

Dario Hug / Christoph Müller / Mathieu Singer

Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance

Commentaire de l'arrêt du TF 4A_330/2021 du 5 janvier 2022

Le Tribunal fédéral a jugé valide une clause de conditions générales d'assurance qui excluait les pandémies du risque assuré, en faisant référence à une ancienne échelle de l'OMS. Cette contribution résume l'arrêt et présente une analyse critique sous l'angle du principe de transparence, de la règle de l'insolite et de la règle des clauses ambiguës. Elle aborde également les difficultés méthodologiques propres à l'examen des conditions générales.

Catégories d'articles : Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques : Droit des assurances privées, Droit privé, Droit des obligations, Droit de la consommation

Proposition de citation : Dario Hug / Christoph Müller / Mathieu Singer, Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance, in : Jusletter 11 avril 2022

Table des matières

1. Introduction
2. Résumé de l'arrêt
 - 2.1. Faits
 - 2.2. Droit
 - 2.2.1. Problématique
 - 2.2.2. Rappels juridiques
 - 2.2.3. Contrôle du consentement
 - 2.2.4. Interprétation
3. Principe de transparence
 - 3.1. Notion de transparence
 - 3.2. Renvoi à des définitions de tiers
4. Règle de l'insolite
 - 4.1. Principe et conditions d'application
 - 4.2. Caractère subjectivement insolite
 - 4.3. Caractère objectivement insolite
5. Règle des clauses ambiguës
 - 5.1. Subsidiarité de l'article 33 LCA
 - 5.2. Approche critique
6. Conclusion

1. Introduction

[1] Ce commentaire s'interroge sur le bien-fondé d'un récent arrêt du Tribunal fédéral, destiné à la publication aux ATF, concernant la validité d'une exclusion de couverture des dommages consécutifs à une pandémie contenue dans les conditions générales d'une assurance (ci-après : CG).

[2] Le commentaire évoque notamment la difficulté de classer, d'un point de vue méthodologique, l'exigence de transparence des CG : relève-t-elle plutôt du contrôle du consentement ou de celui de l'interprétation ? Il évoque également la difficile question du degré de transparence qu'une partie destinataire peut attendre lorsque les CG renvoient à des définitions de tiers pour délimiter les risques assurés.

[3] Quant à la règle de l'insolite, il se pose à nouveau la question du stade auquel cette problématique est examinée d'un point de vue méthodologique : est-ce que le caractère objectivement insolite d'une clause doit être analysé dans le cadre du contrôle du consentement ou de celui du contenu de la clause litigieuse ? Sur le fond, le présent commentaire critique la conclusion du Tribunal fédéral (et du tribunal argovien) selon lequel la clause litigieuse dans cette affaire n'était pas objectivement insolite.

[4] En ce qui concerne la règle des clauses ambiguës, ce commentaire s'interroge sur la portée subsidiaire que le Tribunal fédéral accorde à l'art. 33 LCA¹ et soulève notamment la question de savoir si cette subsidiarité n'est pas trop favorable aux compagnies d'assurances.

¹ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1).

2. Résumé de l'arrêt

2.1. Faits

[5] L'intimée est une société anonyme exploitant un restaurant avec bar dans le canton d'Argovie. Elle a conclu en 2018 une « assurance commerce PME » auprès de la recourante, une grande compagnie d'assurance. La couverture comprend notamment les pertes de rendement et frais supplémentaires consécutifs à une épidémie, jusqu'à un montant maximal de CHF 2'000'000.

[6] Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a déclaré la situation extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp² en lien avec la propagation du Covid-19. Par voie d'ordonnance, il a ordonné la fermeture des établissements publics de Suisse à partir du lendemain. Ayant calculé que le dommage causé par l'arrêt d'exploitation de son restaurant jusqu'au 30 avril 2020 se monterait à CHF 75'397, l'intimée a demandé à la recourante, par courrier du 19 mars 2020, de lui octroyer les prestations d'assurance convenues. Après le refus de cette dernière, l'intimée a ouvert une action partielle devant le Tribunal de commerce du canton d'Argovie, réclamant le versement de CHF 40'000 plus intérêts tout en se réservant le droit de faire valoir des prétentions supplémentaires ultérieurement.

[7] Par jugement du 17 mai 2021, la cour cantonale a admis l'action partielle du restaurateur. La compagnie d'assurance a déposé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, concluant à l'annulation du jugement de première instance et au rejet de l'action.

2.2. Droit

2.2.1. Problématique

[8] Le litige se rapporte à une clause des conditions complémentaires intégrées au contrat d'assurance liant les parties. Ces conditions complémentaires comprennent une première rubrique B1 énonçant les risques assurés (« *Versichert sind* ») et une seconde B2 indiquant les exclusions de couverture (« *Nicht versichert sind* »). Sous le titre « épidémie », sont assurés les dommages consécutifs à des mesures prises par les autorités pour limiter la propagation de maladies transmissibles. Cependant, dans la rubrique des exclusions, les conditions complémentaires excluent notamment les dommages « *consécutifs à des agents pathogènes pour lesquels les niveaux de pandémie 5 ou 6 de l'OMS sont applicables au niveau national ou international* » (« *infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten* »).

[9] L'échelle de l'OMS en six phases à laquelle il est fait référence n'était déjà plus en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Selon l'arrêt commenté, l'OMS est passée dès 2013 à une nouvelle classification en quatre phases. L'ancienne échelle peut toutefois encore être retrouvée sur Internet et il n'est pas contesté que la première vague de Covid-19 aurait rempli, matériellement, les conditions du niveau 5 au moins. Il se pose néanmoins la question de savoir si l'exclusion de couverture précitée est valable, sous l'angle du droit des conditions générales et du droit des assurances.

² Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101).

2.2.2. Rappels juridiques

[10] Le Tribunal fédéral commence par divers rappels relatifs aux CG. Si une partie accepte des CG de manière globale, c'est-à-dire sans les lire, en prendre connaissance ou en comprendre la portée, leur validité est limitée par la règle de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*). Cette règle signifie que les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie destinataire n'a pas été spécialement attirée, sont soustraites au consentement global³. Pour être considérée comme insolite, une clause doit être à la fois subjectivement⁴ et objectivement⁵ surprenante.

[11] Le Tribunal fédéral rappelle également que les CG s'interprètent fondamentalement selon les mêmes principes que d'autres clauses contractuelles. Est en premier lieu décisive la volonté réelle et concordante des parties ; si celle-ci ne peut pas être établie, les déclarations doivent être interprétées selon le principe de la confiance, à savoir comme elles pouvaient et devaient être comprises par l'autre partie au vu de leur formulation et de l'ensemble des circonstances⁶. En cas de doute, les tournures ambiguës contenues dans des CG doivent être interprétées en défaveur de la partie qui les a rédigées (règle des clauses ambiguës, *Unklarheitsregel*). Dans le domaine du contrat d'assurance, cette règle est concrétisée à l'art. 33 LCA. Elle est toutefois subsidiaire, dans le sens où il faut que les autres moyens d'interprétation n'aient pas permis de lever l'ambiguïté⁷.

2.2.3. Contrôle du consentement

[12] En venant à la résolution du cas d'espèce, le Tribunal fédéral traite d'abord le principe de transparence (*Transparenzgebot*), invoqué par l'intimée en rapport avec le fait que l'échelle des pandémies de l'OMS n'était pas détaillée dans les CG. Selon ce principe développé par la doctrine, le texte des CG doit être compréhensible et lisible. La question s'examine au stade du contrôle du consentement (*Konsenskontrolle*). Le Tribunal fédéral écarte toutefois l'argument d'un revers de main, estimant que le principe de transparence n'exige pas que les notions utilisées dans les CG soient définies directement dans celles-ci pour être couvertes par le consentement des parties⁸.

[13] La cour cantonale a estimé que la clause litigieuse était certes subjectivement insolite pour l'intimée, mais nié son caractère objectivement insolite. Le Tribunal fédéral confirme cette position. L'épidémie n'est qu'un des nombreux risques pour lesquels a été conclue « l'assurance commerce PME », et les pandémies qui en sont exclues sont un risque rare et spécifique. Cette exclusion ne remet pas en cause l'équilibre du contrat. En outre, le procédé consistant à exclure certains risques de la couverture d'assurance est courant et chaque assuré peut s'y attendre⁹. La clause litigieuse n'est donc pas (objectivement) insolite.

³ Arrêt commenté, consid. 2.1.3.

⁴ Arrêt commenté, consid. 2.1.3.2.

⁵ Arrêt commenté, consid. 2.1.3.3.

⁶ Arrêt commenté, consid. 2.2.1.

⁷ Arrêt commenté, consid. 2.2.2.

⁸ Arrêt commenté, consid. 4.1.2.

⁹ Arrêt commenté, consid. 4.2.5.

2.2.4. Interprétation

[14] Le tribunal argovien, interprétant la clause litigieuse selon le principe de la confiance, a jugé que cette exclusion de couverture ne s'appliquait pas. D'une part, elle serait incompréhensible telle qu'elle est formulée, ne définissant pas les critères sur lesquels elle se base ; d'autre part, elle poserait une condition (application des niveaux de pandémie 5 ou 6 de l'OMS) qui n'aurait pas été remplie, aucune autorité suisse ou internationale ne s'étant référée à cette échelle dans le cadre du Covid-19¹⁰.

[15] Le Tribunal fédéral reproche à la cour cantonale de s'être basée sur une interprétation purement littérale du texte des CG. Il rappelle d'abord qu'un contrat doit s'interpréter non pas de manière isolée, mais en tenant compte de l'ensemble des circonstances¹¹. Il part ensuite du principe qu'une personne moyenne sait ce qu'est une pandémie, à savoir une épidémie de grande envergure. Sur cette base, elle peut comprendre de bonne foi à la lecture de la clause litigieuse que les formes les plus graves d'une pandémie, désignées selon une certaine échelle de l'OMS dont elle n'a pas besoin de connaître les détails, sont exclues de la couverture d'assurance¹².

[16] Comme l'échelle de l'OMS en six niveaux n'était plus actuelle, il est évident, selon le Tribunal fédéral, qu'aucune autorité n'allait s'y référer durant la pandémie de Covid-19. Interprétée littéralement, la condition de la clause d'exclusion ne pouvait donc jamais être remplie, ce qui n'est pas une interprétation conforme au principe de la confiance. Le but de la clause, reconnaissable pour le preneur d'assurance, était d'exclure les cas de pandémie les plus graves¹³.

[17] Comprise ainsi, selon les règles de la bonne foi, la clause litigieuse est claire. Il n'y a donc pas de place pour l'application de la règle des clauses ambiguës, qui est subsidiaire¹⁴, ni pour le principe de transparence qui y est lié¹⁵. En définitive, c'est donc à tort que la cour cantonale a nié l'applicabilité de la clause d'exclusion de couverture. Le recours de la compagnie d'assurance est admis.

3. Principe de transparence

3.1. Notion de transparence

[18] L'incorporation globale de CG, en particulier d'assurance, est encadrée par le principe de transparence (*Transparenzgebot*). En tant qu'émanation du principe de la bonne foi (art. 2 CC) lors de la conclusion du contrat, celui-ci impose à l'utilisateur de formuler de manière « transparente » tant les CG dans leur ensemble que chaque clause prise individuellement¹⁶. Si le texte des CG

¹⁰ Cf. arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 7.2.

¹¹ Arrêt commenté, consid. 5.1.

¹² Arrêt commenté, consid. 5.2.2.2.

¹³ Arrêt commenté, consid. 5.2.2.3.

¹⁴ Arrêt commenté, consid. 5.2.3.

¹⁵ Arrêt commenté, consid. 5.2.4.

¹⁶ Sur la base de WALTER FELLMANN, Avis de droit du 21 avril 2020 à l'attention de la Fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la Suva (accessible ici : <https://ombudsman-assurance.ch/wp-content/uploads/2021/08/Avis-droit-assurances-epidemie.pdf> [consulté le 28 mars 2022]), p. 19. Voir aussi ROMAN PERRIG, in : Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berne 2016, N 141.

n'est pas formellement et linguistiquement compréhensible (*verständlich*) et lisible (*lesbar*)¹⁷, l'on est face à un défaut d'accessibilité¹⁸ (qui peut n'être certes que partiel, selon les circonstances¹⁹), empêchant une intégration valable du contenu préformulé²⁰.

[19] A tout le moins dans les relations B2B²¹, il n'existe pas de règle stricte imposant à une partie utilisatrice de CG de s'adapter à la langue de l'autre partie ou même d'employer une langue officielle ou nationale²². Ce principe vaut également pour les contrats d'assurance²³. Cela étant, le principe de bonne foi pose tout de même certaines limites ici²⁴. DESSEMENTET rappelle que, lorsqu'une clause est rédigée dans une langue n'étant pas familière au contractant ou qu'elle incorpore un terme technique, la partie utilisatrice des CG ne peut s'attendre « à ce que l'autre partie la comprenne ni ne l'accepte »²⁵. Ainsi, pour des clients domestiques (*Binnenverkehr*), les CG doivent être rédigées dans une langue usuelle au lieu de la conclusion du contrat²⁶. En outre, des clauses rédigées dans une langue différente que la langue de négociation du contrat peuvent être considérées comme n'étant pas transparentes²⁷.

[20] D'un point de vue strictement méthodologique²⁸, il reste difficile de classer de manière définitive et sans équivoque l'exigence de transparence dans le contexte de l'interprétation contractuelle (au sens large)²⁹. L'affaire commentée permet de l'illustrer utilement :

- Sous l'angle du contrôle de consentement des CG, le tribunal argovien a ainsi retenu que la clause d'exclusion n'était pas (objectivement) insolite. Le fait que les niveaux pandémiques

¹⁷ FELLMANN (n. 16), p. 19.

¹⁸ Sur la notion de « défaut d'accessibilité » : DARIO HUG, La formation du contrat de consommation : Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, thèse, Neuchâtel/Bâle 2020, N 1540 ss.

¹⁹ Par exemple en cas de renvoi à une partie spécifique des conditions générales seulement : PERRIG (n. 16), N 124 et 158.

²⁰ PERRIG (n. 16), N 141.

²¹ En cas de contrat B2C, les CG doivent en principe être rédigées dans la langue du consommateur ou du lieu de consommation. A ce sujet, HUG (n. 18), N 1513 avec les réf. citées et SYLVAIN MARCHAND, Droit de la consommation – Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 145 s.

²² PERRIG (n. 16), N 151.

²³ PERRIG (n. 16), N 151, n. 549, qui rappelle l'ATF 99 II 67 consid. 2 : « Keine gesetzliche Vorschrift verlangt, dass in der Schweiz verwendete Formulare für Versicherungsverträge in einer der schweizerischen Landessprachen abgefasst sein müssen ».

²⁴ PERRIG (n. 16), N 152.

²⁵ FRANÇOIS DESSEMENTET, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, art. 1 CO N 53, également mentionné chez PERRIG (n. 16), N 152 n. 557. Ces auteurs rappellent l'ATF 91 I 11 rendu en lien avec une clause d'élection de for rédigée en anglais dans un contrat conclu en Suisse entre deux personnes suisses et qui serait « *schwer verständlich* ». Cf. ég. ATF 104 Ia 278 consid. 4c. Voir aussi ARIANE MORIN, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021, art. 1 CO N 171 : « Les conditions générales doivent en outre être transparentes : elles doivent être rédigées de façon compréhensible, en principe dans la langue utilisée usuellement au lieu où le contrat est conclu (ou dans le domaine d'affaires considéré), et présentées clairement, dans une typographie lisible ».

²⁶ CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR, Berne 2018, art. 1 CO N 330. Cf. aussi INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020, N 45.03 : « [...] sowie in der Verhandlungs- oder in einer dem Kunden verständlichen Sprache abgefasst sind ».

²⁷ NILS JANSEN, in : Jansen/Zimmermann (édit.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, art. 6 :206 N 13.

²⁸ En pratique, force est de reconnaître que le processus d'interprétation du contrat et, en particulier, des CG est dynamique. Il ne s'accommode que difficilement d'un carcan méthodologique distinguant strictement entre le contrôle de consentement (*Konsenskontrolle*), le contrôle d'interprétation (*Auslegungskontrolle*) et le contrôle de contenu (*Inhaltskontrolle*). Comp. FELLMANN (n. 16), p. 17 s.

²⁹ Comp. HUG (n. 18), N 1521, 1543, 1625 et 2242.

5 et 6 de l'OMS n'ont pas été définis ou décrits de manière détaillée ne nuit pas à leur incorporation dans le contrat, d'autant plus que le document établissant lesdits niveaux était librement accessible sur Internet également au moment de la conclusion du contrat³⁰. En revanche, sous l'angle de l'interprétation objective, comme la clause d'exclusion ne reproduit pas les niveaux pandémiques 5 et 6 de l'OMS, la clause n'a aucun sens propre et s'avère incompréhensible ; on aurait à tout le moins pu s'attendre à ce que les CG contiennent un lien Internet valable. Partant, lesdits niveaux n'ont pas été incorporés au contrat et la compagnie d'assurance ne peut s'en prévaloir pour justifier l'exclusion de couverture³¹.

- A bien le comprendre, tout en laissant certes ouverte la question de savoir si et dans quelle mesure l'exigence de transparence doit trouver à s'appliquer dans l'examen des CG³², le Tribunal fédéral envisage l'exigence de transparence à deux niveaux : contrôle de consentement³³ et contrôle d'interprétation (cf. *supra* ch. 2.2.3 et 2.2.4)³⁴. Pour la Haute Cour, même à supposer qu'il faille décider au niveau du contrôle de consentement déjà que les CG sont compréhensibles et lisibles, cela ne signifie toutefois pas encore que toutes les clauses et notions des CG, y compris les définitions de tiers, doivent être reproduites dans le texte des CG au risque, sinon, de ne pas être couvertes par un consentement³⁵. Ainsi, la « transparence » doit être envisagée sous l'angle de l'interprétation, plus précisément de la portée à donner à la clause d'exclusion³⁶.

3.2. Renvoi à des définitions de tiers

[21] Le texte de la clause litigieuse ne décrit pas les niveaux 5 et 6 de l'échelle pandémique de l'OMS susceptibles d'écarter la couverture d'assurance. Ceci soulève la question du degré de « transparence » que la partie destinataire de CG contenant une telle clause de renvoi peut attendre, de bonne foi, pour qu'elle lui soit valablement opposable.

[22] Selon PERRIG, des CG qui ne décrivent pas les droits et les obligations de la partie destinataire de manière exhaustive, mais qui renvoient uniquement à des règles légales dispositives, respectivement à des règles légales non directement applicables, doivent être considérées comme étant incompréhensibles ; prise pour elle-même, la clause de renvoi ne fait alors pas de sens³⁷. Une question apparentée, précisément concernée dans la cause commentée, est celle du renvoi dans des CG à des définitions ou à des prescriptions établies par un tiers, en particulier par une organisation nationale ou internationale. Lorsque de telles définitions ou prescriptions ne sont, comme *in casu*, plus valables ou plus utilisées, il convient de se montrer d'autant plus strict quant

³⁰ Arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 6.2. Comp. arrêt commenté, consid. 3.

³¹ Arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 7.2. Comp. arrêt commenté, consid. 5.1.

³² Arrêt commenté, consid. 4.1.2

³³ Arrêt commenté, consid. 4.1.2 *in fine*. On notera que le TF n'entre ici pas (vraiment) en matière sur l'argumentation de l'intimée en rapport avec le principe de transparence au stade du contrôle de consentement. Plus généralement, la position du TF en rapport avec l'intimée nous a surpris dans cette affaire, à mesure qu'il semble souvent chercher à contrer les arguments de l'intimée au stade du recours plutôt que de traiter des arguments du recourant soulevés à l'égard de l'arrêt de l'instance précédente.

³⁴ Arrêt commenté, consid. 5.2.4.

³⁵ Arrêt commenté, consid. 4.1.2.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ PERRIG (n. 16), N 146 : « [...] ergibt die Verweisungsklausel aus sich heraus keinen Sinn (und gilt als unverständlich) ».

à leur caractère compréhensible³⁸. Pour considérer que la clause d'exclusion est en définitive valable, le Tribunal fédéral retient, en substance, qu'une interprétation littérale isolée des CG n'est pas admissible ; le texte du contrat n'a pas besoin d'être compréhensible en soi, le sens contractuel se déterminant selon la lettre, le contexte et l'ensemble des circonstances, tels qu'ils pouvaient et devaient être compris de bonne foi³⁹.

[23] En l'espèce, nous adhérons pour l'essentiel⁴⁰ aux principes d'interprétation contractuelle généraux rappelés et appliqués par le Tribunal fédéral. Toutefois, force est de reconnaître que l'exclusion de la couverture d'assurance n'était ici pas transparente et, partant, qu'elle ne peut être valablement opposée au preneur d'assurance dans sa teneur litigieuse. Il demeure en effet difficile de considérer, même objectivement, qu'une partie contractante soit valablement liée par une échelle pandémique uniquement mentionnée et non détaillée dans les CG. D'une part, les CG ne contiennent pas de lien direct vers une page Internet décrivant les phases pandémiques. D'autre part, cette échelle n'existe de toute manière pas dans la langue du contrat litigieux (l'allemand). Cela revient également à avaliser un « cisaillement linguistique » opposé de manière très peu transparente par l'utilisateur au destinataire des CG. En considération du fait notoire que la partie destinataire ne lit en général pas les CG acceptées en bloc (intégration globale), la Haute Cour est bien optimiste lorsqu'elle impose – certes indirectement via « l'interprétation contractuelle » – au preneur d'assurance de se renseigner sur la portée de l'exclusion d'assurance conclue. Qui d'entre nous, fin 2019, savait et aurait véritablement pu savoir ce que représentaient une « pandémie de niveau 5 ou 6 » avant de vivre l'amère expérience d'une pandémie telle que celle du Covid-19 ? A notre sens, la clause d'exclusion – y compris en supposant que la partie destinataire des CG la lise – était donc effectivement vide de sens en soi et ne pouvait être utilement comprise par l'assuré, même en tenant compte des autres règles et moyens d'interprétation que le seul texte des CG. Dit simplement, « on est toujours plus intelligent après », mais la compagnie d'assurance avait ici un devoir accru de rédiger la clause d'exclusion clairement, la transparence étant même un aspect primordial dans la législation sur le contrat d'assurance (cf. art. 33 LCA⁴¹ et *infra* ch. 5). Ne l'ayant pas fait, la compagnie d'assurance ne peut valablement opposer au preneur d'assurance l'exclusion souhaitée.

[24] La position du Tribunal fédéral dans cette affaire en rapport avec la « transparence » permet finalement d'illustrer que le droit suisse se montre toujours très strict dans les situations où un partenaire contractuel plus faible – ici un restaurateur – adhère aux CG d'une partie plus forte⁴². A l'inverse, preuve de son importance pour toutes les relations contractuelles, certains

³⁸ L'autorité précédente mentionnait explicitement cette exigence sous l'angle de l'interprétation objective de la clause d'exclusion de couverture d'assurance en cause, cf. arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 7.2 : « *Gleiches muss auch gelten, wenn die AGB auf nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen oder Definitionen nationaler oder internationaler Organisationen verweisen. Dies gilt umso mehr, wenn die fraglichen Regelungen bzw. Definitionen nicht mehr gültig oder gebräuchlich sind* ».

³⁹ Arrêt commenté, consid. 5.1.

⁴⁰ Cf. BK-MÜLLER (n. 26), art. 18 CO N 70–127, pour une critique de l'interprétation subjective et un plaidoyer pour son abandon en faveur de la seule interprétation objective.

⁴¹ Notons que l'art. 3 LCA impose également à l'entreprise d'assurance d'exposer de manière compréhensible au preneur, notamment, les risques assurés (art. 3 al. 1 let. a LCA). La sanction de cette obligation est l'octroi d'un droit de résiliation au preneur d'assurance à exercer dans un délai de quatre semaines dès la connaissance de la convention et des informations selon l'art. 3 LCA (art. 3a LCA).

⁴² Notons ici que le TF n'a pas revu le caractère subjectivement insolite de la clause d'exclusion (arrêt commenté, consid. 4.2.1), ce qui avait préalablement été admis et analysé en détail par le Tribunal de commerce argovien (arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 6.2).

Etats membres de l'UE ont précisément codifié le principe de transparence. C'est par exemple le cas de l'Allemagne (§ 307 al. 1 seconde phrase BGB⁴³ pour tous les contrats⁴⁴) ou de la Belgique (art. VI.91/2 première phrase⁴⁵ du Code de droit économique pour les contrats B2B et art. VI.37 § 1^{er} du Code de droit économique pour les contrats B2C⁴⁶)⁴⁷. L'exigence de transparence tient également une place primordiale dans la jurisprudence de la CJUE rendue en application de la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives. Ladite exigence, qui touche tant le plan formel que matériel, est respectée lorsque « *le consommateur peut prévoir, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui découlent pour lui de la convention* »⁴⁸. Le manque de transparence d'une clause est alors susceptible de la rendre abusive à l'égard du consommateur⁴⁹.

4. Règle de l'insolite

4.1. Principe et conditions d'application

[25] En présence d'une intégration globale, la validité des CG est limitée par la règle dite de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*) : d'après le principe de la confiance, la rédactrice de CG doit ainsi partir de l'idée que le partenaire contractuel ne consentira pas à des clauses insolites. Toutes les clauses insolites sur lesquelles l'attention de la partie destinataire n'a pas été spécifiquement attirée, ne sont pas couvertes par le consentement donné globalement, la règle de l'insolite étant une émanation de l'exigence de consentement⁵⁰. Le caractère insolite d'une clause se détermine du point de vue de la partie destinataire au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce.

[26] Pour que la clause de l'insolite trouve application, trois conditions cumulatives doivent être réunies : (i) la partie destinataire manque (subjectivement) d'expérience dans la branche économique en question ; (ii) la clause litigieuse est (objectivement) surprenante ou a un contenu étranger à la transaction ; et (iii) l'attention de la partie destinataire n'a pas été spécifiquement attirée sur la clause litigieuse.

[27] Quant au caractère subjectivement insolite, moins la partie destinataire a de l'expérience dans la branche économique concernée, plus une clause est considérée comme insolite. Des

⁴³ La teneur de la disposition est la suivante : « *Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist* ».

⁴⁴ MATHIAS WENDLAND, in : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310 ; UKlaG, AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Berlin 2019, § 307 N 170.

⁴⁵ La teneur de la disposition est la suivante : « *Lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, elles doivent être rédigées de manière claire et compréhensible* ».

⁴⁶ La teneur de la disposition est la suivante : « *Lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible* ».

⁴⁷ En droit belge, cf. JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND, La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre juridique manifeste, in : de Duve et al. (édit.), Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques, Limal 2020, pp. 89–152, N 30.

⁴⁸ Arrêt de la CJUE du 18 novembre 2021, M.P. B.P. C-212/20, ECLI :EU :C :2021 :234, points 40 à 42 ; arrêt de la CJUE du 30 avril 2014, Kasler, C-26/13, ECLI :EU :C :2014 :282, point 73. Comp. PUYRAIMOND (n. 47), N 58 et 63 pour les contrats B2B.

⁴⁹ Comp. arrêt de la CJUE du 26 avril 2012, Invitel, C-472–10, ECLI :EU :2012 :242, point 28 ; arrêt de la CJUE du 28 juillet 2016, Amazon EU Sàrl, C-191/15, ECLI :EU :C :2016 :612, points 64 et 65.

⁵⁰ Arrêt commenté, consid. 2.1.3.1. Cf. ég. arrêt du TF 4A_499/2018 du 10 décembre 2018 consid. 3.3.2.

clauses usuelles dans une branche peuvent ainsi être insolites pour une partie extérieure à cette branche, tout en ne l'étant pas pour une partie familière avec cette branche. Toutefois, le fait de connaître une branche ou d'avoir de l'expérience dans celle-ci n'exclut pas forcément qu'une clause contenue dans des CG puisse, le cas échéant, être insolite⁵¹.

[28] Pour que la règle de l'insolite trouve application, la clause litigieuse doit en plus avoir un contenu qui est objectivement étranger à la transaction en question. Tel est le cas lorsqu'elle altère considérablement le caractère du contrat ou s'écarte de manière significative du cadre établi par la loi pour le contrat en question.

[29] Selon le Tribunal fédéral, plus une clause impacte la position juridique de la partie destinataire, plus elle doit être qualifiée d'insolite⁵². Cette approche mélange toutefois la question de savoir si les CG ont été valablement intégrées dans le contrat (contrôle du consentement) avec la problématique de savoir si le contenu des CG est conforme au droit (contrôle du contenu)⁵³. Or, le contrôle du consentement et celui du contenu mériteraient, dans la mesure du possible (cf. cependant *supra* note 28), d'être distingués⁵⁴. Il existe sinon le risque que les tribunaux procèdent, sous le couvert d'un contrôle du consentement, à un contrôle (déguisé) du contenu, ce qui serait contraire à la sécurité du droit⁵⁵. Toutefois, aussi souhaitable que cette distinction soit d'un point de vue méthodologique, aussi difficile est-elle à mettre en œuvre en pratique. En effet, l'examen objectif du caractère étranger à la transaction de la clause litigieuse implique inévitablement une appréciation du contenu de celle-ci et du contrat déjà au stade du contrôle du consentement.

4.2. Caractère subjectivement insolite

[30] En l'occurrence, le tribunal argovien a estimé que la clause litigieuse était subjectivement insolite. Il a précisé que pour apprécier le caractère subjectivement insolite, la compréhension par le preneur d'assurance au moment de la conclusion du contrat était décisive, soit en l'occurrence entre le 12 octobre 2017 (moment de la demande d'assurance du futur preneur) et le 17 août 2018 (moment de l'établissement de la police d'assurance)⁵⁶. Le fait qu'en l'occurrence, le « moment de la conclusion du contrat » s'étend sur presque toute une année est problématique, non seulement au niveau de la constatation des faits. Il est aussi en tension avec la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle dans le cadre d'une interprétation subjective, les circonstances postérieures à la conclusion du contrat peuvent être prises en considération, alors que cette possibilité serait exclue pour une interprétation objective⁵⁷.

⁵¹ Comp. ATF 138 III 411 consid. 3.5 (caractère subjectivement insolite rempli pour un médecin en rapport avec la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières pour maladie). La condition de l'inexpérience de la partie destinataire est par ailleurs critiquée en doctrine, cf. notamment PERRIG (n. 16), N 177 ; PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 530.

⁵² Arrêt commenté, consid. 2.1.3, qui renvoie aux ATF 138 III 411 consid. 3.1 et 135 III 1 consid. 2.1.

⁵³ BK-MÜLLER (n. 26), art. 1 CO N 368.

⁵⁴ Pour la distinction selon l'art. 8 LCD, cf. JULIEN DELAYE/DARIO HUG, L'art. 8 LCD entre protectionnisme et libéralisme économique, in : Hari (édit.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 371 ss, spéc. p. 386 ss.

⁵⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (n. 26), N 45.12 ; THOMAS KOLLER, Einmal mehr : das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008 p. 943 ss, p. 952.

⁵⁶ Arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 6.2 (p. 14).

⁵⁷ ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 ; ATF 143 III 157 consid. 1.2.2 ; critique : BK-MÜLLER (n. 26), art. 18 CO N 164-166.

[31] Quoi qu'il en soit, au moment de la conclusion du contrat, le terme d'épidémie était généralement compris comme désignant une maladie particulièrement répandue d'un point de vue temporel ou géographique, notamment une maladie infectieuse, respectivement une maladie de masse dans un territoire limité ou pendant une période définie. La notion de pandémie était comprise comme désignant une maladie de masse largement répandue et affectant des pays ou des régions entières respectivement une épidémie affectant des grandes parties d'un pays ou d'un continent, c'est-à-dire une épidémie d'une grande ampleur⁵⁸. Selon la cour cantonale, le preneur d'assurance ne devait pas s'attendre à ce que la référence aux niveaux 5 ou 6 de pandémie de l'OMS puisse avoir comme conséquence que tous les événements pandémiques seraient exclus de la couverture d'assurance. La compagnie d'assurance n'a pas contesté cette conclusion devant le Tribunal fédéral. Elle n'a pas non plus affirmé avoir attiré spécifiquement l'attention du preneur d'assurance sur l'exclusion de couverture.

4.3. Caractère objectivement insolite

[32] Devant le Tribunal fédéral, la seule question litigieuse dans le contexte de la règle de l'insolite était donc celle de savoir si la clause d'exclusion était objectivement insolite. Le tribunal argovien a conclu que la clause litigieuse n'était objectivement pas insolite. Selon lui, dans une perspective objective, la clause ne sort pas du cadre légal du type de contrat en question, étant donné que des exclusions de couverture se trouvent dans beaucoup de contrats du droit de l'assurance privée. Le fait que la clause litigieuse ne décrit ou ne détermine pas de manière détaillée les niveaux de pandémie ne nuit pas à l'intégration de la clause. Le document de l'OMS dans lequel les niveaux sont précisés était, au moment de la conclusion du contrat, publiquement accessible via Internet et l'était encore au moment du jugement argovien. La question de savoir si ces niveaux n'étaient plus en vigueur, ne devrait pas être examinée dans le cadre du contrôle du consentement, mais dans celui du contrôle de l'interprétation (cf. *supra* ch. 3.1). La clause d'exclusion litigieuse n'altérerait pas le caractère du contrat d'assurance selon la police, car elle n'est qu'une parmi de nombreuses dispositions des CG qui limitent la couverture d'assurance en excluant certains risques sous le titre « Ne sont pas assurés ». C'est pourquoi la cour cantonale est arrivée à la conclusion que la clause litigieuse n'était objectivement pas insolite, ce qui avait comme conséquence que toutes les conditions pour l'application de la règle de l'insolite n'étaient pas remplies et que la clause litigieuse était ainsi couverte par le consentement des deux parties⁵⁹.

[33] Le Tribunal fédéral partage cette appréciation. Il réfute notamment l'argument du preneur d'assurance selon lequel ses attentes légitimes en matière de couverture d'assurance auraient été déçues. Selon le preneur d'assurance, l'assurance dite épidémie ne protégerait en réalité qu'en présence de cas de maladie isolés, alors qu'elle exclurait toute protection lorsqu'une épidémie au sens courant du terme survient. C'est pourquoi il considère la clause comme étant objectivement insolite et donc non couverte par l'intégration globale des CG. Le Tribunal fédéral rappelle dans ce contexte que les parties n'ont pas conclu une « assurance épidémie », mais une « assurance commerce PME » comportant une assurance des biens mobiliers avec une assurance perte de

⁵⁸ Arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 6.2 (p. 15).

⁵⁹ Arrêt du HG/AG HOR.2020.18 du 17 mai 2021 consid. 6.2 (p. 16).

gains et frais supplémentaires par suite d'épidémie⁶⁰. L'épidémie n'est donc qu'un risque parmi d'autres couverts par l'assurance. L'exclusion des dommages dus à des agents pathogènes pour lesquels le niveau de pandémie de l'OMS est de 5 ou 6 n'exclurait que le risque rare de pandémie de la couverture en principe assurée d'une épidémie⁶¹. Cette clause, qui n'est qu'une clause limitative de la couverture d'assurance parmi d'autres, n'altérerait donc pas substantiellement le caractère de l'assurance en tant qu'assurance commerce PME. La clause ne sortirait pas non plus l'assurance dans une large mesure du cadre légal de ce type de contrat.

[34] Le Tribunal fédéral rappelle certes que pour apprécier le caractère objectivement insolite d'une clause d'un contrat d'assurance, les attentes légitimes en termes de couverture doivent être prises en compte. Une limitation de la couverture prévue dans des CG pourrait ainsi être qualifiée d'insolite lorsque l'étendue de la couverture découlant de la désignation ou de la publicité de l'assurance est considérablement réduite, de sorte que les risques les plus fréquents ne seraient plus couverts⁶². La Haute Cour est toutefois d'avis qu'en l'occurrence, le preneur d'assurance n'aurait pas démontré en quoi ses attentes légitimes en termes de couverture d'assurance auraient été déçues dans les circonstances du cas d'espèce. Il ne suffirait en effet pas pour retenir le caractère objectivement insolite qu'une clause limite le risque assuré, car l'assuré moyen saurait qu'une assurance ne couvre pas tous les risques. Le preneur d'assurance devait donc s'attendre à ce que la compagnie d'assurance exclue la couverture pour des risques spécifiques aussi dans son « assurance commerce PME », notamment dans le contexte d'épidémies⁶³. Le Tribunal fédéral arrive ainsi à la conclusion que la clause litigieuse n'était pas objectivement insolite, de sorte qu'elle était couverte par le consentement des deux parties.

[35] La conclusion des deux tribunaux dans cette affaire selon laquelle la clause litigieuse n'était pas objectivement insolite surprend à plusieurs titres⁶⁴.

[36] En effet, la distinction entre une épidémie (couverte par l'assurance) et une pandémie de niveau 5 ou 6 selon l'OMS (exclue de la couverture d'assurance) est une question de degré et non pas de nature. En plus, toute épidémie peut se développer en pandémie, de sorte qu'il est impossible de distinguer entre les deux à l'avance. Un risque assuré (épidémie) peut donc se transformer en un risque non assuré (pandémie), alors que les deux ont les mêmes conséquences sur l'exploitation du preneur d'assurance. Une épidémie en Suisse peut ainsi être le résultat d'une pandémie au niveau mondial. Comment alors distinguer les deux risques d'un point de vue suisse ? Qu'en est-il lorsqu'une épidémie en Suisse est le résultat d'une épidémie en Italie, sans que l'on puisse encore parler de pandémie au niveau mondial ? Dans son avis de droit établi pour la Fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la SUVA, le Professeur FELLMANN compare cette situation avec une assurance-incendie qui couvrirait le risque d'incendie lorsque seule la maison de l'assurée brûle, mais qui exclurait ce même risque au cas où l'incendie devait s'étendre à l'ensemble du village⁶⁵. Le preneur d'assurance ne doit pas s'attendre à de telles difficultés de délimitation entre

⁶⁰ Arrêt commenté, consid. 4.2.4.

⁶¹ Arrêt commenté, consid. 4.2.5.

⁶² Arrêt commenté, consid. 2.1.3.3.

⁶³ Arrêt commenté, consid. 4.2.5.

⁶⁴ Cf. aussi MATTHIAS STACCHETTI, Assurance perte d'exploitation : validité de l'exclusion d'une pandémie – Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_330/2021 du 5 janvier 2022, Newsletter rcassurances.ch, mars 2022.

⁶⁵ FELLMANN (n. 16), p. 12.

un risque assuré (épidémie) et un risque non assuré (pandémie), de sorte que la clause litigieuse doit à notre avis être qualifiée d'objectivement insolite.

5. Règle des clauses ambiguës

5.1. Subsidiarité de l'article 33 LCA

[37] Selon l'art. 33 LCA, l'entreprise d'assurance répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. La loi met donc une exigence de précision et de clarté à la charge de l'entreprise d'assurance qui voudrait exclure certains risques spécifiques de la couverture. Le respect de cette condition s'apprécie en fonction du sens que revêtent les termes utilisés dans la vie quotidienne⁶⁶. Si une clause d'exclusion ne satisfait pas à l'exigence de précision et de clarté, elle doit être interprétée dans le sens le plus favorable à l'assuré⁶⁷, voire est totalement dépourvue d'effet⁶⁸.

[38] À première vue, on peut s'étonner que la clause litigieuse ait été considérée comme une exclusion valable au regard de l'art. 33 LCA : elle se réfère à une échelle de classification désuète depuis plusieurs années déjà au moment de la conclusion du contrat, tout en faisant usage de termes comme « agents pathogènes » et « pandémie » qui, jusqu'en début 2020, étaient encore assez obscurs pour une personne moyenne non familière avec ces concepts. On peut certainement faire mieux en termes de précision et de clarté⁶⁹.

[39] En réalité, le Tribunal fédéral n'a pas appliqué l'art. 33 LCA dans cette affaire. De jurisprudence constante, cette norme est subsidiaire : elle présuppose que l'on puisse comprendre l'exclusion de différentes façons après avoir épuisé les moyens d'interprétation ordinaires⁷⁰. La doctrine confirme cette vision subsidiaire de l'art. 33 LCA⁷¹. En cas de doute⁷², mais dans ce cas seulement, la clause d'exclusion doit être interprétée en défaveur de la compagnie d'assurance. En l'espèce, comme le Tribunal fédéral a estimé que la clause litigieuse était compréhensible pour le preneur d'assurance en application du principe de la confiance, il n'a pas eu recours à cette règle d'interprétation⁷³.

⁶⁶ ATF 115 II 264 consid. 5a.

⁶⁷ STEPHAN FUHRER, in : Honsell/Vogt/Schnyder (édit.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Bâle 2003, art. 33 LCA N 248 ; PERRIG (n. 16), N 260.

⁶⁸ Dans ce sens : VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017, N 405 ; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1995, p. 247.

⁶⁹ Dans son avis de droit, FELLMANN (n. 16), p. 33, arrive aussi à la conclusion que cette clause n'est pas claire.

⁷⁰ ATF 118 II 342 consid. 1a ; plus récemment : ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; arrêt du TF 4A_92/2020 du 5 août 2020 consid. 3.2.2.

⁷¹ STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011, N 8.70 ; MAURER (n. 58), p. 247 s. ; HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, tome I, 2^e éd., Berne 1968, pp. 457–464. Moins catégorique : BRULHART (n. 58), N 407.

⁷² Cf. aussi le Message du Conseil fédéral du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, FF 1904 I 267 ss, p. 310 s., qui utilise justement aussi l'expression « en cas de doute ».

⁷³ Arrêt commenté, consid. 5.2.3. Notons que le tribunal de commerce argovien, bien qu'il ait tranché l'affaire en faveur de l'assuré, n'a pas fait usage de l'art. 33 LCA non plus. Il est parvenu au résultat opposé également au stade de l'interprétation objective.

[40] Le principe exprimé par l'art. 33 LCA n'est par ailleurs pas une spécificité du droit des assurances privées. Il s'agit d'une concrétisation d'une ancienne règle de droit romain : *in dubio contra stipulatorem* – dans le doute, interprétation en défaveur du rédacteur⁷⁴. On parle aussi d'*Unklarheitsregel* en allemand ou de règle des clauses ambiguës en français. Cette règle vaut comme un principe général applicable à toutes les conditions générales, pas seulement en matière d'assurance. Dans ce contexte également, l'*Unklarheitsregel* est un moyen d'interprétation subsidiaire⁷⁵.

5.2. Approche critique

[41] La méthode de raisonnement appliquée par le Tribunal fédéral dans cette décision est donc tout à fait en phase avec la jurisprudence et la doctrine actuelles. Cela ne doit cependant pas nous empêcher de nous demander si la portée subsidiaire accordée à l'art. 33 LCA n'est pas un peu trop favorable aux compagnies d'assurance. Il faut souligner que cette norme a une visée protectrice⁷⁶. En effet, face aux grandes entreprises d'assurance, dotées d'équipes de juristes spécialisés, les preneurs d'assurance sont en position de partie faible. Ils n'ont aucun pouvoir de négociation s'agissant des CG, qui leur sont imposées unilatéralement. Dans ce contexte, il est légitime d'attendre de la partie qui rédige des CG applicables à un grand nombre de contrats qu'elle y réfléchisse en profondeur et rédige les clauses avec un soin particulier, de manière à éviter toute ambiguïté possible⁷⁷. En n'appliquant l'art. 33 LCA qu'en dernier recours, on réduit considérablement sa portée protectrice en faveur des preneurs d'assurance.

[42] En outre, force est de constater que la subsidiarité attribuée à l'art. 33 LCA par la pratique ne ressort pas de la lettre de cette disposition, qui se prêterait parfaitement à une application plus généreuse. Comme son champ d'application demeure assez limité (les exclusions de couverture en particulier), ce ne serait pas une remise en question fondamentale du régime juridique actuel que de tenir compte de l'art. 33 LCA déjà au stade de l'interprétation objective, parallèlement au principe de la confiance. Au moment de déterminer comment le preneur d'assurance devait comprendre de bonne foi une clause d'exclusion contestée, on pourrait mettre à la charge de l'entreprise d'assurance une exigence de clarté particulière – ou en quelque sorte, abaisser le seuil du doute. En dehors des cas visés par l'art. 33 LCA, c'est-à-dire dans le domaine général des CG, la règle des clauses ambiguës resterait subsidiaire.

[43] Quoi qu'il en soit, même sans remettre en cause la subsidiarité de la règle des clauses ambiguës, il y a selon nous de quoi critiquer l'interprétation de la clause litigieuse retenue par le Tribunal fédéral. Différents arguments en ce sens ont été soulevés dans les sections précédentes de cette contribution (cf. *supra* ch. 3.2 et 4.3).

[44] On mentionnera encore que le Tribunal fédéral a reproché à la cour cantonale d'avoir interprété la clause d'exclusion de manière littérale, ce qui amenait à retenir qu'elle posait une condition impossible à réaliser⁷⁸. En effet, une application des niveaux de pandémie 5 ou 6 de l'OMS

⁷⁴ BSK VVG-FUHRER (n. 67), art. 33 LCA N 3.

⁷⁵ ATF 133 III 61 consid. 2.2.2.3; ATF 122 III 118 consid. 2d; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (n. 51), N 507; PERRIG (n. 16), N 257.

⁷⁶ BRULHART (n. 58), N 407; MAURER (n. 58), p. 248.

⁷⁷ Dans ce sens : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (n. 51), N 507.

⁷⁸ Arrêt commenté, consid. 5.2.2.3.

au niveau national ou international était impossible, puisque ces niveaux n'étaient plus en vigueur. On suppose que le Tribunal fédéral a implicitement fait usage d'une règle d'interprétation selon laquelle il faut partir du principe que les parties ont voulu quelque chose de juridiquement valable et privilégier l'interprétation qui n'a pas pour conséquence l'invalidité du contrat (ou *in casu*, l'invalidité de la condition)⁷⁹. Toutefois, si l'on prend les choses sous un autre angle, ce constat d'impossibilité de la condition est surtout à nos yeux une démonstration supplémentaire du caractère ambigu de la clause d'exclusion.

6. Conclusion

[45] Il est vrai que comme beaucoup de citoyens, nous n'avons pas été insensibles à la situation de la branche de la restauration, très affectée par les mesures ordonnées pour combattre la pandémie de Covid-19. Il y a ainsi peut-être un certain biais émotionnel poussant à prendre le parti des restaurateurs plutôt que celui des assureurs. Toutefois, dans cette affaire, c'est moins le résultat (à savoir l'absence de couverture des pertes causées par la pandémie) que la manière qui interpelle. La clause d'exclusion litigieuse était critiquable sous de nombreux aspects : elle se basait sur une échelle établie par une organisation tierce, désuète depuis plusieurs années, n'existant même pas dans la langue du contrat, sans définir les notions essentielles de cette échelle ni même renvoyer à une adresse Internet où les trouver. Nous avons l'impression que le Tribunal fédéral a dû s'évertuer à sauver cette clause boiteuse pour protéger la branche des assurances d'un gouffre financier. Or, c'est bien aux compagnies d'assurance, et non à la justice, que devrait revenir la responsabilité de délimiter de manière adéquate le risque qu'elles sont prêtes à couvrir⁸⁰.

DARIO HUG, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel et chercheur invité à KU Leuven (FNS PostDoc.Mobility), avocat au barreau.

CHRISTOPH MÜLLER, docteur en droit, LL.M., avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel.

MATHIEU SINGER, MLaw, avocat, assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel.

⁷⁹ ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (n. 51), N 488.

⁸⁰ Voir aussi STEPHAN FUHRER, Luftschloss Pandemieversicherung, REAS 2021 p. 424, qui formule une critique similaire en rapport avec l'argument de la « logique d'assurance » selon lequel les pandémies sont inassurables.