demande simplifiée des allégations de fait assorties d'offres de preuve. La phase des allégations peut se dérouler oralement, c'est-à-dire à l'audience, cas échéant avec l'aide du juge (consid. 3.3).
- ATF 140 III 450 (d), RSPC 2014 144 – Art. 245 CPC ; renonciation aux débats. Une renonciation aux débats principaux après un seul échange d'écritures viole le droit d'être entendu du défendeur sauf accord de celui-ci. Un tel accord peut être oral, voire tacite, mais il ne faut pas l'admettre à la légère, en particulier pour un laïc, compte tenu du droit d'être entendu et du droit à

une audience publique. Savoir si une renonciation doit être admise lorsque s'applique la maxime inquisitoire sociale n'a pas été tranché (consid. 3).

Maxime
inquisitoire
sociale

- 4A_197/2014, RSPC 2015 114 – Portée de la maxime inquisitoire sociale. Il ne suffit pas, à l'appui des allégués, de renvoyer globalement aux pièces déposées. Même sous la maxime inquisitoire sociale, il ne revient pas au juge de rechercher activement s'il peut être tiré un élément des pièces déposées. Il n'est en revanche pas exigé des parties qu'elles établissent dans tous les détails les éléments pouvant être tirés d'un moyen de preuve (consid. 7.3).