

LE NOUVEAU DROIT DES CONDITIONS GÉNÉRALES
ET PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

LE NOUVEAU DROIT DES CONDITIONS
GÉNÉRALES ET PRATIQUES COMMERCIALES
DÉLOYALES

Edité par
François Bohnet

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

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/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 978-3-7190-3292-0

© 2012 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

La dernière révision partielle de la loi fédérale sur la concurrence déloyale avait pour objectif de renforcer la protection des consommateurs face aux pratiques commerciales trompeuses et abusives.

Le nouvel article 3 LCD, entré en vigueur le 1^{er} avril 2012, recense désormais un nombre important de pratiques jugées déloyales, notamment en matière de démarchage téléphonique, de jeux recourant au système dit boule de neige, ou encore d'arnaques à l'annuaire. Cet ouvrage contient une étude détaillée des comportements visés par la nouvelle disposition, et des conséquences juridiques pour ceux qui les adoptent.

Le nouvel article 8 LCD, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012, qualifie désormais de déloyale l'utilisation de 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. Les conditions d'application de cette disposition sont examinées au fil de trois contributions qui synthétisent les avis doctrinaux émis jusqu'ici. La première contribution se veut générale, sous forme de bilan. Les deux autres apportent un éclairage plus particulier sous l'angle des conditions générales d'assurance d'une part et des clauses procédurales d'autre part.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants au colloque du 11 mai 2012, ainsi que Madame Anouk Gillibert, secrétaire à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet

Neuchâtel, septembre 2012

Sommaire

Christoph Müller Professeur à l'Université de Neuchâtel Olivier Riske Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel L'offre arnaqueuse – notamment par Internet.....	1
Laurent Bieri Professeur à l'Université de Lausanne Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD.....	47
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Les clauses procédurales abusives.....	63
Anne-Sylvie Dupont Dr en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance.....	99

Abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BO CN/CE	Bulletin officiel du Conseil national/Conseil des Etats
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	comparer (<i>conferre</i>)
ch.	chiffre(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Avant-projet du Cadre Commun de Référence)

Abréviations

éd.	édition/éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel
let.	lettre
lit.	lettre(s)
LCD	Loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
N	Numéro
n.	note
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OR	Obligationenrecht
p.	page(s)
PECL	Principles of European Contract Law (Principes du droit européen du contrat)
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SJ	Semaine judiciaire

Abréviations

s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
ZK	Zürcher Kommentar

Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance

par

Anne-Sylvie Dupont¹

Dr en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction	101
II. Définitions	103
<i>A. Le contrat d'assurance.....</i>	<i>103</i>
<i>B. Les conditions générales d'assurance.....</i>	<i>103</i>
III. Le champ d'application du nouvel article 8 LCD.....	105
<i>A. La notion de consommateur dans le contexte de l'article 8 LCD</i>	<i>106</i>
1. Généralités.....	106
2. Jeu de piste	107
3. Dénominateur commun, inconnues et enjeux pour le contrat d'assurance	109
<i>a. Limitation aux contrats conclus par des personnes physiques ?.....</i>	<i>110</i>
<i>b. L'absence de lien avec une activité commerciale ou professionnelle.....</i>	<i>113</i>
<i>c. Limitation à la consommation courante</i>	<i>115</i>
<i>B. La disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations des parties.....</i>	<i>117</i>
1. Une disproportion... ..	117

¹ L'auteur remercie Mme Tiffaine Stegmüller, BLaw, pour sa précieuse collaboration.

2. [...] notable, injustifiée, contraire à la bonne foi	121
IV. Utilité pour les assurés du nouvel article 8 LCD	126
<i>A. Les outils « traditionnels » de contrôle des CGA.....</i>	<i>127</i>
<i>B. Les avantages de l'article 8 LCD</i>	<i>130</i>
1. Le contrôle abstrait des CGA.....	131
2. Les sanctions possibles	134
3. Les limites pour les tiers bénéficiaires de prestations.....	137
V. La protection du consommateur et la nécessaire existence d'un marché de l'assurance.....	139
VI. Conclusion.....	141

I. Introduction

1. L'article 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale², tant dans la teneur qui était la sienne jusqu'au 30 juin 2012 que dans l'actuelle, a vocation à s'appliquer à tous les secteurs de l'activité économique. On peut donc légitimement se poser la question de l'utilité d'une contribution consacrée spécifiquement au contrat d'assurance, alors que bon nombre d'autres types de contrats auraient mérité une étude approfondie. Deux raisons justifient ce choix : l'une est historique, l'autre est d'ordre technique.
2. La révision de l'article 8 LCD trouve son *origine* dans la réflexion préliminaire à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance³. Dans ce contexte, l'amélioration de la transparence en matière de droits et d'obligations des assurés était une préoccupation centrale, qui débordait largement du cadre du contrat d'assurance. En conséquence, les experts chargés d'élaborer un avant-projet ont proposé la modification du Code des obligations, par l'introduction d'une disposition permettant le contrôle abstrait des conditions générales, et ce pour tous les types de contrats.

Sous une note marginale « *Allgemeine Vertragsbestimmungen* », l'article 20a AP-CO était libellé en ces termes : « ¹*Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.* ²*Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der*

² LCD ; RS 241.

³ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1). La révision totale de cette loi a été proposée par le Conseil fédéral dans un message du 7 septembre 2011 (FF 2011 p. 7091 ss). Les Chambres fédérales devraient en principe débattre de l'entrée en matière sur cette révision lors de la session d'hiver 2012 au plus tôt.

gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist »⁴.

3. Cette disposition a été supprimée du projet de loi finalement soumis aux Chambres, le Conseil fédéral estimant, précisément, que cette réflexion dépassait le cadre de la révision de la loi sur le contrat d'assurance, et devait être discutée dans le cadre plus général de la révision de la loi contre la concurrence déloyale, déjà lancée à cette époque. De fait, la question de la protection des assurés contre des conditions générales d'assurance abusives n'a dès lors plus été évoquée, pas même à titre d'exemple. Ni le message du Conseil fédéral, ni la retranscription des débats parlementaires, ne mentionnent les spécificités du contrat d'assurance qui, pourtant, auraient pu et dû nourrir la réflexion au stade de l'élaboration de la loi déjà⁵.
4. L'autre raison qui justifie l'étude plus particulière du contrat d'assurance tient aux *spécificités de l'activité d'assurance* en tant que secteur économique. En effet, si tous les types de contrats – ou presque – sont susceptibles d'intégrer des conditions générales, mais peuvent tout aussi bien s'en passer, le contrat d'assurance suppose précisément le recours à cet outil. En effet, la technique même de l'assurance repose, d'une part, sur la création d'une communauté d'assurés, d'autre part, sur la répartition des risques au sein de cette communauté, appelée classe de risques. Pour ce faire, on recourt aux lois statistiques, plus précisément au calcul des probabilités et à la loi des grands nombres⁶. La création d'un produit d'assurance impose

⁴ Pour une proposition de traduction et pour une analyse, cf. PICHONNAZ PASCAL, *Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse ?*, in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, p. 377-396, p. 380 ss.

⁵ Critique également, PROBST THOMAS, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Stämpflis Handkommentar)*, Berne 2010, N 87 s. ad art. 8 LCD, p. 676 s.

⁶ La loi des grands nombres exprime le fait que les caractéristiques d'un échantillon aléatoire se rapprochent d'autant plus des caractéristiques statistiques de la population que la taille de l'échantillon augmente (BRULHART VINCENT, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, N 19 ss, p. 11-14).

donc à l'assureur de multiplier les contrats identiques, ce à quoi il parvient, précisément, par le recours à des conditions générales.

II. Définitions

A. Le contrat d'assurance

5. Le contrat d'assurance est le contrat conclu entre une partie (l'assureur) qui s'engage à fournir à son cocontractant ou à un tiers une prestation, en principe pécuniaire, pour le cas où surviendrait un événement présentant un aspect aléatoire, moyennant le paiement d'une ou de plusieurs primes que l'autre partie (le preneur d'assurance) s'oblige à payer⁷.
6. Il faut souligner que l'assureur est soumis à l'agrément et à la surveillance, en application de la loi sur la surveillance des entreprises d'assurance⁸. Il offre ainsi nécessairement ses services dans le cadre d'une activité commerciale, condition nécessaire à l'application de la LCD⁹.

B. Les conditions générales d'assurance

7. On parle de conditions générales en présence de clauses contractuelles préformulées, décrivant tout ou partie du contenu de contrats, dans le but de conclure un grand nombre de contrats du même genre¹⁰.

⁷ Définition empruntée à CORBOZ BERNARD, Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente, SJ 2011 II 247, p. 247. Cf. également BRULHART (n. 6), N 390 ss, p. 176 ss.

⁸ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA ; RS 961.01). Cf. art. 2 en particulier.

⁹ Art. 2 LCD. Cf. également la contribution de LAURENT BIERI, dans le présent ouvrage, N 14, et la référence citée en note 15.

¹⁰ Cf. la contribution de LAURENT BIERI, dans le présent ouvrage, N 14. Cf. également PICHONNAZ (n. 4), p. 382.

8. Les trois éléments caractéristiques pour définir si l'on est ou non en présence de conditions générales sont les suivants¹¹ :
- tout d'abord, les clauses doivent être établies *à l'avance* par le cocontractant qui entend s'en servir, en l'espèce l'assureur ;
 - ensuite, ces clauses doivent être prévues *pour un nombre indéfini de contrats*. Cette condition ne pose jamais de difficulté particulière en matière de contrats d'assurance, la conclusion de nombreux contrats identiques étant précisément, pour les raisons évoquées ci-dessus¹², l'objectif de l'assureur ;
 - finalement, ces clauses ne doivent *pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle* entre les parties¹³. La réalisation de cette condition n'est pas toujours simple à vérifier, notamment lorsque certains éléments ont été discutés entre les parties, par exemple si l'assuré a requis de l'assureur des explications au sujet de l'une ou l'autre clause des conditions générales¹⁴. Toutefois, en matière de contrat d'assurance, ces difficultés devraient rester marginales, tant la règle du « à prendre ou à laisser »¹⁵ est une réalité dans ce domaine. Dans le cadre d'un échange synallagmatique, une négociation suppose en effet que les parties se trouvent sinon sur un pied d'égalité, à tout le moins proches de l'être. Dans l'hypothèse de polices d'assurance conclues entre un établissement d'assurance d'une

¹¹ PICHONNAZ (n. 4), p. 383.

¹² Cf. N 4.

¹³ SCHWENZER INGEBORG considère que l'absence de négociation individuelle est le critère décisif pour déterminer si l'on est ou non en présence de conditions générales (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5^e éd., Berne 2009, N 44.01, p. 325 s.).

¹⁴ PICHONNAZ (n. 4), p. 383 ss ; WERRO FRANZ, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile : regard critique sur les conditions générales, in : WERRO/STÖCKLI (édits), Journées du droit de la circulation routière, Berne 2006, p. 1-90, p. 4 s.

¹⁵ Cf. VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Thèse Genève 2004, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 313 s. ; MORIN ARIANE, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, in : Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, p. 17-43, p. 19.

part et un consommateur d'autre part¹⁶, de telles situations devraient rester marginales.

9. Dans le cadre de cette contribution, on qualifie de *conditions générales d'assurance (CGA)* les conditions générales intégrées à un contrat d'assurance tel que défini ci-dessus¹⁷. Nous en distinguons les règlements des institutions de prévoyance au sens des articles 48 ss LPP, les contrats passés par ces institutions tant avec les employeurs affiliés (conventions d'affiliation) qu'avec les travailleurs (contrats de prévoyance) n'étant pas des contrats d'assurance, mais des contrats innommés, *sui generis*¹⁸.
10. A noter qu'en matière de contrats d'assurance, les conditions générales peuvent prendre des apparences très diverses : on trouve ainsi, outre des conditions générales, des conditions particulières¹⁹, des conditions supplémentaires, complémentaires, additionnelles, etc. Dès lors que les conditions énumérées ci-dessus sont remplies²⁰, l'on est en présence de conditions générales, indépendamment de l'appellation utilisée.

III. Le champ d'application du nouvel article 8 LCD

11. Savoir si l'assuré lésé par les conditions générales auxquelles sa police d'assurance est soumise verra la protection juridique qui lui est offerte renforcée par la révision de l'article 8 LCD dépend de plusieurs facteurs. Cette disposition faisant référence à plusieurs

¹⁶ Sur la définition de la notion de consommateur dans le contexte de l'art. 8 LCD, cf. N 12 ss.

¹⁷ Cf. N 5.

¹⁸ Pour le contrat de prévoyance, cf. TF, B.6/06 du 21 mars 2007, c. 3. Pour la convention d'affiliation, cf. TF, B.84/00 du 3 octobre 2001, c. 4a. Pour plus de détails à ce sujet, cf. KAHIL-WOLFF BETTINA/SIMONIN EMMANUELLE, Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales, in : Kahil-Wolff (éd.), *Quoi de neuf en droit social ?*, Collection IRAL n° 34, Berne 2009, p. 117-147, p. 136 ss.

¹⁹ Pour la distinction entre conditions générales et conditions particulières, cf. BRULHART (n. 6), N 265, p. 120 s.

²⁰ Cf. N 8.

notions juridiques indéterminées, il s'agira tout d'abord de voir comment les tribunaux interpréteront celle de consommateur (A), puis comment ils concrétiseront l'exigence d'une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat (B). Dans un deuxième temps, nous comparerons les possibilités ainsi créées avec les outils existants, pour déterminer l'utilité concrète de l'article 8 LCD pour les assurés (IV²¹).

A. La notion de consommateur dans le contexte de l'article 8 LCD

1. Généralités

12. A l'origine, le projet de loi soumis aux Chambres par le Conseil fédéral ne limitait pas textuellement le champ de protection de l'article 8 LCD aux consommateurs. En outre, le message rejetait clairement l'idée d'une discrimination des entreprises par rapport aux personnes physiques, à tout le moins des PME. Le Conseil fédéral considérait en effet que ces dernières se trouvaient souvent dans la position de la partie contractante défavorisée, et donc, face à des conditions contractuelles préformulées, dans une situation identique à celle des particuliers²². Cette interprétation du Conseil fédéral tenait compte du champ d'application de la loi contre la concurrence déloyale, qui s'étend à tous les domaines de l'activité économique, sans distinction selon que le « client » est ou non un consommateur.
13. L'introduction, dans l'article 8 LCD, de la notion de disproportion au détriment du consommateur, est le fruit d'un compromis politique. En effet, le renforcement de la protection contre les conditions générales abusives s'est heurté à une importante opposition de principe, et sa limitation aux consommateurs a permis d'éviter qu'il ne soit tout simplement biffé. Cet ajout est intervenu à

²¹ N 53 ss.

²² Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 p. 5539 ss, p. 5568.

la fin des débats parlementaires, lors de l'élimination des divergences, juste avant le vote final, sans autre débat²³.

14. La réflexion de nos parlementaires a sans aucun doute été influencée par la Directive 93/13 du Conseil des communautés européennes, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²⁴. Ce texte s'inscrit dans le cadre des mesures destinées à parachever le marché intérieur²⁵. La limitation du champ de protection de ce texte aux consommateurs est la conséquence des compétences législatives limitées confiées à la Communauté par les Etats membres^{26 27}.

2. Jeu de piste

15. Le législateur n'a pas indiqué quelle acception la notion de consommateur devait recevoir dans le cadre de l'article 8 LCD. Or, précisément, elle fait partie de ces notions juridiques indéterminées qui jonchent le Recueil systématique de la législation helvétique, sans signifier deux fois la même chose²⁸.

L'article 97 Cst. habilite la Confédération à prendre des mesures destinées à protéger les consommateurs, ce par quoi il faut entendre, de manière toute générale, les personnes qui achètent pour leur propre usage (consommateur « final »)²⁹.

²³ Modification de la loi contre la concurrence déloyale, BO 2011 N 227.

²⁴ Journal officiel n° L 095 du 21 avril 1993, p. 29-34.

²⁵ Cf. préambule de la Directive.

²⁶ Pour un aperçu général des compétences législatives de l'Union européenne, cf. BIEBER ROLAND/MAIANI FRANCESCO, Précis de droit européen, 2^e éd., Berne 2011, p. 28 s. et 36 ss.

²⁷ Cf. également N 30.

²⁸ Pour d'autres points de référence que les dispositions mentionnées ci-dessous, cf. HOLLIGER EUGÉNIE, Artikel 8 – Das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20, février 2012, p. 3-5.

²⁹ Cf. AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 5 ad art. 97, p. 756.

La loi sur les voyages à forfait³⁰, également inspirée par la législation européenne en matière de protection des consommateurs, protège indifféremment « toute personne qui » conclut un voyage à forfait et/ou en bénéficie³¹. Le but du voyage (privé ou professionnel) est sans importance³².

A l'inverse, en matière de for, l'article 32 al. 2 CPC ne destine le bénéfice du for spécial du consommateur qu'à celui qui a conclu un contrat dit de consommation courante, autrement dit un contrat portant sur une prestation destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur³³. Il faut en outre que cette prestation soit sans rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur. Ne peut être reconnu consommateur au sens de cette disposition qu'une personne physique³⁴. L'article 120 LDIP, qui détermine le droit applicable en cas de litige de consommation comportant un élément d'extranéité³⁵, se réfère à la même définition de consommateur.

Entre ces deux extrêmes, signalons l'article 2 al. 2 de l'ordonnance sur l'indication des prix³⁶, qui définit le consommateur comme « toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle ».

³⁰ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (LVF ; RS 944.3).

³¹ Art. 2 let. c LVF.

³² STAUDER BERND, Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, N 9 ad art. 2 LVF, p. 2338.

³³ Le Tribunal fédéral parle de « besoins usuels » (cf. TF, 4A_432/2007 du 8 février 2008, c. 4.2.2). Cf. également HALDY JACQUES, Code de procédure civile commenté, Bohnet et al. (éd.), Bâle 2011, N 7 ad art. 32 CPC, p. 71.

³⁴ Cf. HALDY (n. 33), N 12 ad art. 32 CPC, p. 72.

³⁵ Cf. BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Commentaire romand, loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2011, N 1-11 ad art. 120 LDIP, p. 1030-1034 ; DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd., Bâle/Genève/Munich 2005, N 1-4 ad art. 120 LDIP, p. 416 s.

³⁶ Ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 (OIP ; RS 942.211). Cette ordonnance a pour but d'assurer une indication claire des prix, permettant de les comparer et d'éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur (art. 1 OIP).

La loi sur la responsabilité du fait des produits³⁷ admet une double définition de la notion de consommateur : selon qu'il est victime de lésions corporelles ou de dommages matériels, le consommateur sera quiconque est lésé par un produit défectueux, ou alors uniquement le client d'une prestation de consommation courante au sens où on l'a définie ci-dessus³⁸.

3. Dénominateur commun, inconnues et enjeux pour le contrat d'assurance

16. Si l'on tente de réduire les différentes définitions évoquées ci-dessus à leurs plus petits dénominateurs communs, on retient premièrement *l'acquisition de biens ou de services* et, deuxièmement, le but de cette acquisition, qui doit être *étranger à l'activité commerciale* de l'acquéreur³⁹. Les auteurs qui, jusqu'ici, se sont penchés sur le champ d'application de l'article 8 LCD dans sa teneur à partir du 1^{er} juillet 2012, mentionnent également ces deux éléments, et semblent être d'accord sur leur nécessité⁴⁰. Au-delà, l'interprétation de la notion de consommateur est encore floue.
17. Dans le contexte qui nous occupe, l'ajustement de la focale par le Tribunal fédéral fera l'objet d'un examen attentif, car l'effectivité et l'efficacité de la protection offerte par l'article 8 LCD dépendront des moyens qu'on lui donnera. Nous retenons trois inconnues dont la valeur ne peut, pour l'instant, qu'être supposée, et dont la confirmation par les tribunaux délimitera en définitive la possibilité pour l'assuré d'invoquer avec succès l'article 8 LCD dans le cadre d'un litige l'opposant à son assureur.

³⁷ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP ; RS 221.112.944).

³⁸ Cf. plus haut dans le N 15.

³⁹ Cf. aussi art. 1 al. 1 let. b LRFP.

⁴⁰ Cf. notamment HOLLIGER (n. 28), p. 3 ; PICHONNAZ PASCAL, *Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence*, Plaidoyer 5/2011, p. 34-41, p. 35 s. ; STÖCKLI HUBERT, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, DC 2011, p. 184-188, p. 186.

18. Tout d'abord, il s'agira de déterminer si le champ d'application de l'article 8 LCD est réellement limité aux polices d'assurances souscrites par des personnes physiques (a) en dehors de tout contexte commercial ou professionnel (b). Les tribunaux devront dire ensuite si seuls les contrats dits de consommation courante tombent dans le champ de protection de l'article 8 LCD (c).

a. Limitation aux contrats conclus par des personnes physiques ?

19. Nous l'avons dit⁴¹, la limitation du champ de protection de l'article 8 LCD aux seules personnes physiques est une question qui se pose quel que soit le type de contrat conclu. Elle mérite toutefois une analyse particulière dans le cadre du contrat d'assurance car, d'une part, tant les personnes physiques que les personnes morales sont amenées – voire même obligées, de cas en cas – à s'assurer ; d'autre part parce que les unes comme les autres seront en principe dans la même situation face aux conditions générales d'assurance.
20. La limitation du champ de protection de l'article 8 LCD étant intervenue tout à la fin des discussions, elle n'est pas documentée dans les travaux parlementaires, de sorte qu'il n'est pas possible d'en déduire le sens que le législateur entendait donner à la notion de consommateur. Certains auteurs en concluent que les Chambres ont simplement intégré à la réglementation helvétique le dispositif européen. La volonté claire du législateur était ainsi de limiter le champ de protection de l'article 8 LCD aux personnes physiques⁴².
21. Une autre partie de la doctrine estime que l'absence de définition claire dans la loi et les travaux parlementaires laisse la porte ouverte à l'inclusion, dans la notion de consommateur, des personnes

⁴¹ Cf. N 1.

⁴² Dans ce sens, MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, REAS 2011, p. 328-331, p. 330 ; KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20, février 2012, p. 18 s.

morales, en particulier lorsque celles-ci ne déploient pas d'activité commerciale, à l'instar d'une association sans but lucratif⁴³.

22. Il est vrai que le Conseil fédéral, dans le message qui accompagnait le projet de loi contre la concurrence déloyale soumis aux Chambres, avait expressément souhaité que l'article 8 LCD protège aussi les PME⁴⁴. Or, précisément, ce vœu n'a pas été entendu par les Chambres, et s'il est vrai que l'on n'a pas expressément confirmé que la personne morale ne pouvait être consommateur, il ressort de l'esprit général des débats que l'on a voulu suffisamment contenir le champ d'application de l'article 8 LCD pour, comme nous l'avons dit plus haut⁴⁵, que la révision de cette disposition aboutisse.
23. A notre sens, on peut raisonnablement s'attendre à ce que le Tribunal fédéral, au moment de concrétiser la notion de consommateur dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 8 LCD, s'en tienne à une interprétation conforme à la volonté du législateur, ce d'autant plus qu'elle est en harmonie avec les autres lois fédérales qui recourent à cette notion⁴⁶.
24. Si la question se pose en lien avec un contrat d'assurance, un élément décisif pour l'interprétation pourrait être l'article 5 al. 2 P-LCA⁴⁷. Cette disposition prévoit en effet, pour le domaine de l'assurance privée, une énième définition de la notion de consommateur. Sont cette fois des consommateurs, au sens de cette disposition, les « personnes physiques qui concluent un contrat dans un but pouvant être considéré comme étranger à leur activité commerciale ou professionnelle ». Le message sur la révision de la LCA⁴⁸ est muet sur les raisons de cette définition, dont on nous dit seulement qu'elle s'inspire de l'article 3 de la loi sur le crédit à la

⁴³ Cf. PICHONNAZ (n. 40), p. 36 s. Plaident également dans ce sens : STÖCKLI (n. 40), p. 184-188 ; HOLLIGER (n. 28), p. 2-3 et 5-6.

⁴⁴ FF 2009 p. 5539 ss, p. 5568.

⁴⁵ Cf. N 13.

⁴⁶ Cf. N 15.

⁴⁷ Sur la révision de la LCA, cf. n. 3.

⁴⁸ FF 2011 p. 7091 ss.

consommation⁴⁹, qui assimile aussi le consommateur à la personne physique exclusivement. Ce parallèle n'est pas satisfaisant dans la mesure où le crédit à la consommation est, par essence, destiné aux personnes physiques⁵⁰, alors que le contrat d'assurance est destiné à tous les acteurs de la vie économique, les personnes morales étant même, selon les circonstances, soumises à une obligation d'assurance.

25. Dans les litiges ayant pour contexte des polices d'assurance et les conditions générales qui les régissent, il faut donc s'attendre à ce que le champ d'application de l'article 8 LCD soit limité aux personnes physiques défavorisées par ces conditions. Les personnes morales seront ainsi renvoyées aux outils existant aujourd'hui⁵¹. Cette solution aura le mérite de la cohérence avec le droit interne. En revanche, elle crée une protection à deux vitesses, alors que dans le contexte particulier de l'assurance, elle ne se justifie pas. En effet, si l'on peut comprendre le souhait de ne pas inclure dans le champ de protection de l'article 8 LCD les transactions commerciales passées entre partenaires placés sur pied d'égalité, les situations de ce genre n'existent pas dans le contexte qui nous occupe, sinon dans les cas,

⁴⁹ Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1). Art. 3 : « Par consommateur, on entend toute personne physique qui conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

⁵⁰ L'art. 1 al. 1 LCC définit le contrat de crédit à la consommation comme le contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir un crédit, qui peut prendre des formes diverses, à un consommateur. L'art. 1 al. 2 LCC assimile aux crédits à la consommation les contrats de leasing portant sur des choses mobilières à l'usage privé du preneur. Cf. également FAVRE-BULLE XAVIER, La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation : présentation générale et champ d'application, in : Imsand (éd.), La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation, Travaux de la demi-journée d'étude organisée le 6 mars 2002 à l'Université de Lausanne, Lausanne 2002, p. 42 s.

⁵¹ Cf. N 49 ss. *Contra* : HOLLIGER (n. 28), qui déduit de la présence, dans le texte de l'art. 8 LCD, de l'adverbe « notamment » la possibilité d'une interprétation extensive par les tribunaux (p. 5 s.). Cette interprétation – souhaitable quant à son résultat – nous paraît difficilement conciliable avec l'esprit des travaux parlementaires, expression de la volonté du législateur (du même avis, STÖCKLI [n. 40], p. 187).

plutôt rares, des compagnies d'assurance qui concluent des polices d'assurance, par exemple en faveur de leur personnel, ou pour assurer leurs locaux. A l'inverse, une personne occupant une fonction dirigeante dans une compagnie d'assurance qui conclut une police d'assurance à titre privé bénéficiera de la protection de l'article 8 LCD, quand bien même elle jouit d'une grande expérience en matière de conditions générales d'assurance. Dans ce domaine, clairement, la distinction entre personnes physiques et personnes morales n'est pas un élément pertinent.

26. Il ne serait donc pas vain que la définition de consommateur dans le contexte du marché de l'assurance soit rediscutée dans le cadre de la révision de la LCA, pour qu'elle tienne compte des réalités de ce secteur économique.

b. L'absence de lien avec une activité commerciale ou professionnelle

27. Indépendamment de la réponse qui sera donnée par le Tribunal fédéral à la question précédente, l'application du nouvel article 8 LCD suppose que l'on sache où placer la limite entre les contrats conclus à titre privé et les contrats conclus dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle. Dans le contexte qui nous occupe, cette nécessité est particulièrement vraie lorsque la personne qui souscrit une police d'assurance est une personne physique qui déploie, par hypothèse, une activité commerciale en raison individuelle. Dans ce genre de situation, on peut en effet s'interroger sur l'opportunité d'une protection à géométrie variable selon que la police d'assurance est conclue ou non dans le cadre de l'activité commerciale⁵².

⁵² Il serait en effet curieux que notre indépendant puisse invoquer la protection de l'art. 8 LCD pour contester les conditions générales régissant la police d'assurance perte de gain maladie qu'il a conclue pour son employée de maison, mais non si cette police a été conclue au bénéfice de l'un de ses collaborateurs. La réflexion est la même en matière de responsabilité du fait des produits (cf. WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 2^e éd, Berne 2011, N 540 ss, p. 161 s.).

28. En matière de contrats d'assurance, une solution raisonnable serait de distinguer entre les polices conclues *dans le but d'organiser l'activité professionnelle* (par exemple les assurances RC professionnelles, assurances-choses pour le matériel garnissant les locaux, assurances perte de gain) et les assurances conclues *en lien direct avec le déploiement de l'activité commerciale* (par exemple une assurance-transport pour des marchandises vendues).
29. Cette solution est préconisée par plusieurs auteurs qui distinguent, indépendamment du type de contrats, entre l'organisation de l'activité professionnelle et le déploiement de l'activité commerciale à proprement parler⁵³.
30. Elle semble en revanche aller à l'encontre de la Directive européenne⁵⁴, qui définit le consommateur de manière plutôt large, comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui *n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* »⁵⁵. Au vu des débats parlementaires, on peut donc légitimement craindre que la solution finalement retenue par les tribunaux soit plus tranchée, réservant la protection de l'article 8 LCD aux souscripteurs de polices d'assurance à des fins exclusivement privées, dans une même logique que celle qui préside à la délimitation du champ de protection de la responsabilité du fait des produits⁵⁶. Si l'on comprend cette réflexion en droit de l'Union européenne, la compétence du législateur communautaire étant limitée à la protection des consommateurs⁵⁷, elle ne s'impose en

⁵³ Cf. BOUVERAT DAVID, Conditions générales d'affaires : perspectives législatives. Étude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne, Berne 2009, N 222, p. 70. Dans le même sens, WERRO (n. 52), N 541, p. 162.

⁵⁴ Directive 93/13/CEE (cf. n. 24).

⁵⁵ Art. 2 let. b. Cf. également CJCE, arrêt du 3.7.1997, Benincasa, aff. C-269/95, Rec. 1997 I p. 3767, n°15-19. Dans cet arrêt, la Cour juge que le particulier qui conclut un contrat en vue de l'exercice d'une activité professionnelle non actuelle mais future ne peut être considéré comme un consommateur, le caractère futur ne modifiant en rien sa nature professionnelle.

⁵⁶ Cf. n. 52. Du même avis, STÖCKLI (n. 40), p. 187.

⁵⁷ Cf. N 14 et la référence citée en note 26. Cf. également art. 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ; Journal officiel n° C 115 du

revanche pas en droit suisse⁵⁸. Compte tenu des spécificités du contrat d'assurance, déjà soulignées au chapitre précédent⁵⁹, une clarification à cet égard dans le cadre de la révision de la loi sur le contrat d'assurance servirait la sécurité et la prévisibilité du droit.

c. Limitation à la consommation courante

31. Comme nous l'avons dit plus haut⁶⁰, certaines dispositions légales retiennent, pour la notion de consommateur, une définition restrictive, limitée aux transactions relevant de la consommation courante, c'est-à-dire destinées à couvrir les besoins usuels du consommateur et de sa famille. Ainsi l'article 32 CPC réserve-t-il à ce type de transactions le for spécial du consommateur⁶¹. On peut donc s'interroger sur une limitation similaire du champ de protection de l'article 8 LCD.
32. En matière de contrats d'assurance, cette question n'est pas anodine car s'il est largement admis que l'assuré est un consommateur au sens de l'article 97 Cst., le label de la consommation courante n'est pas admis pour tous les types de polices. On l'admet, par exemple, pour une police d'assurance-RC voiture⁶² ou pour une assurance-voyage, mais pas pour une assurance-vie, à moins éventuellement que le capital convenu soit faible⁶³. En matière de services financiers

9 mai 2008).

⁵⁸ La notion de consommateur en droit suisse s'est d'ailleurs « européanisée » au fil de l'histoire législative (cf. FAVRE-BULLE XAVIER, Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2003, N 5 ad art. 3 LCC, p. 1568 s.).

⁵⁹ Cf. N 25.

⁶⁰ Cf. N 15.

⁶¹ Cf. art. 32 al. 2 CPC. Cette disposition est interprétée strictement par le Tribunal fédéral (cf. TF, 4A_432/2007 du 8 février 2008).

⁶² Mais pas pour une police d'assurance-RC conclue pour couvrir la responsabilité d'un pilote d'ULM (TF, 5C.222/2005 du 12 janvier 2006, c. 2.3, reproduit in : SJ 2006 I 416, p. 418).

⁶³ Cf. les références aux avis de la doctrine mentionnés par le TF dans son arrêt 5C_222/2005 du 12 janvier 2006, c. 2.2, reproduit in : SJ 2006 I 416, p. 418. Pour un exemple dans lequel le caractère de prestation de consommation courante a été admis pour une assurance-vie, cf. JdT 2011 III 192, p. 195.

d'une manière générale, le caractère usuel de la transaction est examiné en fonction « du genre, du but et du volume financier de l'affaire »⁶⁴.

33. Le texte de l'article 8 LCD ne prévoit pas de limiter le champ de protection de cette disposition aux transactions relevant de la consommation courante. Les travaux préparatoires ne donnent aucun indice en faveur d'une hypothétique volonté du législateur allant dans ce sens. Une partie de la doctrine plaide pour une limitation⁶⁵, l'autre partie⁶⁶ soulignant, à l'inverse, que si la solution de compromis élaborée par les Chambres fédérales suppose que l'on exclue du champ de protection de l'article 8 LCD les relations commerciales, il n'a à aucun moment été question d'aller plus loin encore en se limitant à la consommation courante⁶⁷.
34. A notre sens, la seconde opinion doit être validée, pour les raisons déjà évoquées d'une part, mais d'autre part aussi parce que dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale, qui concerne l'activité commerciale dans son ensemble, la limitation du champ de protection de l'article 8 LCD aux consommateurs fait déjà figure d'exception. Il convient donc, conformément à la règle⁶⁸, d'en circonscrire les contours avec retenue.

⁶⁴ Cf. ATF 132 III 268, c. 2.2.3. Cf. également ROMY ISABELLE, Le « for du consommateur » et les contrats de services financiers, RSPC 3/2009, p. 318-332, p. 321 ss.

⁶⁵ FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz, REAS 2011, p. 324-328, p. 326 ; MARCHAND (n. 42), p. 330.

⁶⁶ PICHONNAZ (n. 40), p. 36 s. ; SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, RSJB 2012, p. 1-22, p. 9 ; STÖCKLI (n. 40), p. 186.

⁶⁷ BO 2011 N 227 : « [...] *nur die Konsumentinnen und Konsumenten, nicht aber den Geschäftsverkehr* ».

⁶⁸ « *Exceptio est strictissimae interpretationis* ». Cf. LEBEAU MARTIN, De l'interprétation stricte des lois - Essai de méthodologie, Thèse Toulouse 2012, Paris 2012.

B. La disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations des parties

35. Deuxième volet de notre analyse, déterminer l'impact de la modification de l'article 8 LCD pour le contrat d'assurance suppose d'examiner comment les tribunaux concrétiseront, dans ce domaine, la notion de *disproportion* (1) *notable et injustifiée* (2) entre les droits et les obligations découlant du contrat.

1. Une disproportion...

36. Cette disproportion peut s'exprimer non seulement dans la relation d'échange entre les prestations caractéristiques du contrat (dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance, entre les primes et les prestations d'assurance), mais aussi dans l'organisation de la relation contractuelle dans son ensemble⁶⁹.
37. S'agissant du premier cas, soit la disproportion entre les prestations caractéristiques, la difficulté tient à ce que, par nature, le contrat d'assurance renferme un aspect aléatoire générateur de déséquilibre. La venue à chef du contrat d'assurance implique que les deux parties acceptent l'aléa⁷⁰. Ainsi, le preneur d'assurance doit accepter de payer des primes en sachant que le risque assuré ne se réalisera peut-être pas, de sorte qu'il n'aura jamais de « retour sur investissement ». A l'inverse, l'assureur accepte le risque de devoir indemniser un sinistre pour des montants largement supérieurs à celui des primes qu'il encaissera de cet assuré. Il relève précisément de l'activité d'assureur de gérer ce risque-là⁷¹.

⁶⁹ PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD. Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ 106/2010, p. 285-293, p. 289.

⁷⁰ L'aléa est défini comme un « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats » (CORNU GÉRARD, Vocabulaire juridique, 9^e éd., Paris 2011).

⁷¹ Le fait que l'assureur ait la faculté d'organiser son activité commerciale de telle façon à neutraliser l'aléa à un niveau que l'on peut qualifier de

38. De manière volontairement simplifiée⁷², on peut dire que dans le contrat d'assurance, la valeur de la prime, soit la contre-prestation demandée à l'assuré, est calculée principalement en fonction du montant des prestations d'assurance promises en cas de réalisation du risque, et de la probabilité statistique que ce risque se réalise. On ne peut donc pas, dans ce contexte, se limiter à un rapport strictement arithmétique entre la valeur économique de la prestation de l'assureur et celle de la contre-prestation (la ou les primes) pour juger d'une disproportion entre les deux, car la valeur du risque⁷³ doit aussi être prise en compte. A l'inverse, l'examen de la proportion ne peut pas non plus se limiter à la seule probabilité statistique que le risque se réalise. On ne peut en effet dire de manière générale qu'un risque dont la réalisation est rare coûterait moins cher aux assurances qu'un risque dont la réalisation est fréquente, et l'inverse n'est pas vrai non plus.
39. La disproportion entre les prestations caractéristiques du contrat d'assurance ne peut donc se cacher que dans la subtile articulation des deux aspects. A l'évidence, le plaideur « moyen », dépourvu de compétences en matière d'actuariat, sera dans l'impossibilité d'apporter la preuve de la disproportion⁷⁴ sans recourir à une expertise dont l'objet serait de démontrer, comme on le fait par exemple pour un loyer en matière de contrat de bail, un profit excessif pour l'assureur compte tenu du montant des prestations prévues et de la probabilité statistique que le risque se réalise. Le

« macrocontractuel » n'enlève rien, lors de l'analyse individuelle du contrat d'assurance, au caractère bilatéral et réciproque de l'aléa (pour une analyse en droit français, cf. BOUCHER AURORE, L'aléa dans le droit des contrats, Mémoire de recherche sous la direction de Denis Mazeaud, 2009-2010, p. 10 ss. Ce texte est disponible dans la Banque des mémoires de l'Université Panthéon-Assas [<http://www.u-paris2.fr>, rubrique « Recherche »]).

⁷² Pour plus d'explications au sujet des primes d'assurance, cf. BRULHART (n. 6), p. 58 ss.

⁷³ On pourrait parler du « risque de risque ».

⁷⁴ Cette preuve lui incombe s'il entend se prévaloir de la protection de l'art. 8 LCD, en application de la règle générale de l'art. 8 CC (cf. STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, Tome 1, Bâle 2009, p. 243 ss ; PIOTET DENIS, Commentaire romand, Code Civil I, Bâle 2010, ad art. 8 CC, p. 114 ss).

danger d'une telle démarche est alors de transcender la nature de l'article 8 LCD pour en faire, au-delà d'une mesure de protection des consommateurs et de garantie du bon fonctionnement de la concurrence, un véritable outil de régulation du marché de l'assurance⁷⁵. En revanche, elle s'avérera pertinente lorsqu'il s'agira de vérifier la part de la prime prélevée par l'assureur au titre de frais de gestion⁷⁶.

40. Sous l'angle de l'équilibre global du contrat, on peut s'inspirer de règles générales du droit des obligations qui se réfèrent aussi, explicitement ou implicitement, à la notion de disproportion. On pense en particulier à l'article 21 CO, qui permet d'invalider un contrat entaché de lésion, soit, précisément, d'un déséquilibre entre les prestations promises⁷⁷. On pense ensuite à l'article 163 al. 3 CO, qui permet au juge de réduire une peine conventionnelle excessive. Les tribunaux ont dégagé des critères pour juger de l'existence d'une disproportion, dont certains sont récurrents, comme la situation des parties, notamment leur expérience en affaires⁷⁸, ou la durée et la nature du contrat⁷⁹.
41. La notion d'une relation de dépendance entre les partenaires contractuels peut aussi entrer en ligne de compte. Transposé au sujet qui nous occupe, ce critère peut conduire à admettre plus

⁷⁵ Cette question est traitée plus en détail aux N 74 ss.

⁷⁶ On distingue en effet la prime dite nette (ou pure) de la prime dite brute. La prime nette représente la part de la prime demandée en contrepartie de la couverture des éventualités assurées, alors que la prime brute intègre les frais de gestion de l'assureur (cf. également BRULHART [n. 6], N 503, p. 229).

⁷⁷ SCHMIDLIN BRUNO, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, N 3 ad art. 21 CO, p. 197.

⁷⁸ TF, 4A_233/2009 du 6 juillet 2009, c. 4 ; TF, 4A_126/2009 du 12 juin 2009 c. 5 ; ATF 133 III 201 c. 5.2 ; ATF 133 III 43 c. 3.3.2 (déjà cité à la note d'après) ; TF, 4C_374/2006 du 15 mars 2007. Cf. également COUCHEPIN GASPARD, La clause pénale, Thèse Fribourg/Zurich/Bâle/Genève 2008, N 893-897, p. 180.

⁷⁹ ATF 133 III 201 c. 5.2 ; ATF 133 III 43 c. 3.3.2 ; Cf. TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, N 1386, p. 283-284 ; MOOSER MICHEL, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, N 8 ad art. 163 CO, p. 1161. Sur la pertinence de ce critère dans le contexte qui nous occupe, cf. N 51.

facilement une disproportion au sens de l'article 8 LCD lorsque le preneur est soumis à une obligation de s'assurer⁸⁰.

42. Une troisième piste se trouve finalement être la Directive européenne concernant les clauses abusives⁸¹, qui contient une liste exemplative de clauses contractuelles préformulées réputées abusives. Ces exemples ne concernent pas directement la relation d'échange entre les prestations caractéristiques du contrat, mais les autres aménagements des relations contractuelles. Ainsi, la Directive européenne qualifie d'abusives les clauses qui permettraient au fournisseur de services, en l'espèce à l'assureur, de résilier le contrat en tout temps⁸² ou de modifier unilatéralement les conditions du produit sans que le consommateur ne puisse résilier le contrat⁸³. Dans une affaire récente⁸⁴, le Tribunal fédéral a, précisément, jugé insolite⁸⁵ une clause excluant le droit de résiliation de l'assuré dans l'hypothèse d'une adaptation du contrat à la suite d'une décision des autorités.
43. Pour terminer, la disproportion est à notre sens évidente lorsque les CGA confèrent à l'assureur la faculté de réduire unilatéralement ses prestations après la survenance du risque assuré.

Ainsi, dans une affaire soumise récemment encore au Tribunal fédéral⁸⁶, une clause des CGA d'une police d'assurance perte de gain maladie permettait à l'assureur de limiter les prestations d'assurance à 180 indemnités journalières, au lieu des 730 indemnités prévues contractuellement, en cas de résiliation de la police, y compris lorsque la résiliation était le fait de l'assureur.

⁸⁰ On pense en priorité à l'assurance-RC voiture, mais aussi aux obligations découlant de législations cantonales, comme l'assurance-incendie ou l'assurance pour les détenteurs de chiens.

⁸¹ Directive 93/13/CEE (cf. n. 24).

⁸² Cf. annexe à la Directive 93/13/CEE, lettres f et g.

⁸³ Cf. annexe à la Directive 93/13/CEE, lettres j et k.

⁸⁴ ATF 135 III 1.

⁸⁵ Sur le rapport entre la théorie de l'insolite et la notion de disproportion au sens de l'art. 8 LCD, cf. N 54 ss.

⁸⁶ ATF 135 III 225.

Ce régime contractuel permettait à l'assureur de ne jamais verser la totalité des prestations convenues. Le Tribunal fédéral a jugé que cette clause était à ce point étrangère à la nature du contrat que sous l'angle du principe de la bonne foi, l'assureur ne pouvait pas admettre qu'elle avait été valablement intégrée à la police.

2. [...] notable, injustifiée, contraire à la bonne foi

44. Si l'assuré qui invoque l'article 8 LCD parvient à démontrer une disproportion, encore lui faudra-t-il convaincre le juge qu'elle est « notable et injustifiée ». Il est difficile de trouver, parmi les auteurs qui se sont exprimés jusqu'ici sur cet aspect de la nouvelle disposition, des indications précises susceptibles de guider le juge saisi d'un litige à ce sujet. S'agissant du caractère notable de la disproportion, on nous dit qu'il doit être établi en tenant compte de l'économie globale du contrat⁸⁷, ce qui est conforme au texte de l'article 8 LCD.
45. Au-delà de cette idée générale, *la condition du caractère notable* implique un effet de seuil, qu'il appartiendra aux tribunaux de concrétiser. Dans le contexte d'un contrat d'assurance, toutes les clauses qui permettent de régler unilatéralement le sort du contrat (résiliation ou résolution) ou d'en modifier unilatéralement le contenu induisent une disproportion que l'on devrait toujours qualifier de notable et de contraire à la bonne foi. Le fait que les possibilités ainsi aménagées par l'assureur soient contrebalancées, par exemple pour la première hypothèse, par un remboursement des primes versées depuis le début des rapports contractuels ou, pour la deuxième hypothèse, par un droit de résiliation par l'assuré, n'est à notre sens pas suffisant pour rétablir un équilibre, ou en tout cas pas pour tous les types de contrats. En matière d'assurances-maladie complémentaires, par exemple, nombreux seront les assurés qui ne pourront, matériellement, se permettre de résilier ou de voir résiliée leur police, lorsque l'âge ou un état de santé précaire notamment rendent

⁸⁷ Cf. PICHONNAZ/FORNAGE (n. 69), p. 289 ; PICHONNAZ (n. 40), p. 37.

la conclusion sans réserve d'une nouvelle assurance totalement illusoire⁸⁸.

46. S'agissant d'une disproportion entre la prime et les prestations d'assurance convenues, si tant est qu'elle soit établie⁸⁹, le seuil du notable prendra probablement une dimension chiffrée – un pourcentage, par exemple. A noter que contrairement à ce qui prévaut en matière de prévoyance professionnelle, les tarifs des assureurs ne sont en principe pas (plus) soumis au contrôle préventif de l'autorité de surveillance⁹⁰. Le fait qu'un produit d'assurance soit proposé sur le marché ne permet donc pas, à lui seul, de conclure à sa conformité aux principes légaux. Par exception, l'assureur qui veut obtenir l'agrément pour pratiquer l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale doit notamment présenter ses tarifs et ses conditions générales à la FINMA⁹¹, qui exerce alors un contrôle préventif. En matière d'assurance contre les dommages dus à des événements naturels, l'article 33 al. 3 LSA⁹² impose à la FINMA d'examiner l'adéquation des primes au risque et aux frais, d'après les tarifs et les bases de calcul que lui présentent les entreprises d'assurance. Dans ces cas-là, si les tarifs ont été approuvés par l'autorité de surveillance, il paraît difficilement

⁸⁸ A noter qu'actuellement, la grande majorité des assureurs offrant des assurances-maladie complémentaires renoncent, dans les CGA, à la faculté d'une résiliation sur sinistre, prévue à l'art. 42 LCA. Pour plus de détails à ce sujet, cf. DUC JEAN-MICHEL, Résiliation sur sinistre d'un contrat d'assurance combiné – date déterminante, RSJB 2008, p. 374-375 ; CARRÉ OLIVIER, loi fédérale sur le contrat d'assurance, Edition annotée, Lausanne 2000, ad art. 42 LCA.

⁸⁹ Cf. N 36 ss.

⁹⁰ Cf. BRULHART (n. 6), N 179, p. 79.

⁹¹ L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique, dont le siège est à Berne (art. 4 al. 2 LFINMA [RS 956.1]). Le but de la surveillance des marchés financiers est de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers, pour améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA).

⁹² Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01).

envisageable que les tribunaux civils, moins bien outillés, corrigent cette appréciation⁹³.

47. Finalement, le caractère notable de la disproportion doit aussi être admis, selon nous, lorsqu'une ou plusieurs clauses des CGA limitent la couverture d'assurance de telle manière que le contrat n'est finalement plus celui que l'assuré croyait conclure compte tenu de sa dénomination. Sont notamment visés ici des produits offerts par des assureurs partenaires d'organismes de crédit, sous des dénominations telles que « assurance en cas d'incapacité de travail », « assurance en cas d'incapacité de gain », « assurance en cas de chômage ». Souvent, les définitions retenues pour les éventualités concernées sont à ce point étroites que la probabilité de remplir les conditions ouvrant un droit aux prestations est infime. Elles sont en outre différentes des définitions habituellement retenues en droit suisse, en droit des assurances sociales notamment⁹⁴. Dans ce genre de situations, des primes par hypothèse basses ne devraient pas permettre d'exclure le caractère notable de la disproportion⁹⁵.
48. Si la disproportion est notable au sens de ce qui vient d'être dit, il s'agira encore de la juger *injustifiée*. Au sujet de ce qualificatif, on trouve dans la doctrine deux idées différentes : pour certains auteurs, dont l'analyse repose sur le texte du projet soumis aux Chambres par le Conseil fédéral et sur le message l'accompagnant, le caractère injustifié découlerait de ce que la disproportion induite par

⁹³ En revanche, la seule approbation des CGA par l'autorité de surveillance ne permet pas d'exclure qu'elles renferment des clauses créant une disproportion au sens de l'art. 8 LCD, le juge civil n'étant nullement tenu par une approbation de nature administrative (cf. OG-ZH, LB100030 du 19 octobre 2011, dont le contenu est rapporté par EVA POUGET-HÄNSELER, Die objektive Ungewöhnlichkeit Allgemeiner Versicherungsbedingungen, REAS 2012, p. 171-175, p. 173 plus particulièrement).

⁹⁴ Cf. notamment art. 6 et 7 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

⁹⁵ Dans le même ordre d'idée, mentionnons aussi les polices d'indemnités journalières en cas d'hospitalisation ou de recours à d'autres prestations de soins, dont les CGA excluent le versement précisément dans les cas qui supposent des frais importants (maladies chroniques, hospitalisations de longue durée, limitation aux séjours en soins aigus, etc.).

une clause des conditions générales n'est pas compensée par un avantage conféré par un autre aménagement contractuel. Le maintien de la clause litigieuse s'avérerait ainsi contraire au principe d'équité⁹⁶. Si cette interprétation devait être retenue, on peinerait alors à notre sens à distinguer entre les conditions du « notable » et de l'« injustifié », l'idée étant, dans les deux cas, d'éviter qu'une clause ne soit jugée abusive au terme d'un examen isolé, sans considération pour le régime contractuel global, qui doit être équitable pour le cocontractant de l'utilisateur des conditions générales⁹⁷. D'autres auteurs, interprétant la version « définitive » de l'article 8 LCD en s'appuyant sur la Directive européenne, soutiennent que la condition du caractère injustifié est réalisée si la disproportion notable est contraire aux règles de la bonne foi⁹⁸, et ce bien que cette condition soit mentionnée séparément.

49. Quelle que soit l'analyse que l'on retienne, la condition du caractère injustifié est manifestement superflue, soit parce qu'elle est incluse dans la condition du caractère notable de la disproportion, soit parce qu'elle est assimilée à l'examen du respect des règles de la bonne foi. Il résulte en effet déjà de l'idée d'une « disproportion notable » qu'une clause des conditions générales ne doit pas être jugée abusive au terme d'un examen isolé, sans considération pour le régime contractuel global. Quant à la conformité aux règles de la bonne foi, cette condition est, comme nous l'avons dit, expressément mentionnée ailleurs dans la disposition.
50. Dans le cadre du contrat d'assurance, les exemples que nous avons mentionnés plus haut s'agissant de définir le caractère de la disproportion notable laissent difficilement entrevoir, sous l'angle de l'examen global de la relation contractuelle, que la disproportion

⁹⁶ Cf. PICHONNAZ/FORNAGE (n. 69), p. 289 ; PICHONNAZ (n. 40), p. 37 ; JUNOD MOSER DOMINIQUE, *Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation*, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 225 ; MORIN ARIANE, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012, N 179 ad art. 1 CO, p. 51 s.

⁹⁷ Cf. également STÖCKLI (n. 40), p. 184.

⁹⁸ Cf. SCHMID (n. 66), p. 14. Cf. également la contribution de FRANÇOIS BOHNET, dans le présent ouvrage, N 64.

puisse être justifiée par un intérêt légitime de l'assureur. En particulier, ce dernier ne pourra invoquer l'accord de l'assuré, dès lors que l'article 8 LCD décrit un état de fait conduisant à la nullité absolue, au sens de l'article 20 al. 1 CO, des conditions générales, ou à tout le moins des clauses concernées. Dans la systématique de notre Code des obligations, la nullité absolue du contrat, ou de certaines de ses clauses, ne peut pas être réparée par le consentement des parties⁹⁹.

51. Sous l'angle de la bonne foi, la nuance est plus délicate. Si l'on se réfère au message du Conseil fédéral, l'introduction de cette condition avait pour objectif de permettre une appréciation nuancée de la disproportion notable, selon les forces en présence, pour « tenir compte notamment de l'expérience commerciale du partenaire contractuel et de ses connaissances juridiques »¹⁰⁰. Cette analyse pose problème dès lors que, comme nous l'avons dit au paragraphe précédent, l'article 8 LCD postule un état de fait sanctionné par la nullité absolue des conditions générales concernées. La nullité, au sens de l'article 20 al. 1 CO, n'est pourtant pas une notion à géométrie variable, en fonction des qualités des partenaires contractuels¹⁰¹. A cela s'ajoute que l'article 8 LCD, en lien avec l'article 10 LCD, permet désormais un contrôle abstrait des conditions générales, à la demande non seulement de l'assuré, mais également, par exemple, d'une association de protection des consommateurs¹⁰². Dans le deuxième cas de figure, il est évident que la condition de bonne foi ne peut revêtir la dimension subjective voulue par le Conseil fédéral. Les explications du message sont aujourd'hui à notre sens d'autant moins pertinentes que contrairement au projet d'article soumis aux Chambres, l'article 8 LCD actuel est limité à la protection des consommateurs. Il n'y a donc plus lieu d'utiliser le paramètre de la bonne foi pour opérer

⁹⁹ GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, N 94-95 ad art. 19 et 20 CO, p. 202 s.

¹⁰⁰ FF 2009 p. 5539 ss, p. 5567.

¹⁰¹ TERCIER (n. 79), N 490-512, N 725-738, N 760-767, p. 116-120, p. 159-161, p. 165 s.

¹⁰² Cf. N 68.

une protection différenciée entre ces derniers et les partenaires commerciaux. Il s'impose donc de considérer que la condition de bonne foi mentionnée à l'article 8 LCD a une dimension résolument objective (au sens de l'article 2 al. 1 CC). Dans ce contexte, ni l'information éventuellement donnée au partenaire contractuel, ni les qualités individuelles de ce dernier, ne jouent un rôle¹⁰³.

52. Dans ce contexte, à nouveau, les exemples que nous avons donnés ci-dessus pour illustrer le caractère notable de la disproportion laissent difficilement envisager – en matière de contrat d'assurance à tout le moins – une situation, autre que tout à fait marginale, dans laquelle cette disproportion notable serait, malgré tout, loyale au sens de l'article 2 al. 1 CC. Dans le contexte particulier du marché de l'assurance et de l'évident rapport de force entre les parties, contraindre le consommateur qui a démontré l'existence d'une disproportion notable qu'il établit en outre qu'elle est contraire à la bonne foi serait excessif et reviendrait, *de facto*, à limiter fortement la protection que le législateur a voulu lui offrir par le biais de l'article 8 LCD. Cela nous amène, comme d'autres, à en déduire que l'existence d'une disproportion notable au sens de ce qui a été dit ci-dessus doit être présumée contraire à la bonne foi, l'assureur conservant la possibilité de démontrer la légitimité de sa pratique¹⁰⁴. Au vu de ce qui a été dit au paragraphe précédent, la preuve de l'information donnée à l'assuré n'est pas suffisante, pas plus que la démonstration, comme on le fait en matière d'erreur médicale, d'une sorte de consentement hypothétique du cocontractant.

IV. Utilité pour les assurés du nouvel article 8 LCD

53. L'analyse développée au chapitre précédent laisse d'ores et déjà entrevoir que le nouvel article 8 LCD ne sera pas forcément invoqué fréquemment dans des litiges relatifs à des contrats d'assurance.

¹⁰³ Sur cette question, cf. également la contribution de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage, N 66 s.

¹⁰⁴ Du même avis, SCHMID (n. 66), p. 16 ; KUT/STAUBER (n. 42), N 121 (cf. également les avis contraires signalés par ces auteurs, en note 128). Cf. encore la contribution de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage, N 67.

Déterminer son utilité concrète pour les assurés suppose cependant encore que l'on examine brièvement les outils « traditionnels » dont ils disposent pour remettre en cause les clauses des CGA qui leurs sont défavorables (A), puis que l'on confronte ces solutions avec les possibilités offertes par la nouvelle disposition (B).

A. Les outils « traditionnels » de contrôle des CGA

54. LAURENT BIERI et FRANÇOIS BOHNET ont, dans leurs contributions respectives à cet ouvrage, consacré de larges passages à ce sujet¹⁰⁵. Nous nous bornerons, pour la bonne compréhension de notre analyse, à en rappeler les grandes lignes en soulignant quelques aspects propres au champ de notre étude.
55. Le contrat d'assurance est avant tout, comme son nom l'indique, un accord au sens des articles 1 ss CO. Le fait qu'il s'agisse de contrats de masse, soit de contrats conclus en de nombreux exemplaires avec autant d'assurés différents, ne change à notre sens rien à la nature de l'acte juridique¹⁰⁶. Le contrôle du contenu de ce contrat s'opère dans un premier temps en vérifiant que les CGA ont bien été intégrées à l'accord individuel. Ce n'est pas le cas des clauses dites insolites, qui sont réputées non écrites.
1. *L'intégration des CGA* au contrat d'assurance suppose que l'assuré ait eu la possibilité d'en prendre connaissance. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'il l'ait effectivement fait¹⁰⁷.
 2. *Une clause est insolite* lorsque, d'un point de vue objectif, elle est étrangère à la nature même de la convention, soit en raison de son contenu, soit en raison de son emplacement. Subjectivement, elle doit être de nature à créer la surprise chez

¹⁰⁵ Dans la contribution de LAURENT BIERI, cf. N 4 ss ; dans la contribution de FRANÇOIS BOHNET, cf. N 30 ss.

¹⁰⁶ Du même avis, (n. 6), N 282 ss, p. 127 ss.

¹⁰⁷ Cf. la contribution de LAURENT BIERI dans le présent ouvrage, N 5 et les références citées en note 1. Cf. également PROBST (n. 5), N 7 ; BIERI LAURENT, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, RDS 2012 I, p. 201-208.

le cocontractant. En principe, ce n'est donc que la partie dite faible, ou inexpérimentée, qui peut s'en prévaloir^{108 109}.

56. Certains auteurs avancent que la modification de l'article 8 LCD permettra sinon de se passer, du moins de diminuer le recours aux outils traditionnels de contrôle, en tout cas pour ce qui concerne le régime de la clause insolite¹¹⁰. Sans prétendre vérifier cette hypothèse pour les autres types de contrats, nous la rejetons pour les contrats d'assurance.
57. Méthodologiquement, tout d'abord, le contrôle de loyauté à l'aune de l'article 8 LCD n'a de sens que si les clauses litigieuses des CGA ont été valablement intégrées au contrat. Si ce n'est pas le cas, soit parce que les CGA n'ont pas été intégrées, soit parce qu'elles sont, en tout ou partie, réputées non écrites car insolites, il n'est nul besoin de s'interroger sur leur caractère licite sous l'angle du droit de la concurrence déloyale. Dans une telle hypothèse, l'existence d'une disproportion au sens de l'article 8 LCD est une question purement théorique, dont les juges pourront s'épargner l'analyse¹¹¹.
58. Par ailleurs, convaincre le juge du caractère insolite d'une clause de CGA suppose que l'on démontre, comme on l'a indiqué plus haut¹¹², que la règle est inattendue compte tenu du genre de contrat. C'est

¹⁰⁸ Cf. BRULHART (n. 6), N 287 ss, p. 129 ss. Cf. également la contribution de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage, N 34.

¹⁰⁹ Pour deux exemples récents d'affaires dans lesquelles le Tribunal fédéral a jugé insolites des clauses de CGA, cf. ATF 135 III 1 et 225 (cf. N 42, n. 84 et N 43, n. 86). Pour d'autres exemples de cas dans lesquelles l'insolite a été admis ou, au contraire, nié, cf. STOESSEL GERHARD, Basler Kommentar zum Versicherungsvetragsgesetz (Nachführungsband), Bâle 2012, N 31 ad Vorbemerkungen zum Art. 1-3, p. 18 s.

¹¹⁰ Cf. PICHONNAZ/FORNAGE (n. 69), p. 292. PICHONNAZ estime toutefois que le régime de la clause insolite doit être maintenu pour toutes les situations qui ne sont pas couvertes par l'art. 8 LCD, en particulier lorsqu'il s'agit de protéger des commerçants face à des clauses abusives (PICHONNAZ [n. 40], p. 38).

¹¹¹ Sous l'empire de l'ancien art. 8 LCD, ces moyens étaient, de fait, souvent examinés en parallèle (cf. par exemple ATF 119 II 443 ; TF, B.22/00 du 27 mars 2001 ; TF, 4A_120/2008 du 19 mai 2008).

¹¹² Cf. N 55. Cf. également la contribution de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage, (N 34).

notamment le cas lorsqu'elle est, d'un point de vue objectif, étrangère à l'affaire, mais aussi, sous l'angle subjectif, lorsqu'elle se trouve à un endroit inhabituel¹¹³.

59. Il est possible que la notion de l'insolite et celle de la disproportion au sens de l'article 8 LCD se recourent¹¹⁴. Ce ne sera pas toujours le cas, en particulier lorsque l'insolite résulte de ce que la clause se trouve à un emplacement inhabituel. Pour cette raison déjà, il est à notre sens erroné de dire que tous les états de fait permettant aujourd'hui une qualification d'insolite tomberont dans le champ d'application de l'article 8 LCD.
60. A cela s'ajoute que l'insolite présente le double avantage d'être toujours injustifié, et de ne pas avoir à être « notable » au sens de l'article 8 LCD¹¹⁵. Nous avons souligné les difficultés que rencontrera l'assuré, en termes de preuves, pour démontrer la réalisation de ces conditions. La démonstration de l'insolite reste ainsi plus à sa portée.
61. D'une manière générale, le contrôle des conditions générales à l'aune de l'insolite fait depuis longtemps l'objet de nombreuses critiques¹¹⁶. Le faible nombre de décisions jurisprudentielles serait l'aveu de son inefficacité. A nouveau, sans prétendre juger ici de la pertinence de ces critiques pour l'activité contractuelle dans son ensemble, nous ne sommes pas certaine qu'elles soient justifiées dans le cadre particulier de l'activité d'assurance. En effet, comme nous l'avons dit en introduction de notre contribution¹¹⁷, l'existence d'un marché de l'assurance suppose le recours aux conditions générales. L'annulation systématique de clauses jugées insolites

¹¹³ On pense, par exemple, à une clause qui réduirait le droit aux prestations en cas de résiliation du contrat se trouvant dans un chapitre consacré à la fin des rapports contractuels, et non dans celui consacré aux prestations.

¹¹⁴ C'est notamment le cas, à notre sens, dans les exemples qui ont été donnés aux N 42 et 43.

¹¹⁵ Cf. N 44 ss. Cf. également la contribution de LAURENT BIERI dans le présent ouvrage, (N 17 ss).

¹¹⁶ Cf. PROBST (n. 5), N 29 ad art. 8 LCD, p. 652 s. et les références citées en note 83.

¹¹⁷ Cf. N 4.

pourrait mettre en péril la gestion des risques par l'assureur et, à terme, son existence économique. On peut donc imaginer que le faible nombre de décisions rendues à ce sujet par le Tribunal fédéral soit aussi la conséquence de transactions facilitées par la crainte de voir se mettre en place une casuistique trop détaillée. Pour la même raison, on peut imaginer qu'un désaveu en première instance soit plus facilement accepté.

62. Finalement, rappelons que le champ d'application de l'article 8 LCD est limité aux conditions générales défavorables au consommateur, notion destinée selon toute vraisemblance à recevoir une définition étroite¹¹⁸. On ne voit, à ce jour, aucune raison valable de priver l'assuré à titre commercial – qu'il soit une personne physique ou une personne morale – de la protection de l'insolite¹¹⁹.

B. Les avantages de l'article 8 LCD

63. L'article 8 LCD n'ayant, au vu de ce qui a été dit ci-dessus¹²⁰, pour effet d'éclipser la règle de l'insolite, il renforcera, dans l'hypothèse où les conditions en seront remplies, la protection offerte à la partie inexpérimentée (soit le preneur d'assurance dans le cas qui nous occupe) dont le partenaire contractuel (l'assureur) utilise, à son détriment, des conditions préformulées¹²¹.
64. Un avantage, déjà mis en avant par les différents auteurs qui se sont penchés sur le nouvel article 8 LCD, réside dans la possibilité d'un *contrôle abstrait* des CGA (1). Même si ce n'est pas une nouveauté en matière de contrat d'assurance, la révision législative en renforce l'efficacité. Le second avantage est l'élargissement des *sanctions possibles* lorsque la disproportion notable et injustifiée est admise (2). Ces avantages sont toutefois contrebalancés par le fait qu'ils seront

¹¹⁸ Cf. N 16 ss.

¹¹⁹ Du même avis, PICHONNAZ (n. 40), p. 38.

¹²⁰ N 56 ss.

¹²¹ Nous n'examinerons pas plus en détail la situation du concurrent qui subit une atteinte à ses intérêts économiques parce qu'un assureur acquiert une importante part de marché en attirant sa clientèle au moyen de CGA abusives. Celui-ci dispose des moyens de l'art. 9 LCD.

réservés aux seuls partenaires contractuels (preneurs d'assurance), les *tiers bénéficiaires de prestations* n'ayant pas la même marge de manœuvre (3).

1. Le contrôle abstrait des CGA

65. L'objet premier de la loi contre la concurrence déloyale est de dire quand une pratique commerciale s'avère constitutive de concurrence déloyale et, partant, illicite¹²². Schématiquement, les mécanismes prévus par cette loi permettent notamment à celui qui est lésé par une pratique déloyale¹²³ de demander au juge d'interdire l'atteinte si elle est imminente, de la faire cesser si elle dure encore, et d'en constater le caractère illicite si le trouble qu'elle a créé subsiste. L'illicéité d'une pratique commerciale – dans le contexte qui nous occupe, l'utilisation de CGA – peut donc faire l'objet d'un examen abstrait, indépendamment de tout litige concret au sujet de l'exécution des prestations contractuelles, autrement dit, dans le contexte d'un contrat d'assurance, avant même la survenance d'un sinistre¹²⁴.
66. L'avantage de l'examen abstrait est évident, puisqu'il permet au preneur d'assurance¹²⁵, en cas de doute, d'être fixé sur le contenu du contrat qu'il a conclu avant d'être dans la situation délicate de devoir demander des prestations d'assurance. Cas échéant, il pourra ainsi résilier une police qui ne lui convient pas pour en conclure une autre auprès d'un établissement d'assurance proposant un produit mieux adapté à ses besoins. Cet avantage doit cependant être quelque peu relativisé : dans les faits, à moins que la disproportion notable et

¹²² Cf. art. 2 à 8 LCD.

¹²³ Il peut s'agir d'un commerçant, mais aussi de clients et d'organisations, ainsi que de la Confédération (art. 9 et 10 LCD).

¹²⁴ La notion de sinistre n'est pas définie dans la loi. La doctrine la définit comme « la réalisation d'un état de fait contre les conséquences duquel le preneur d'assurance entend se couvrir » (BRULHART [n. 6], N 574, p. 261 s.). Cf. également CORBOZ (n. 7), p. 259 ; ATF 136 III 334 c. 3.

¹²⁵ Le « client » au sens de l'art. 10 al. 1 LCD.

injustifiée ne soit évidente¹²⁶, c'est plus vraisemblablement au moment où les prestations d'assurance seront sollicitées – et par hypothèse refusées – que le preneur d'assurance détectera une anomalie le poussant à invoquer la protection de l'article 8 LCD. On peut en outre se demander si, véritablement, le preneur d'assurance voudra engager une procédure judiciaire « de principe », dont il devra assumer – ou en tout cas avancer – les frais sans savoir, au vu du caractère aléatoire du contrat d'assurance¹²⁷, si son investissement lui sera profitable. Le contrat d'assurance étant généralement un contrat de durée dont la résiliation est possible, le preneur d'assurance pourrait préférer cette voie-là.

67. Avant l'entrée en vigueur du nouvel article 8 LCD, le preneur d'assurance (soit le partenaire contractuel de la compagnie d'assurance¹²⁸) avait déjà – et conserve aujourd'hui encore – la possibilité d'un contrôle abstrait des conditions générales, par le biais de l'action (contractuelle) en constatation de droit et de la règle de l'insolite¹²⁹. Par nature en effet, le but d'une telle action est de « clarifier une situation juridique, lorsque les parties sont en désaccord »¹³⁰ mais que l'action condamnatoire n'est pas envisageable. C'est précisément le cas lorsque, avant même la survenance d'un sinistre, le preneur d'assurance s'interroge sur l'étendue de la couverture d'assurance. Il est admis, dans une telle situation, que le preneur d'assurance a un intérêt effectif, important et immédiat¹³¹, à déterminer le contenu de la police d'assurance souscrite ainsi que son droit aux prestations en cas de sinistre¹³². Les

¹²⁶ Cf. N 36 ss. Cf. également BRULHART (n. 6), p. 188 ; BRULHART VINCENT, La liberté contractuelle : fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée, REAS 2007, p. 88-96, p. 90.

¹²⁷ Cf. N 5 et 37.

¹²⁸ Pour le tiers bénéficiaire, non partie au contrat, cf. N 76 ss.

¹²⁹ Cf. N 55 et les références citées aux contributions de LAURENT BIERI et FRANÇOIS BOHNET (n. 105).

¹³⁰ BOHNET FRANÇOIS, Code de procédure civile commenté, Bohnet et al. (éd.), Bâle 2011, N 13 ad art. 88 CPC, p. 289.

¹³¹ Cf. BOHNET (n. 130), N 6 ad art. 88 CPC, p. 288 s.

¹³² L'intérêt de l'assuré à clarifier la question de la prise en charge d'un procès futur par son assurance de protection juridique a ainsi été admis par le Tribunal fédéral

décisions judiciaires traitant d'actions de ce genre sont anecdotiques, ce qui renforce l'hypothèse émise ci-dessus, selon laquelle le contrôle abstrait par le biais de l'article 8 LCD ne sera guère demandé par le preneur d'assurance.

68. L'idée d'un contrôle abstrait de conditions générales d'assurance prend en revanche de l'envergure lorsque l'on considère que la loi contre la concurrence déloyale permet aussi aux organisations de protection des consommateurs¹³³ d'intenter les actions mentionnées ci-dessus¹³⁴. Or, d'une part, les associations sont en règle générale moins limitées par l'argument financier évoqué pour le preneur d'assurance individuel¹³⁵. D'autre part, des actions de ce type leur permettent d'accroître leur visibilité et, en cas de succès, leur influence. Elles ont donc un intérêt évident à mener ce type de combats.

Au début de l'année 2012, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau mode de financement des traitements hospitaliers¹³⁶ et de la nouvelle planification hospitalière, bon nombre de compagnies d'assurance offrant des produits couvrant des prestations complémentaires pour la couverture des soins

(ATF 119 II 368, c. 2a, JdT 1996 I 274). Dans un arrêt plus récent (ATF 132 III 726), le Tribunal fédéral, se référant à l'ATF 119 précité, admet d'une manière générale l'action constatatoire dans le but de déterminer la couverture d'assurance (« *Bezüglich der Frage der Deckung besteht nämlich ein gerichtlich durchsetzbarer Feststellungsanspruch* » [c.2.6]). L'objet de cet arrêt était de délimiter le champ d'application de la procédure arbitrale prévue à l'art. 169 al. 1 de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privée (OS-FINMA ; RS 961.011.1) et de l'ancien art. 9 al. 1 de l'ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'assurance de protection juridique (RO 1992 2355. Ce texte a été abrogé lors de l'entrée en vigueur de l'OS-FINMA [cf. art. 217 ch. 7]), cette dernière étant réservée aux divergences de vues quant aux mesures à prendre pour régler le sinistre.

¹³³ Plus précisément, aux « organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs » (art. 10 al. 2 let. b LCD).

¹³⁴ N 65.

¹³⁵ N 66.

¹³⁶ Swiss-DRG. Cf. art. 49 LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie ; RS 832.10).

(assurances-maladie complémentaires) ont modifié unilatéralement – et après que le délai de résiliation soit échu – les conditions générales des polices prévoyant une prise en charge des soins hospitaliers, pour en limiter l'étendue aux soins dispensés dans les établissements hospitaliers figurant sur les listes cantonales. En général, aucune diminution de prime n'avait été consentie en échange, et il n'était pas prévu de délai extraordinaire de résiliation. Une seule compagnie a communiqué ouvertement sur ce changement, provoquant ainsi de vives réactions, non seulement de la part de ses assurés, mais aussi de celle des organisations de défense des consommateurs¹³⁷. Dans cette situation, une action en justice portée par une association de défense des consommateurs aurait eu tout son sens, puisque la licéité du procédé aurait ainsi pu être examinée avant tout litige. Au lieu de cela, il faut aujourd'hui attendre qu'aboutissent des cas pilotes, concernant des assurés qui, finalement, supportent le risque économique de voir des soins déjà dispensés rester à leur charge si la démarche de l'assureur est validée.

2. Les sanctions possibles

69. La sanction pour l'assureur ayant inséré, dans ses CGA, une clause jugée insolite¹³⁸ est de voir celle-ci réputée non écrite. En d'autres termes, les CGA doivent être lues comme si cette clause n'y figurait pas. Il ne s'agit pas, *stricto sensu*, d'un cas de nullité au sens de l'article 20 CO, dès lors que la discussion du caractère insolite d'une clause intervient en amont, au stade de l'interprétation du contrat et de son contenu¹³⁹. Les effets sont cependant les mêmes, à savoir que la clause est inopérante.

¹³⁷ Voir le magazine « Bon à savoir », nos 2012-01 (p. 7), 2012-02 (p. 5), 2012-3 (p. 5) et 2012-04 (p. 26). Le feuilleton peut être suivi sur le site Internet du magazine (<http://www.bonasavoir.ch>, rubrique « Actualités »).

¹³⁸ N 54 ss.

¹³⁹ Cf. la contribution de LAURENT BIERI dans le présent ouvrage, N 6. Cf. également PROBST (n. 5), N 17, p. 647.

70. La conséquence juridique rattachée à l'utilisation de conditions générales abusives au sens de l'article 8 LCD, pratique constitutive de concurrence déloyale, est l'illicéité des clauses concernées¹⁴⁰, partant leur nullité¹⁴¹. Sur le fond, le partenaire contractuel de l'assureur qui invoque avec succès la protection de l'article 8 LCD obtient donc le même résultat qu'en invoquant le caractère insolite d'une ou de plusieurs clauses des CGA¹⁴², à savoir le retranchement de la clause litigieuse.
71. L'article 10 al. 1 LCD l'autorise alors, en tant que « client », à faire constater la nullité par le juge, résultat également accessible par le biais d'une action tendant à faire constater le contenu de la police d'assurance¹⁴³. Dans le cadre d'une action condamnatoire, tendant par hypothèse au paiement de prestations après la survenance d'un sinistre, le preneur d'assurance invoquera principalement le caractère insolite de la clause litigieuse, subsidiairement sa nullité en application des articles 8 et 2 LCD.
72. Dès lors que l'invocation de la LCD ne permet pas, s'agissant de CGA, d'obtenir une sanction principale différente de celle que permettait déjà l'utilisation des outils traditionnels, peut-être l'intérêt de la démarche réside-t-il dans les conséquences « annexes ». En effet, l'article 9 al. 2 LCD, applicable par renvoi de l'article 10 al. 1 LCD, permet en particulier au preneur d'assurance de demander que le jugement soit publié¹⁴⁴.
73. Cette possibilité est intéressante dans la mesure où même si, au terme du procès, il est admis qu'une ou plusieurs clauses des CGA sont illicites, ce fait ne sera connu que du seul demandeur, sans effet

¹⁴⁰ Cf. art. 2 LCD.

¹⁴¹ Cf. art. 20 al. 1 CO. D'un autre avis, MORIN (n. 96), N 179 ad art. 1 CO, p. 52.

¹⁴² Sur la possibilité d'une nullité partielle et le régime applicable au complément du contrat, cf. la contribution de LAURENT BIERI dans le présent ouvrage, N 30 et les références citées en note 34.

¹⁴³ Cf. N 67.

¹⁴⁴ Pour plus de détails sur les conditions de la publication du jugement en application de l'art. 9 al. 2 LCD, cf. SPITZ PHILIPPE, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Stämpflis Handkommentar), Berne 2010, N 106 ss ad art. 9 LCD, p. 725 ss.

sur les autres contrats d'assurance intégrant les mêmes conditions générales. En d'autres termes, l'assureur condamné pourra continuer de faire application de CGA abusives à l'encontre d'assurés qui, moins informés, moins courageux ou financièrement moins en mesure de soutenir un procès, auront renoncé à une telle démarche. Si la publication du jugement n'aurait évidemment pas pour effet d'annuler automatiquement les clauses abusives à l'égard d'autres clients de l'assureur, elle permettrait néanmoins de les informer de la situation. L'effet de pression serait alors indéniable, d'une part parce que l'assureur devrait craindre de nombreux litiges pour ainsi dire perdus d'avance, avec la menace que cela représente pour l'économie de son produit¹⁴⁵, d'autre part parce que cette publicité négative pourrait entraîner une baisse de clientèle.

74. Dans le cadre d'un procès fondé sur l'insolite, la publication du jugement est moins facile à obtenir. Elle est en effet régie par le Code de procédure civile¹⁴⁶, dont l'article 240 prévoit la publication du jugement « lorsque la loi le prévoit ou que l'exécution de la décision le commande ». En l'espèce, il n'existe pas de disposition légale prévoyant la publication des décisions rendues dans le cadre de litiges ayant trait à un contrat d'assurance privée. Quant à la seconde hypothèse, elle n'est pas pertinente dans le contexte qui nous occupe¹⁴⁷.
75. *De lege ferenda*, il serait judicieux de mettre sur pied d'égalité, eu égard à la publication du jugement, le preneur d'assurance qui invoque l'insolite avec succès et celui qui démontre le caractère déloyal des conditions générales. Dans les deux cas, en effet, l'action en justice a pour effet de révéler un comportement dont l'ordre juridique ne veut pas. On ne voit donc pas de raison valable pour permettre à l'un d'accéder plus facilement à la publication du jugement que l'autre. Cette mise à niveau pourrait facilement avoir lieu dans le

¹⁴⁵ Cf. N 4 et 61.

¹⁴⁶ CPC ; RS 272.

¹⁴⁷ Pour plus de détails sur la publication des décisions en application de l'art. 240 CPC, cf. TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Bohnet et al. (éd.), Bâle 2011, N 3 s. ad art. 240 CPC, p. 931.

cadre de la révision de la loi sur le contrat d'assurance¹⁴⁸, pour renforcer un « contrôle de qualité » des produits offerts par les assureurs¹⁴⁹. Un effet réflexe bénéfique serait d'éviter de surcharger les tribunaux avec de nombreuses affaires similaires, et de diminuer le risque de décisions contradictoires, servant ainsi la prévisibilité et la sécurité du droit.

3. Les limites pour les tiers bénéficiaires de prestations

76. Ce qui a été dit aux chapitres précédents¹⁵⁰ vaut pour le partenaire contractuel de l'assureur, soit le preneur d'assurance ou, selon la terminologie de la loi contre la concurrence déloyale, le client. La situation juridique doit être précisée lorsque la constellation contractuelle se présente de telle manière qu'un tiers intervient comme bénéficiaire – seul ou conjointement avec le preneur d'assurance – des prestations d'assurance. On pense ici en priorité aux polices d'assurance perte de gain maladie conclues par les entreprises en faveur de leur personnel.
77. Le champ de protection de l'article 8 LCD étant, comme nous l'avons vu ci-dessus, limité aux contrats intégrant des conditions générales défavorables pour le consommateur et cette notion étant vraisemblablement appelée à recevoir une définition étroite¹⁵¹, se pose tout d'abord la question de savoir si le partenaire contractuel, par hypothèse non consommateur (une entreprise), peut invoquer cette disposition lorsque les CGA sont défavorables au destinataire final des prestations, par hypothèse un consommateur au sens où on l'entend dans le cadre de l'article 8 LCD (par exemple un employé bénéficiaire d'indemnités journalières en cas de perte de gain). A notre sens, une telle solution nécessiterait de biaiser le texte de la loi, et la volonté claire du législateur de réserver au consommateur individuel la protection de l'article 8 LCD. En outre, cette protection se veut réservée aux contrats conclus sans lien aucun

¹⁴⁸ Cf. n. 3.

¹⁴⁹ Sans que cela n'aboutisse toutefois à un contrôle du marché (cf. N 82 ss).

¹⁵⁰ N 65 ss.

¹⁵¹ Cf. N 12 ss.

avec l'exercice d'une activité commerciale¹⁵². Dans la constellation décrite ici, cette condition n'est pas remplie.

78. Une deuxième question se pose lorsque le tiers bénéficiaire des prestations se voit conférer par la loi un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur¹⁵³. A-t-il alors la faculté de faire valoir contre ce dernier les moyens tirés de l'article 8 LCD ? Répondre à cette question suppose que l'on précise, dans un premier temps, que le droit d'action directe est une attribution légale de la qualité pour agir en exécution d'un contrat à une personne qui n'est pas partie au rapport juridique de base, pour réclamer l'exécution de prestations dont elle est bénéficiaire¹⁵⁴.
79. Le but du droit d'action directe est de garantir que les prestations d'assurance sont bel et bien versées à l'ayant droit¹⁵⁵. Il confère à ce dernier un droit propre sur les prestations d'assurance, qui peut être exclusif¹⁵⁶ ou concurrent à celui du preneur d'assurance¹⁵⁷. En revanche, il n'a pas pour effet de faire du tiers, matériellement, une partie au contrat, de sorte que ce dernier n'a pas la possibilité d'influencer sur le sort du contrat en tant que tel, par exemple en invoquant un vice du consentement au sens des articles 21 ss CO¹⁵⁸ ou en modifiant les termes de l'accord.
80. Dans le même sens, le tiers bénéficiaire n'est ni un concurrent au sens de l'article 9 LCD, ni un « client » au sens de l'article 10 LCD. Il ne dispose donc pas, faute de légitimation active, des actions spécifiques de la loi contre la concurrence déloyale, et n'a donc pas

¹⁵² N 27 ss.

¹⁵³ En matière d'assurance-perte de gain maladie, l'assuré bénéficie d'un droit propre contre l'assureur dès la survenance de la maladie, en application de l'art. 87 LCA. L'art. 65 al. 1 LCR, qui confère un droit d'action directe du lésé contre l'assureur-responsabilité civile du détenteur du véhicule responsable, est un autre exemple.

¹⁵⁴ Sur la nature de la qualité pour agir, cf. BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185-322, p. 229-231 et 290-296.

¹⁵⁵ FF 2011 p. 7091 ss, p. 7170 s. (cf. n. 3). Cf. également art. 113 CO.

¹⁵⁶ Cf. art. 113 CO.

¹⁵⁷ Cf. art. 87 LCA.

¹⁵⁸ Cf. FREY CHRISTOPH/LANG NATHALIE, Basler Kommentar zum Versicherungs-
vertragsgesetz (Nachführungsband), Bâle 2012, N 6 ad art. 87 LCA, p. 251.

accès au contrôle abstrait mis en avant comme principal atout de la révision législative¹⁵⁹.

81. En revanche, dès lors que, de par la loi, le tiers bénéficiaire se voit conférer un droit propre à agir en exécution du contrat pour obtenir les prestations d'assurance convenues, les conditions d'une action tendant à faire constater l'étendue de la couverture d'assurance, telle que prévue par l'article 88 CPC, pourraient être réunies¹⁶⁰. Pour le tiers bénéficiaire, clairement, l'article 8 LCD n'améliore pas sa position.

V. La protection du consommateur et la nécessaire existence d'un marché de l'assurance

82. Nous avons mentionné ci-dessus, à plusieurs endroits, les répercussions que le contrôle judiciaire des conditions générales d'assurance – tant sous l'angle de la clause insolite que de l'article 8 LCD – pourraient avoir sur le marché de l'assurance¹⁶¹. Du fait de la nécessité, pour l'assureur, de recourir aux conditions générales pour organiser son activité économique, des interventions trop incisives de la part du législateur pourraient, à terme, mettre en péril ses activités. Elles conduiraient en outre à une uniformisation du marché de l'assurance. Là encore, il s'agit de trouver le point d'équilibre entre la protection des assurés, parties faibles de contrats dont ils ne peuvent généralement pas négocier le contenu, et le maintien d'un marché de l'assurance suffisamment diversifié pour que la concurrence puisse aussi remplir son rôle¹⁶². Dans bien des cas, un changement d'assureur est la seule arme à disposition de l'assuré malmené. Si tous les assureurs en viennent, au fil du

¹⁵⁹ Cf. N 65 ss.

¹⁶⁰ Cf. N 67 et la référence citée en note 130.

¹⁶¹ Cf. N 39 et 83 ss, ainsi que la note 148.

¹⁶² Dans ce sens, la proposition de PHILIPPE NORDMANN d'instaurer un contrôle préventif administratif des conditions générales nous semble aller trop loin, du moins tant qu'elle concerne le marché de l'assurance dans son ensemble (cf. NORDMANN PHILIPPE, *Le contrat d'adhésion. Abus et remèdes*, Thèse Lausanne, Fribourg 1974, p. 125 ss).

« rabotage » de leurs conditions générales, à offrir rigoureusement les mêmes produits, l'assuré perdrait cette faculté-là, ce qui ne serait pas non plus à son avantage.

83. On peut rapprocher cette réflexion de celle que l'on trouve déjà en doctrine au sujet des règles présidant à l'interprétation des conditions générales d'assurance¹⁶³. Certains considèrent en effet que ces textes ont une valeur quasi-normative dès lors qu'ils ont pour but, précisément, de régler de manière similaire des situations identiques vécues par un grand nombre de personnes. Il faudrait dès lors les interpréter conformément aux principes dégagés pour l'interprétation de lois¹⁶⁴. D'autres, au contraire, estiment que malgré la multiplication des contrats, les conditions générales d'assurance n'en restent pas moins des textes de nature contractuelle, qui doivent être interprétés conformément à l'article 18 al. 1 CO, soit en recherchant d'abord la volonté commune des parties puis, si elle n'existe pas, en recourant au principe de la confiance¹⁶⁵.
84. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a toujours penché pour la deuxième solution¹⁶⁶. Nous ne pensons pas que la modification de l'article 8 LCD l'incite à changer de paradigme, à moins de vouloir tendre vers un marché unique de l'assurance. Il est en revanche normal de s'assurer de la « bonne pratique » des établissements d'assurance en permettant à leurs concurrents et à leurs clients de dénoncer en justice des conditions générales abusives¹⁶⁷.

¹⁶³ Pour un exposé plus détaillé de la controverse, cf. BRULHART (n. 6), N 281 ss, p. 126 ss.

¹⁶⁴ Pour un rappel de ces principes, cf. LE ROY YVES/SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction générale au droit suisse, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 432-445.

¹⁶⁵ BRULHART (n. 6), N 285-286, p. 128-129. Pour un exposé détaillé de la méthode d'interprétation des contrats, cf. WINIGER BÉNÉDICT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, N 1-41, 54-56 et 123-151 ad art. 18 CO, p. 135-143, p. 146, p. 162-167.

¹⁶⁶ ATF 133 III 675 c. 3.3 ; ATF 92 II 342 c. 1c.

¹⁶⁷ Dans ce sens, nous approuvons l'opinion soutenue par PASCAL PICHONNAZ, pour qui « le contrôle du contenu des conditions générales est une mesure de régulation du marché », et non une mesure sociale destinée à protéger la partie faible au contrat (Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus

L'insuffisance du contrôle découle aujourd'hui davantage de ce que les décisions rendues par les tribunaux ne sont pas connues du public¹⁶⁸. Lorsqu'elles le sont, c'est le plus souvent sous une forme anonymisée, de sorte que l'effet est moindre. C'est dans ce sens que nous avons préconisé la publication systématique, avec la mention de l'identité de l'assureur, des jugements rendus dans des affaires de clauses insolites ou abusives dans le cadre d'un contrat d'assurance privée¹⁶⁹.

VI. Conclusion

85. Au terme de cette analyse, force est de constater que le nouvel article 8 LCD, tel qu'il est entré en vigueur au 1^{er} juillet 2012, ne révolutionnera pas la défense des assurés contre des CGA abusives.
86. Dans le cadre particulier des contrats d'assurance, la principale insuffisance du nouvel article 8 LCD réside dans la limitation de son champ de protection aux consommateurs, dans l'acception helvétique de ce terme. Pourtant, face à la spécificité de ce type de contrats, tous les souscripteurs de polices d'assurance, sous réserve de quelques cas très particuliers évoqués ci-dessus¹⁷⁰, sont des consommateurs. La distinction entre personnes physiques et personnes morales n'est ainsi pas justifiée, pas plus qu'une coupure sèche entre les besoins privés et l'exercice de l'activité professionnelle.
87. D'un point de vue systémique, l'examen de l'article 8 LCD est subsidiaire à l'analyse de l'insolite, et la condition de la « disproportion notable et injustifiée » est vraisemblablement plus ardue à démontrer. En matière de contrat d'assurance, donc, l'assuré

hors du code, RDS 2011 II 117 ss, p. 189).

¹⁶⁸ NORDMANN (n. 162, p. 51 ss) estime qu'un contrôle des conditions générales par le jeu de la concurrence est illusoire. Il part toutefois de l'hypothèse de consommateurs non avertis. Précisément, notre proposition a pour but de rendre les consommateurs attentifs aux avantages qu'ils peuvent retirer en s'intéressant au contenu des conditions générales régissant les contrats qu'ils concluent.

¹⁶⁹ Cf. N 75.

¹⁷⁰ Cf. N 25.

désireux d'obtenir gain de cause continuera de plaider principalement l'insolite, à quoi s'ajoutera – pour autant qu'il soit légitimé à faire valoir ce moyen¹⁷¹ – l'argument subsidiaire de l'article 8 LCD. Il est en revanche évident que la jurisprudence qui sera rendue en application de l'article 8 LCD posera des jalons qui lui permettront, peut-être, de mieux évaluer les chances de la procédure qu'il compte intenter.

88. Dans un marché libre de l'assurance, un contrôle efficace des pratiques commerciales passe à notre sens d'abord par l'information des assurés-consommateurs. Loin de vouloir clouer les assureurs au pilori, il s'agit plutôt de les inciter à revoir les produits d'assurance dont les conditions générales sont déloyales ou, plus généralement, problématique ceci dans l'intérêt non seulement des assurés, mais du bon fonctionnement du marché de l'assurance dans son ensemble.

¹⁷¹ Cf. N 76 ss.