

La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale

par

Anne-Sylvie Dupont¹

Professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève

I. Introduction.....	93
II. La notion d'« assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale ».....	94
A. Etat des lieux	94
B. Quelques jurisprudences cantonales	96
C. Appréciation	98
D. Révision en cours	102
III. La possibilité de l'instance cantonale unique.....	103
A. Généralités	103
B. Les conséquences procédurales	105
1. En général.....	105
2. L'absence de procédure de conciliation	105
IV. Les particularités de la procédure au fond.....	108

¹ L'auteure remercie Mme Audrey Voutat, MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour le soutien apporté à l'élaboration de cette contribution, ainsi que Me Thierry Sticher, avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances à Genève, pour lui avoir communiqué les deux arrêts genevois traités aux N 10 ss.

A. L'application de la procédure simplifiée.....	108
1. Le dépôt de la demande.....	110
a. Généralités	110
b. Les conclusions	111
2. Le déroulement de la procédure.....	115
3. L'instruction et l'établissement des faits.....	117
a. La maxime applicable.....	117
b. Les moyens de preuve.....	120
c. Le degré de la preuve.....	122
4. Le jugement.....	123
B. Les frais judiciaires	124
V. Les voies de droit	126
VI. Evaluation.....	128
A. La gratuité de la procédure.....	128
B. La définition des « assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale ».....	129
C. La coordination avec la procédure en matière d'assurances sociales	130
D. L'inégalité découlant de l'organisation judiciaire	131
E. Le risque du mélange des genres	132

I. Introduction

1. Dans son rapport accompagnant l'avant-projet de code de procédure civile, la commission d'experts chargée de son élaboration mentionnait, parmi les principes et fils conducteurs devant guider la création de la procédure civile unifiée, la nécessité d'y intégrer le « procès civil social ». Les domaines du droit concernés par cette désignation étaient, selon la commission, le droit du travail, le droit du bail ainsi que le droit de la consommation². Les assurances privées n'ont pas été mentionnées dans ce contexte.
2. A l'époque de l'élaboration du projet de code de procédure civile, le Conseil fédéral était saisi d'un postulat, déposé en mai 2001 par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national³, lui demandant d'étudier la possibilité de soumettre certains domaines de l'assurance privée à la procédure applicable aux assurances sociales, à des fins notamment de coordination.
3. Malgré les critiques émises par les cantons, par crainte de l'augmentation des coûts de la justice, à l'encontre du « procès civil social » gratuit tel que proposé par la commission d'experts⁴, le Conseil fédéral s'est acquitté de la tâche qui lui était confiée en soumettant, dans le projet de code de procédure civile, les litiges touchant aux « assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale » examinés par les tribunaux civils à la procédure simplifiée, en principe gratuite⁵. Pour le Conseil fédéral, l'objectif de coordination était atteint dès lors que les caractéristiques de cette procédure la rapprochent de celle que prévoit la loi sur la partie générale des assurances sociales⁶ pour les litiges concernant ces

² Cf. Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse), Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003, disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (<http://www.bj.admin.ch>), p. 10.

³ P 01.3220, déposé le 4 mai 2001 sous forme de motion, et transmis au Conseil fédéral le 5 octobre 2001 sous forme de postulat.

⁴ Cf. Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 ss, 6857.

⁵ Cf. Message CPC (note 4), 6866.

⁶ LPGA (RS 830.1).

dernières, notamment par l'application de la maxime inquisitoire sociale⁷ et par la gratuité⁸ (IV).

4. Les débats parlementaires ont renforcé le lien entre les assurances sociales et les assurances privées dites complémentaires en aménageant la possibilité, pour les cantons, de déroger au principe de la double instance désormais ancré dans le droit fédéral⁹ pour confier à une instance cantonale unique le soin de trancher ces litiges (III).
5. Dans le cadre de l'élaboration du code de procédure civile suisse, la notion d'« assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale » n'a pas reçu de définition explicite, ni dans les travaux du Conseil fédéral, ni à l'occasion des débats parlementaires. Il y a donc lieu de se pencher en tout premier lieu sur cette question (II).

II. La notion d'« assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale »

A. *Etat des lieux*

6. En l'absence de définition légale, l'interprétation de la notion d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale a été laissée aux bons soins des tribunaux, en particulier du Tribunal fédéral. Sans dissenter plus que de raison sur les motifs guidant son analyse, celui-ci en a rapidement adopté une définition englobant *non seulement les polices d'assurance prévoyant la prise en charge de prestations de soins de santé non couvertes par l'assurance obligatoire des soins (AOS), mais aussi les polices collectives d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail due à une maladie*¹⁰.

⁷ Comp. art. 247 al. 2 CPC et 61 let. c LPGa.

⁸ Comp. art. 114 let. e CPC et 61 let. a LPGa.

⁹ Cf. art. 75 LTF.

¹⁰ ATF 138 III 2. Cf. également LENDFERS MIRIAM, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, JaSo 2015, 153 ss, 155.

7. Cette jurisprudence, approuvée par certains auteurs¹¹, est *critiquée par une partie de la doctrine*, qui, se fondant sur une interprétation littérale restrictive de la notion d'assurance complémentaire, à la lumière d'autres occurrences législatives¹², voudrait limiter les polices d'assurance concernées aux assurances complétant, au sens premier, les prestations prises en charge dans le cadre de l'AOS, autrement des prestations en nature dispensées dans le cadre d'un traitement médical stationnaire ou ambulatoire (« *Krankenpflegeversicherung* »). Les polices collectives ou individuelles d'indemnités journalières, en revanche, ne devraient pas être prises en considération, dès lors qu'elles sont, pour les premières, liées au droit du travail davantage qu'à l'assurance-maladie sociale et qu'elles n'ont pas pour objet, pour les secondes, de compléter les prestations de cette dernière¹³. Il devrait en aller de même pour toutes les polices d'assurance offertes par les assureurs-maladie qui ne présentent pas une composante « complémentaire » suffisante. Selon ce critère, une assurance permettant d'étendre la prise en charge de soins de santé dispensés à l'étranger devrait se voir reconnaître un caractère d'assurance complémentaire au sens du CPC, au contraire d'une police prévoyant le versement d'un capital en cas de décès¹⁴.
8. Pour résumer les différentes opinions exprimées par la doctrine, un consensus semble exister sur la *nécessité d'un lien de connexité* entre l'assurance-maladie sociale et la police d'assurance privée, la controverse portant sur l'intensité de ce lien. Alors que MIRIAM

¹¹ Cf. notamment WAGNER PATRICK/RIESEN SILVIO, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherung nach VVG, Anwaltsrevue 2016, p. 437 ss.

¹² Notamment à l'art. 2 al. 2 LSAMal (correspondant à l'ancien art. 12 al. 2 LAMal, abrogé au 1^{er} janvier 2016) et à l'ancien art. 85 al. 2 et 3 LSA (abrogé au 1^{er} janvier 2011).

¹³ Cf. LEHNER SARA, Zum Begriff der « Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung » im Sinne der Schweizerischen ZPO, BJM 2010, 169 ss, en particulier 179 s. Egalement dans le sens d'une interprétation restrictive, par souci de cohérence, FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich 2011, N 24.17.

¹⁴ Cf. la classification établie par LEHNER (note 13), 183 s.

LENDFERS admet qu'un lien même tenu puisse suffire¹⁵, SARA LEHNER exige un lien bien plus resserré¹⁶.

B. Quelques jurisprudences cantonales

9. Comme nous l'avons évoqué plus haut¹⁷, le Tribunal fédéral ne s'est jamais réellement prêté à l'exercice de l'interprétation de la notion d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, se bornant à constater que telle ou telle police d'assurance en était une – ou non. C'est particulièrement vrai pour les polices collectives d'indemnités journalières¹⁸. Pourtant, une explication aurait été d'autant plus bienvenue que dans le contexte de la surveillance des assurances privées, le Tribunal administratif fédéral, confronté à la question de la qualification d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie soumise à la LCA, a nié son caractère d'assurance complémentaire à l'AOS¹⁹.
10. La Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève s'est récemment prêtée à l'exercice de la définition, dans un arrêt particulièrement détaillé²⁰. Il s'agissait, en l'espèce, de statuer sur la compétence matérielle de cette juridiction, seules les « assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale »

¹⁵ Cf. LENDFERS (note 10), 154 s. Cf. également MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, 132.

¹⁶ Cf. LEHNER (note 13), 179 ss. Cf. également EUGSTER GEBHARD, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zurich 2010, art. 12 N 6 ; FONJALLAZ JEAN, Contentieux en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, ASS 4/2001, 31 ss.

¹⁷ Cf. N 6.

¹⁸ ATF 138 III 2, consid. 1.1. Pour un commentaire, cf. FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, REAS 2012, p. 177 ss, 179 s. Cf. également ATF 133 III 439, consid. 2.1. Dans un arrêt 4A_680/2014 du 29 avril 2014, le Tribunal fédéral s'est simplement référé à sa jurisprudence constante, indiquant qu'il ne voyait pas de raisons d'en changer (consid. 2.1).

¹⁹ TAF, arrêt B-1298/2006 du 25 mai 2007 (ATAF 2007/50), consid. 2. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si les tarifs et les conditions générales d'un produit prévoyant le versement d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie.

²⁰ ATAS/465/2018 du 31 mai 2018.

relevant de sa compétence²¹, les litiges ayant trait à d'autres types d'assurances ressortant de la compétence des tribunaux civils ordinaires. L'arrêt rendu par la Chambre des assurances sociales concernait des prétentions découlant de diverses polices d'assurance prévoyant, selon des modalités propres, le versement d'un capital en cas de décès ou de vie à l'échéance prévue, ainsi que le versement d'une rente annuelle et la libération du paiement des primes en cas d'incapacité de gain²².

11. Revenant sur l'histoire de la législation en matière d'assurance-maladie, déjà rappelée par le Tribunal cantonal vaudois dans une affaire jugée en 1998 concernant une police d'indemnités journalières en cas de perte de gain consécutive à la maladie²³, les juges genevois rappellent que *la LAMal oppose l'assurance-maladie sociale, d'une part, aux assurances complémentaires, et, d'autre part, aux « autres branches d'assurance »*²⁴. Si la législation d'exécution ne définit pas la notion d'assurance complémentaire, elle définit en revanche les « autres branches d'assurance » comme incluant notamment les indemnités décès pour cause de maladie ou d'accident de CHF 6'000.- au plus²⁵.
12. Selon la doctrine majoritaire, les « autres branches d'assurance » ne sont pas des assurances complémentaires²⁶. Les juges genevois se rallient à cette position, en s'appuyant encore sur le message concernant la révision de l'assurance-maladie, dans lequel le Conseil fédéral opérait une claire distinction entre les prestations analogues

²¹ Le canton de Genève a fait usage de la possibilité aménagée par l'art. 7 CPC de désigner une instance cantonale unique pour connaître des litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale (cf. N 25 ss).

²² Le demandeur faisait également valoir des prétentions découlant d'une police de prévoyance liée. La compétence de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice découlait ici de l'application des art. 73 al. 1 let. b et 82 al. 2 LPP, ce qui avait été constaté dans un arrêt précédent (ATAS/466/2018 du 17 mai 2018), après disjonction des causes.

²³ TC-VD (Chambre des recours), arrêt du 24 juin 1998, JdT 1999 III 106.

²⁴ Cf. art. 2 al. 2 LSAMal (qui correspond à l'ancien art. 12 al. 1 LAMal, abrogé au 1^{er} janvier 2016).

²⁵ Cf. art. 1 let. a OSAMal (cette disposition est une adaptation de l'ancien art. 14 OAMal, abrogé au 1^{er} janvier 2016).

²⁶ Cf. les références indiquées sous note 16.

à celles qu'alloue l'assurance obligatoire des soins, et les indemnités en capital en cas de décès et d'invalidité²⁷.

13. Alors que les juges vaudois, en 1998, déduisaient de ce rappel historique qu'il était « indiscutable que les assurances qui présentent un lien matériel immédiat avec l'assurance sociale ou, autrement dit, celles dont la vocation est de compléter le catalogue des prestations assurées selon la LAMal, doivent être qualifiées d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale »²⁸, les juges genevois concluent quant à eux que « les assurances (...) qui prévoient des prestations en cas de décès ou d'invalidité par suite de maladie ou d'accident, ne sauraient constituer des assurances complémentaires à la LAMal, à défaut d'un lien matériel avec l'assurance-maladie sociale »²⁹.

C. Appréciation

14. L'interprétation de la loi, en particulier des notions juridiques indéterminées qu'elle peut contenir, s'opère selon une méthodologie qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici de manière détaillée³⁰.
15. D'un point de vue littéral, les réflexions du législateur au moment de la révision de la législation régissant l'assurance-maladie sociale, sur lesquelles la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève s'est appuyée dans l'arrêt dont il a été question plus haut³¹, montrent que dans l'esprit du Conseil fédéral, *la notion d'assurances complémentaires n'englobe que les assurances qui présentent un lien de connexité étroite avec les prestations offertes par l'assurance-maladie sociale*. En particulier, seules les assurances prévoyant des prestations découlant de la réalisation des risques assurés par

²⁷ Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 77 ss, 127 s.

²⁸ TC-VD (Chambre des recours), 24 juin 1998, JdT 1999 III 106, consid. 4e.

²⁹ Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich avait adopté une position similaire dans un arrêt du 30 octobre 2013 (KK.2012.00031, consid. 4.3).

³⁰ A ce sujet, les lectrices et lecteurs se référeront, par exemple, à TERCIER PIERRE/ROTEN CHRISTIAN, *La recherche et la rédaction juridique*, 7^e édition, Zurich 2016, N 1658 ss.

³¹ Cf. N 10 ss.

l'assurance-maladie sociale, à savoir la maladie, l'accident et la maternité, en font partie³², à l'exclusion des assurances qui prévoient des prestations à la suite de la réalisation d'un risque « secondaire » à la maladie, comme l'invalidité ou le décès.

16. Les auteurs qui ont analysé la notion d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale dans le cadre de la mise en œuvre du Code de procédure civile reprochent au législateur, respectivement au Conseil fédéral, l'absence de définition, dans la loi ou dans les travaux préparatoires. A notre sens, ces critiques sont partiellement injustifiées. S'il est vrai que le CPC ne contient pas de définition expresse, on ne peut, tout d'abord, pas occulter le fait que, comme nous l'avons montré plus haut, *la notion d'assurance complémentaire semble très claire dans l'esprit du Conseil fédéral depuis la révision du droit de l'assurance-maladie sociale au début des années 1990*. Dans ce contexte, il avait expressément défini les assurances complémentaires comme les assurances « garantissant des prestations analogues à celles que les caisses allouent au titre de l'assurance sociale »³³. On peut en conséquence valablement admettre que, la notion allant de soi depuis lors, le Conseil fédéral n'ait pas jugé utile de la préciser à nouveau dans le cadre des travaux législatifs précédant l'adoption du CPC.
17. Ensuite, il faut rappeler que, comme nous l'avons mentionné en introduction de cette contribution, la commission d'experts chargée de l'élaboration de l'avant-projet n'avait pas accordé d'attention particulière aux procédures découlant de l'application de contrats d'assurance. Le Conseil fédéral, au moment d'élaborer le projet de CPC, se trouvait saisi d'un postulat lui demandant d'examiner la possible coordination des procédures en matière d'assurances sociales et de certaines assurances privées³⁴. Jugeant cette coordination « souhaitable »³⁵, *le Conseil fédéral a manifestement estimé*

³² Dans le même sens, MOSIMANN HANS-JAKOB, in : Brunner/Gasser/Schwander (édit.), ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, art. 7 N 2 ; HAAS ULRICH/SCHLUMPF MICHAEL, in : Oberhammer/Domej/Haas (édit.), ZPO Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2014, art. 7 N 5.

³³ FF 1992 I 77 ss, 127.

³⁴ P 01.3220 (cf. note 3).

³⁵ FF 2006 6841 ss, p. 6866.

que le fait de soumettre les litiges évoqués par les postulants à la procédure simplifiée était une réponse suffisante, justifiant le classement du postulat.

18. Ce dernier mentionnait expressément les types d'assurances pour lesquelles une coordination des procédures était requise. Il s'agissait de coordonner non seulement le droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale avec celui à des prestations d'assurances complémentaires pour les soins, *mais aussi avec le droit à des indemnités journalières maladie/accident*³⁶. Sur ce second point, il faut rappeler que pour le Conseil fédéral, le régime facultatif d'indemnités journalières prévu par la LAMal³⁷ fait « d'entrée de jeu » partie intégrante de l'assurance-maladie sociale³⁸, opinion qui est également soutenue par la doctrine majoritaire³⁹.
19. Dès lors que, dans le cadre des travaux ayant précédé l'adoption du CPC, le Conseil fédéral ne s'est, d'une part, pas expressément prononcé sur une distinction entre assurance pour les soins et assurance d'indemnités journalières, et qu'il entendait manifester, d'autre part, donner suite au postulat en soumettant les litiges évoqués à la procédure simplifiée, on peut valablement formuler l'hypothèse que *l'absence de développements spécifiques au sujet des polices d'indemnités journalières est imputable à l'évidente inclusion de ces dernières dans la notion d'assurance complémentaire.*
20. Au terme de cette analyse, nous rejoignons les rangs des auteurs qui plaident pour une interprétation restrictive de la notion d'assurances

³⁶ Le postulat mentionnait encore le souhait d'une coordination entre le droit aux prestations de l'assurance-invalidité et celles de la prévoyance professionnelle. A ce sujet, qui sort du cadre de notre étude, le Conseil fédéral a manifesté sa réserve dans sa première réponse déjà.

³⁷ Cf. art. 67 ss LAMal.

³⁸ Cf. FF 1992 I 77 ss, 121.

³⁹ GREBER PIERRE-YVES/KAHIL-WOLFF BETTINA, Introduction au droit suisse de la sécurité sociale, CGSS 37 (2006), 113. DUC JEAN-LOUIS, Assurance sociale et assurance privée : rapport du Groupe de travail de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances institué pour examiner les tâches dévolues à l'assurance privée, d'une part, et celles incombant à l'assurance sociale, d'autre part, Berne 2003, 21 ; SCARFAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4^e éd., Bâle 2012, § 16a N 2. Pour un avis contraire, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, RDS 133 (2014) II 347 ss, 401 s.

complémentaires à l'assurance-maladie sociale dans le cadre de l'application du CPC, avec cette nuance toutefois qu'il faut admettre, dans ce contexte, que l'assurance-maladie sociale comprend non seulement l'assurance obligatoire des soins (art. 3 ss LAMal), mais aussi les indemnités journalières (art. 67 ss LAMal)⁴⁰.

21. Les polices d'assurance d'indemnités journalières soumises à la LCA⁴¹ doivent donc être considérées comme des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. *Il importe peu qu'elles aient été conclues à titre individuel ou à titre collectif*, dès lors que l'art. 67 al. 3 LAMal prévoit expressément la possibilité d'une assurance sous forme collective, conclue par un tiers en faveur du bénéficiaire final des indemnités journalières. On rappellera par ailleurs la filiation naturelle entre le régime facultatif de la LAMal et les polices d'assurance privées soumises à la LCA, qui confère à ces dernières un caractère quasi social justifiant des aménagements procéduraux identiques. Le fait que le Conseil fédéral n'ait pas jugé utile d'opérer une distinction entre les deux types d'assurances au moment de répondre au postulat réclamant la coordination des procédures confirme leur assimilation.
22. L'identité de l'assureur – caisse-maladie au sens de l'art. 2 LSAMal ou assureur LCA – est également sans importance. Le Tribunal fédéral a, à juste titre selon nous, relevé l'inutilité d'instaurer deux régimes de compétence matérielle pour les litiges civils relatifs aux assurances complémentaires LCA, notamment selon que l'assureur est une caisse-maladie ou un assureur privé⁴².

⁴⁰ Implicitement dans le même sens, MOSIMANN (note 32), art. 7 N 2 et RASELLI NICCOLÒ, *Verfahrensrechtliche Probleme bei der Beurteilung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung*, RSAS 2005 273 ss, 274.

⁴¹ Les polices d'indemnités journalières conclues en application des art. 67 ss LAMal sont soumises à la LPGA et, donc, à la procédure administrative (HÄBERLI CHRISTOPHE/HUSMANN DAVID, *Krankentaggeld. Versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte*, Berne 2015, N 892 ss).

⁴² ATF 141 III 479, consid. 2.1.

D. Révision en cours

23. Une initiative parlementaire datant de juin 2013 demande la modification du CPC afin que les litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-accidents sociale (LAA) soient soumis aux mêmes règles que les litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale⁴³. Elle est actuellement à l'étude auprès de la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui, dans un rapport du 8 avril 2016, a décidé à l'unanimité de prolonger le délai de mise en œuvre de l'initiative jusqu'à la session d'hiver 2018.
24. La proposition faisant l'objet de cette initiative doit être saluée. En effet, les polices d'assurance offertes par les assureurs privés pour compléter les prestations de la LAA (« complémentaires LAA ») prévoient le plus souvent *des prestations qui s'ajoutent à celles de l'assurance sociale dans la mesure où celles-ci sont octroyées*. Il s'agit très souvent de prestations de soins complémentaires⁴⁴ ou de suppléments financiers⁴⁵, dont les conditions d'octroi sont les mêmes que celles de l'assurance-accidents sociale. En d'autres termes, lorsque survient un litige au sujet du droit aux prestations, il se pose exactement dans les mêmes termes dans le cadre de l'assurance sociale et dans celui de l'assurance privée. En pratique, cela conduit actuellement la personne assurée à devoir saisir deux tribunaux différents, le tribunal civil ayant coutume de surseoir à statuer jusqu'à droit connu dans le litige relevant de l'assurance sociale. La proposition formulée dans le cadre de l'initiative permettrait de simplifier ces complications procédurales, voire les résoudre tout à fait dans les cantons qui ont prévu une instance cantonale unique.

⁴³ Ip 13.441 (CN, Poggia puis Golay).

⁴⁴ Principalement l'hospitalisation en division privée ou semi-privée.

⁴⁵ 20% du salaire sous forme d'indemnités journalières, pour compléter les 80% couverts par l'assurance sociale (cf. art. 17 al. 1 LAA).

III. La possibilité de l'instance cantonale unique

A. Généralités

25. Si, au stade de l'avant-projet puis du projet de CPC, on avait bien envisagé certains aménagements procéduraux pour les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale⁴⁶, ni la commission d'experts, ni le Conseil fédéral n'étaient allés jusqu'à imaginer la possibilité pour les cantons de déroger, en la matière, au principe de la double instance consacré dans la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) depuis le 1^{er} janvier 2007⁴⁷.
26. Pourtant, sous l'empire de l'ancien droit, la majorité des cantons avaient, en vertu de leur compétence souveraine en matière d'organisation judiciaire, confié à un tribunal spécial, en principe le tribunal compétent en matière d'assurances sociales au sens de l'art. 57 LPGA, le soin de trancher les litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. *Le but de cette mesure était d'éviter les doubles procédures ainsi que les décisions contradictoires*⁴⁸. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), il ne pouvait cependant plus, à défaut de base légale dans une loi fédérale⁴⁹, s'agir d'une instance cantonale unique, les cantons étant donc contraints de prévoir une voie de droit à leur échelon⁵⁰.
27. La rupture que supposait le projet de CPC a été relevée lors des débats devant le Conseil des Etats⁵¹. Une disposition *ad hoc* a donc été élaborée en commission, puis acceptée sans autre discussion lors

⁴⁶ Cf. N 36 ss.

⁴⁷ Cf. art. 75 LTF.

⁴⁸ Cf. MARTI ARNOLD, Zusammenlegung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichem Rechtsschutz bei Verwaltungsjustizbehörden und Spezialgerichten – Bedürfnis, Probleme, Möglichkeiten, ZBl 2000, 169 ss, 254.

⁴⁹ Cf. art. 75 al. 2 let. a LTF.

⁵⁰ Un délai leur a été accordé pour se conformer à la LTF, jusqu'à l'entrée en vigueur du CPC, cette dernière ayant rendu cette obligation caduque (cf. RÜETSCHI DAVID, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3^e éd., Zurich 2016, art. 7 N 5).

⁵¹ BO 2007 CE 500 (Bürgi) et 501 (Wicki). L'histoire de l'art. 7 CPC est également rappelée à l'ATF 138 III 558, consid. 5.1.

des débats⁵². Contrairement à ce qui prévalait sous l'ancien droit, l'art. 7 CPC permet de déroger au principe de la double instance ; il s'agit donc d'une exception à l'art. 75 al. 2, 1^{ère} phrase, LTF⁵³.

28. A ce jour, 18 cantons ont fait usage de la possibilité qui leur est offerte par l'art. 7 CPC, et confié à un tribunal spécial, le plus souvent le tribunal compétent en matière d'assurances sociales au sens de l'art. 57 LPGA⁵⁴, le soin de trancher les litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance sociale⁵⁵.
29. Le Tribunal fédéral a précisé que si l'art. 7 CPC est une norme potestative (*Kann-Vorschrift*), *les possibilités d'action des cantons ne sont pas à géométrie variable*. Ainsi, lorsqu'un canton décide, sur la base de cette disposition, d'instituer un tribunal statuant en instance cantonale unique sur les litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, il doit lui soumettre *l'intégralité des litiges tombant matériellement dans le champ d'application de cette disposition*⁵⁶, sans pouvoir distinguer par exemple selon l'organisation juridique de l'assureur (assureur privé ou caisse-maladie)⁵⁷. A juste titre selon nous, DENIS TAPPY et RAQUEL POCHON considèrent que distinguer selon le type de prestations offertes (soins ou indemnités journalières) ne serait pas non plus envisageable, l'affaire ayant

⁵² Cf. MOSIMANN (note 32), art. 7 N 4 et les références au Bulletin Officiel citées en notes 9 à 11. Cf. également RÜETSCHI (note 50), art. 7 N 9.

⁵³ ATF 138 I 49, consid. 8.3.2 ; ATF 138 III 2, consid. 1.2.2. Cf. également HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le Code de procédure civile*, 2^e éd., Berne 2015, 18 s.

⁵⁴ L'art. 7 CPC ne l'impose toutefois pas (cf. TAPPY DENIS/POCHON RAQUEL, *Compétence en matière d'assurances complémentaires et procédure de conciliation*, JdT 2006 II 288 ss). Le canton du Jura, qui a fait usage de l'art. 7 CPC, a d'ailleurs désigné comme instance cantonale unique la Cour civile du Tribunal cantonal (cf. art. 4 LiCPC-JU).

⁵⁵ Il s'agit des cantons d'Argovie, d'Appenzel Rhodes-Extérieures, de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, de Fribourg, de Glaris, de Genève, des Grisons, du Jura, de Nidwald, de Schaffhouse, de Schwytz, de Soleure, de Saint-Gall, du Tessin, de Turgovie, du Valais et de Zurich. Pour un état des lieux en 2010, cf. le résultat du sondage sur la réforme de la justice, publié dans la revue *Justice – Justiz – Giustizia* 4/2010 (réponse à la question n° 7). Cf. également TAPPY/POCHON (note 54), 290 s., pour un état des lieux plus actuel en Suisse romande.

⁵⁶ Cf. N 5 ss.

⁵⁷ ATF 141 III 479, consid. 2.1.

donné lieu à la jurisprudence fédérale concernant précisément une police collective d'indemnités journalières⁵⁸.

B. Les conséquences procédurales

1. En général

30. Sur le principe, le fait, pour un canton, de faire usage de la possibilité de confier à un tribunal spécial, en application de l'art. 7 CPC, la tâche de statuer sur les litiges relevant des assurances complémentaires, n'a pas pour effet de modifier la nature de la procédure à laquelle ces derniers sont soumis. *Ils restent des litiges civils, soumis aux règles du CPC*, y compris le tribunal compétent est le tribunal des assurances sociales au sens de l'art. 57 LPGA, soit à un tribunal administratif⁵⁹.

2. L'absence de procédure de conciliation

31. Dans les cantons qui ont fait usage de la possibilité aménagée par l'art. 7 CPC, s'est posé la question de savoir *si la procédure au fond devait ou non être précédée d'une conciliation préalable* conformément à l'art. 197 CPC. En effet, cette disposition impose une telle procédure, l'art. 198 CPC prévoyant toutefois des exceptions, au nombre desquelles les litiges ressortant à une instance cantonale unique ne comptent pas⁶⁰.
32. Dans un arrêt de principe du 18 septembre 2012⁶¹, le Tribunal fédéral, tenant compte des travaux préparatoires et rappelant en

⁵⁸ Cf. TAPPY/POCHON (note 54), 289. La nature de la police d'assurance faisant l'objet de l'ATF 141 III 479 ressort de l'état de fait, qui n'est pas publié au Recueil officiel, mais que l'on peut consulter sur le site Internet du Tribunal fédéral (TF 4A_241/2015 du 20 octobre 2015).

⁵⁹ Cf. ATF 138 III 558, consid. 3.2. Cette jurisprudence est soutenue par une majorité de la doctrine : MOSIMANN (note 32), art. 7 N 10 ; RÜETSCHI (note 50), art. 7 N 15 ; LENDPERS (note 10), 157 ; HOFMANN/LÜSCHER (note 53), 19 ; HÄBERLI/HUSMANN (note 41), N 882.

⁶⁰ L'art. 198 let. f CPC mentionne, au rang des exceptions à l'art. 197 CPC, les litiges « qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 », mais non de l'art. 7 CPC.

⁶¹ ATF 138 III 558.

particulier que lors des débats parlementaires, l'introduction de l'art. 7 CPC avait été proposée après que le catalogue des exceptions à la procédure de conciliation obligatoire avait été établi, a exclu tout silence qualifié de la part du législateur. Considérant les similitudes qui existent entre les litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale et les litiges tombant dans le champ d'application des art. 5 et 6 CPC, à savoir la spécificité de la matière à traiter qui nécessite des connaissances particulières, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existait pas de raison valable pour distinguer les premiers des seconds. En présence d'une omission manifeste de la part du législateur, il a interprété l'art. 198 let. f CPC dans ce sens que *les litiges relevant de la compétence d'une instance cantonale unique en application de l'art. 7 CPC étaient également exemptés de conciliation préalable*⁶². Le fait que le législateur ait prévu, à l'art. 113 al. 2 let. f CPC, la gratuité de la procédure de conciliation ne permet pas d'en déduire le caractère obligatoire⁶³.

33. *D'un point de vue strictement dogmatique*, le raisonnement du Tribunal fédéral ne prête guère le flanc à la critique, et sa jurisprudence n'a pas fait l'objet de critiques particulières dans la doctrine qui s'est exprimée à ce sujet⁶⁴. *D'un point de vue pratique*, on peut se demander si, compte tenu de la complexité que représente bien souvent la rédaction d'une demande au fond dans le cadre d'un litige relevant de l'assurance privée, en particulier dans les cas d'incapacité de travail, il est réellement efficient de priver les parties d'une possibilité de discuter au préalable de manière moins formelle. En fonction de l'organisation interne de la compagnie d'assurance, il arrive

⁶² La Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice du canton de Genève était déjà parvenue à la même conclusion, en s'appuyant également sur l'historique des débats parlementaires, dans un arrêt du 31 mai 2011 (ATAS/577/2011). La II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois en avait fait de même le 16 janvier 2012 (102 2011-301). Tant ces autorités cantonales que le Tribunal fédéral se sont référés à l'opinion minoritaire exprimée par SPIZ UELL, Eidgenössische ZPO und Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Jusletter du 20 décembre 2010).

⁶³ TF 4A_680/2014 du 29 avril 2015, consid. 2.2. Critiques sur ce point, TAPPY/POCHON (note 54), 292.

⁶⁴ Cf. notamment MOSIMANN (note 32), art. 7 N 12 ; RÜETSCHI (note 50), art. 7 N 16 ; HOFMANN/LÜSCHER (note 53), 19 et 163 ; LENDFERS (note 10), 158.

fréquemment que le dossier ne soit confié à un juriste, voire à un chef de service, qu'au moment où une procédure judiciaire est introduite. Or, bien souvent, ce dernier est davantage à même d'évaluer les risques du procès que le gestionnaire qui s'est chargé du cas jusqu'à ce moment-là ; il n'est donc pas rare qu'une offre transactionnelle soit formulée au moment de l'ouverture d'action, perspective qui pourrait encore être favorisée par les bons offices d'un juge⁶⁵. A cet égard, il faut souligner qu'au stade de la conciliation, on ne demande pas tant au juge d'apporter une solution juridique aux questions soulevées par le litige, mais bien davantage de guider les parties vers une solution amiable en utilisant pour ce faire les outils propres à la conciliation. La technicité de la matière ne fait ainsi nullement obstacle à ce que la conciliation soit tentée par un magistrat⁶⁶.

34. A notre sens, le fait que les litiges en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale ne soient pas soumis à l'obligation d'une conciliation préalable n'empêche en rien le demandeur – en règle générale la personne assurée – de requérir qu'avant toute mesure de procédure au fond, le tribunal tente la conciliation. Il faut toutefois garder à l'esprit que les tribunaux des assurances sociales, qui sont compétents dans la majorité des cas pour connaître de ces affaires⁶⁷, ont l'habitude de statuer sur dossier, et ne sont donc pas nécessairement rompus à l'art de l'audience, encore moins à celui de la conciliation. Par ailleurs, le juge conciliateur serait, dans cette hypothèse, également le juge du fond, ce qui diminue considérablement l'intérêt de la démarche⁶⁸.
35. Il se pourrait donc, paradoxalement, que la simplification voulue par le Tribunal fédéral conduise en réalité à alourdir certaines procédures, qui auraient pu connaître un dénouement plus expédient devant le juge conciliateur. Il semble cependant que dans

⁶⁵ Témoignent de la même expérience pratique, HÄBERLI/HUSMANN (note 41), N 888.

⁶⁶ Dans le même sens, cf. BOHNET FRANÇOIS, in : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tapy (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 198 N 23. *Contra* : Message CPC (note 4), 6937.

⁶⁷ Cf. N 28.

⁶⁸ Sur ce point, cf. également TAPPY/POCHON (note 54), 292.

l'opinion générale, l'absence de conciliation soit considérée comme salvatrice, car garante d'une procédure plus rapide⁶⁹.

IV. Les particularités de la procédure au fond

36. Si le choix des cantons d'attribuer à une instance cantonale unique la compétence pour juger des litiges ayant trait aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale peut avoir des conséquences sur la nature du tribunal amené à connaître de ces causes, ainsi que sur l'obligation – ou non – d'une conciliation préalable, *il n'en a en revanche plus aucune – en théorie à tout le moins – dès l'ouverture de l'action au fond.*
37. En effet, comme nous l'avons mentionné plus haut⁷⁰, qu'ils relèvent de la compétence des tribunaux ordinaires ou d'une instance cantonale unique (art. 7 CPC), les litiges en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale s'inscrivent dans le contexte de l'application de la loi civile. En conséquence, *dans les deux hypothèses, ce sont les règles de la procédure civile qui s'appliquent*⁷¹.
38. Le législateur a cependant soumis ces litiges à la procédure simplifiée (A) et les a dispensés de frais de justice (B).

A. L'application de la procédure simplifiée

39. Toutes les procédures en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale doivent être traitées *selon les règles de la procédure simplifiée* prévue aux art. 243 à 247 CPC⁷². Cette procédure se distingue notamment de la procédure ordinaire par une plus grande emprise du juge sur le déroulement du procès, par des

⁶⁹ Critique à l'égard de la nécessité d'une procédure rapide, MEIER ISAAK, Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems, in : Brunner/Nobel (édit.), Handelsgericht Zürich 1866-2016 : Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen. Festschrift zum 150. Jubiläum, Zurich 2016, p. 59 ss.

⁷⁰ Cf. N 30.

⁷¹ Cf. les références citées en note 59.

⁷² Cf. art. 243 al. 2 let. f CPC.

exigences formelles moins élevées du fait de la prévalence de l'oralité, et par la rapidité du procès⁷³.

40. D'une manière générale, la procédure simplifiée avait pour objectif de *remplacer les procédures « simples et rapides » prescrites aux cantons par le droit fédéral*, avant l'entrée en vigueur du CPC, dans certains domaines qualifiés de « sensibles du point de vue social »⁷⁴. En matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, cette obligation était prévue par l'ancien art. 85 al. 2 LSA, qui imposait aux cantons de prévoir « une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves »⁷⁵.
41. L'application de la procédure simplifiée entraîne un certain nombre de différences d'avec la procédure ordinaire, qu'il n'est pas le lieu de rappeler ici intégralement⁷⁶. Il nous importe plutôt, dans le cadre de cette contribution, de *mettre en exergue les caractéristiques de la procédure simplifiée qui soulèvent des difficultés particulières* en lien avec les litiges en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, ou qui suscitent des commentaires. Nous suivrons pour ce faire le plan des art. 244 à 247 CPC.

⁷³ Cf. FRAEFEL CHRISTIAN, in : Oberhammer/Domej/Haas (édit.), ZPO Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2014, art. 243 N 2. Cf. également Message CPC (note 4), 6953.

⁷⁴ Cf. Rapport de la Commission d'expert (note 2), 117. Cf. également Message CPC (note 4), 6953.

⁷⁵ RO 2005 5269, 5294.

⁷⁶ Les lecteurs se référeront à ce sujet à un commentaire de l'art. 243 CPC, par exemple à TAPPY DENIS, in : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 243 N 13, ou encore, pour diverses questions techniques, à RASELLI (note 40), 287 ss ; HAUCK BERND, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 243 N 11 ss ; BRUNNER ALEXANDER/STEININGER THOMAS ALEXANDER, in : Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, art. 243 N 20 ss.

1. Le dépôt de la demande

a. Généralités

42. Conformément à l'art. 244 CPC, la demande en procédure simplifiée peut être déposée dans les formes usuelles – autrement dit sous forme écrite, papier ou électronique⁷⁷ – ou par dictée au procès-verbal au tribunal. La commission d'experts évoquait l'utilisation de formulaires, qui devait permettre de s'en tenir à des « débats strictement oraux », les actes écrits ou échanges devenant inutiles⁷⁸. La mise à disposition de formules est aujourd'hui effectivement prévue par le CPC⁷⁹, celles-ci ne remplaçant toutefois pas la possibilité d'une ouverture d'action par oral⁸⁰. La procédure écrite doit cependant demeurer l'exception⁸¹.
43. En matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, la convivialité judiciaire souhaitée par le Conseil fédéral⁸², qui parle de « procédure de proximité, simple et accessible au non-juriste »⁸³, semble néanmoins quelque peu illusoire. En effet, *la technicité de la matière est notoire*, et la circonscription du litige de manière suffisante pour que le juge en perçoive les enjeux nécessite en principe des explications circonstanciées, à commencer le plus souvent par l'allégation de la police d'assurance ainsi que des conditions générales auxquelles elle est soumise. Le plaideur prudent aura naturellement à cœur de remettre au tribunal des explications écrites les plus complètes possible, afin que ce dernier conserve une trace exhaustive de toutes les informations qu'il juge utiles à l'issue de la cause, et de son argumentation juridique.
44. Un autre élément, davantage d'ordre psychologique, doit également être pris en considération : comme nous l'avons rappelé ci-dessus,

⁷⁷ Cf. art. 244 al. 1 CPC.

⁷⁸ Rapport de la Commission d'expert (note 2), 117.

⁷⁹ Cf. art. 400 al. 2 CPC.

⁸⁰ Cf. Message CPC (note 4), 6955.

⁸¹ Cf. LENDFERS (note 9), 163 et les références citées en note 41.

⁸² Cf. aussi ATF 140 III 550, consid. 3.1.à

⁸³ Cf. Message CPC (note 4), 6863. Cf. aussi ATF 140 III 550, consid. 3.1. En allemand, il est question de « *Laienfreundlichkeit* ».

la majorité des cantons a, en application de l'art. 7 CPC, confié à une instance cantonale unique le soin de connaître des litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. Dans la presque totalité des cas, ce sont les tribunaux cantonaux des assurances⁸⁴ qui ont été désignés. Or, *ces tribunaux, habitués à connaître de causes de nature administrative, auxquelles les dispositions de procédure contenue dans la LPGA sont applicables, sont, comme nous l'avons déjà mentionné⁸⁵, peu enclins aux débats oraux. Rompus à la procédure écrite, ils n'ont pas nécessairement le réflexe de l'audience.* Dans un arrêt du 1^{er} septembre 2014, concernant une affaire tranchée en instance cantonale unique par le tribunal des assurances du canton de Saint-Gall⁸⁶, le Tribunal fédéral a rappelé que le justiciable doit expressément être rendu attentif à son droit de demander la tenue d'une audience, en particulier lorsqu'il n'est pas assisté⁸⁷. En tout état de cause, le demandeur qui, assisté ou non, procède devant un tribunal administratif pour une affaire de ce type serait fort avisé de requérir expressément la tenue d'une audience⁸⁸. En effet, le Tribunal fédéral considère, à tout le moins lorsque les parties sont représentées, que ces dernières renoncent par actes concludants à la tenue de débats si elles ne les requièrent pas expressément après que le tribunal a recueilli leurs dernières observations⁸⁹.

b. Les conclusions

45. Une jurisprudence récente du Tribunal fédéral portant sur la question plus spécifique de la formulation des conclusions sonne à notre avis le glas de la simplicité voulue par le législateur. Dans le cadre d'un litige genevois concernant le versement d'indemnités journalières en exécution d'une police d'assurance perte de gain, une assurée, représentée par un avocat, avait conclu « à ce qu'il soit

⁸⁴ Au sens de l'art. 57 LPGA.

⁸⁵ Cf. N 34.

⁸⁶ Cet élément ressort de l'état de fait, non publié au Recueil officiel, mais disponible sur le site Internet du Tribunal fédéral (TF 4A_65/2018 du 1^{er} septembre 2014).

⁸⁷ ATF 140 III 450, consid. 3.2. Cf. également HOFMANN/LÜSCHER (note 52), 220 s.

⁸⁸ Dans le même sens, LENDFERS (note 9), 163.

⁸⁹ TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 2.1 ; 4A_627/2015 du 9 juin 2016. Cf. également la contribution de FRANÇOIS BOHNET, dans cet ouvrage (N 62).

constaté que la défenderesse n'était pas en droit de considérer le contrat d'assurance comme dissous et à ce qu'elle soit condamnée à exécuter les prestations en découlant »⁹⁰. *Ces conclusions ayant été jugées irrecevables par les premiers juges*, l'assurée a recouru devant le Tribunal fédéral⁹¹ en invoquant divers griefs.

46. Rappelant brièvement qu'une conclusion constatatoire cède le pas à une conclusion condamnatoire lorsqu'elle peut être prise, le Tribunal fédéral insiste sur la *nécessité de chiffrer l'action tendant au paiement d'une somme d'argent*, comme cela était le cas en l'espèce⁹². L'art. 85 al. 1 CPC permet certes de déroger à cette obligation si le demandeur est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention ou si cette indication ne peut être exigée d'emblée. Le Tribunal fédéral évoque, à titre d'exemple, la situation dans laquelle seule la procédure probatoire permet de chiffrer la créance, le demandeur étant alors autorisé à ne chiffrer ses conclusions qu'au terme de la procédure probatoire. Pour le Tribunal fédéral, cette exception n'est pas réalisée en l'espèce, dès lors qu'il est aisé de déterminer, selon lui, le montant total des indemnités journalières dont la demanderesse exige le paiement. L'eût-elle été qu'il eût de toute manière appartenu à la demanderesse d'indiquer une valeur litigieuse minimale à titre provisoire⁹³.
47. Pour le Tribunal fédéral, les premiers juges n'ont pas manqué à leur devoir en ne rendant pas la demanderesse, respectivement son conseil, attentifs au problème posé par les conclusions telles que formulées, et en ne lui permettant pas de les rectifier. *La maxime inquisitoire sociale se rapportant exclusivement à l'établissement des faits, elle ne*

⁹⁰ TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018, point B des faits.

⁹¹ S'agissant d'une affaire genevoise, les premiers juges ont statué en qualité d'instance cantonale unique conformément à l'art. 7 CPC (cf. N 28 et note 55).

⁹² Cette obligation découle de l'art. 84 al. 2 CPC (TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018, consid. 4.1).

⁹³ TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018, consid. 4.2. Cf. également TF 4A_104/2018 du 12 juin 2018, consid. 1.2 : dans une affaire de réticence, le TF a jugé que la conclusion tendant au décompte et au paiement des prestations contractuelles, rétroactivement depuis le 1er janvier 2015 et pour le futur (« *rückwirkend ab 1. Januar 2015 sowie weiterhin die vertraglichen Leistungen abzurechnen und auszuführen* »), n'était pas recevable et que c'était donc à juste titre que les premiers juges n'étaient pas entrés en matière. Là encore, la personne assurée était assistée d'un avocat.

*peut être invoquée s'agissant de conclusions mal formulées*⁹⁴. Par ailleurs, l'art. 132 CPC, qui impose au tribunal de fixer un délai pour rectifier des vices de forme, n'est pas, selon la jurisprudence, applicable aux conclusions incomplètes, en particulier aux conclusions non chiffrées⁹⁵.

48. Il est vrai que dans la présente affaire, l'assurée était assistée d'un mandataire professionnel qui ne pouvait ignorer les règles rappelées par le Tribunal fédéral. Cependant, d'un point de vue dogmatique, l'irrecevabilité de conclusions ne peut dépendre de ce que le justiciable procède ou non avec l'assistance d'un avocat. Si l'on imagine que, dans l'affaire dont il est question ici, la personne assurée ait procédé seule, les conclusions telles que formulées au pied de sa demande auraient à notre sens dû être jugées recevables, dès lors qu'elles permettaient de circonscrire l'objet du litige et les attentes de la justiciable⁹⁶. *Une rédaction des conclusions conforme aux exigences de l'art. 84 CPC n'est manifestement pas compatible avec l'accessibilité voulue par le législateur*⁹⁷.
49. L'arrêt du Tribunal fédéral dont il est question ici révèle à notre sens des lacunes dans la coordination voulue par le législateur entre la procédure applicable aux assurances sociales et la procédure applicable aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. En effet, dans le cadre de cette dernière, la maxime inquisitoire sociale permet au juge, s'agissant de l'établissement des faits, d'aller plus loin que les allégués et les offres de preuve des parties⁹⁸, ce qui rapproche son activité de celle qu'il déploie dans une affaire relevant des assurances sociales, qu'il doit instruire d'office⁹⁹.

⁹⁴ TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018, consid. 4.3.

⁹⁵ TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018, consid. 4.4. *Contra* : BOHNET (note 66), art. 85 N 19 et 25 et art. 132 N 23 ss.

⁹⁶ Selon PATRICIA DIETSCHY, « les conclusions peuvent être formulées librement », et « il doit ainsi ressortir clairement [de l'acte dans son ensemble] quelles prétentions sont réclamées et à hauteur de quel montant » (Le déroulement de la procédure simplifiée, in : Bohnet [édit], Procédure civile suisse. Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 173 ss, N 15).

⁹⁷ Cf. N 43. Cf. également FRAEFEL (note 73), art. 244 N 4.

⁹⁸ Cf. N 56 ss.

⁹⁹ Art. 61 let. c LPGa.

En revanche, alors que le juge des assurances sociales n'est pas tenu par les conclusions des parties¹⁰⁰, le juge civil, même dans le cadre d'un litige en matière d'assurances complémentaires, reste lié par les conclusions des parties¹⁰¹.

50. De cette différence découlent *deux inconvénients*, qui empêchent de considérer la coordination voulue entre les deux procédures comme pleinement réalisée :
- premièrement, il est vraisemblable que les tribunaux habitués à fonctionner comme tribunaux administratifs et, en conséquence, à statuer sans s'en tenir aux conclusions des parties, se montrent plus souples que les tribunaux civils, et fassent à l'occasion rectifier en audience des conclusions qui auraient été irrecevables devant ces derniers, ou jugées incomplètes¹⁰². Il en résulte une *possible inégalité de traitement* entre les assurés résidant dans des cantons qui ont fait usage de l'art. 7 CPC et désigné le tribunal des assurances comme instance cantonale unique au sens de cette disposition, et les autres ;
 - deuxièmement, il semble clair, compte tenu des précisions apportées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt relaté ici, que *l'assistance d'un avocat soit incontournable*, alors que la procédure en matière d'assurances sociales doit permettre à l'assuré de procéder avec l'assistance, par exemple, d'une association de défense des personnes assurées, ou de toute autre personne versée dans la matière. Si cette personne n'est pas également rompue à l'art de la rédaction de conclusions judiciaires, la personne assurée devra se tourner vers un avocat¹⁰³, ce qui n'est pas conforme à la volonté du législateur¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Art. 61 let. d LPGA.

¹⁰¹ Sur toute cette question, cf. RASELLI NICCOLO (note 40), 279 ss ; LENDFERS (note 10), 161.

¹⁰² Les assurés non représentés oublieront en principe de demander des intérêts, ce à quoi le juge pourrait les rendre attentifs.

¹⁰³ Eventuellement à un agent d'affaires ou à un agent juridique si le droit cantonal le prévoit (cf. art. 68 al. 2 let. b CPC). Cf. également N 85.

¹⁰⁴ Cf. Message CPC (note 4), 6953 (« La procédure est en outre accessible à tout un chacun »).

51. Il serait pourtant soutenable, compte tenu du but affiché de la procédure simplifiée, de réaliser le « procès civil social » dans l'ordre juridique suisse, d'affirmer dans le cadre de cette procédure *la même coresponsabilité du juge s'agissant de la délimitation de l'objet du procès* que celle qui lui incombe dans les litiges soumis à la maxime d'office, ou à tout le moins d'abaisser les exigences en matière de formulation des conclusions¹⁰⁵. Cela est d'autant plus vrai que la procédure simplifiée s'applique aux litiges étudiés ici indépendamment de la valeur litigieuse¹⁰⁶, et que la procédure est gratuite¹⁰⁷. Par ailleurs, s'il faut prendre en considération l'utilité des conclusions chiffrées pour le défendeur, qui est ainsi renseigné rapidement et précisément sur ce qu'on lui réclame¹⁰⁸, il faut aussi tenir compte de ce que la partie adverse est ici une entreprise commerciale qui sait parfaitement quel est l'enjeu financier du litige.

2. Le déroulement de la procédure

52. Une fois initiée, la procédure se poursuit, en théorie, différemment selon que la demande a été motivée ou non. A la rigueur du droit, le demandeur n'a en effet pas à alléguer, dans sa demande, les faits qui justifient sa prétention, ni à présenter les offres de preuves y relatives¹⁰⁹. Le tribunal doit alors la notifier au défendeur et citer les parties aux débats¹¹⁰, le défendeur se déterminant par oral à l'audience¹¹¹.
53. En pratique, particulièrement dans le cadre des litiges en matière d'assurances privées, *il est rare que le demandeur dépose une demande non motivée*¹¹², de sorte que le tribunal doit au préalable fixer à la partie défenderesse un délai pour se déterminer par écrit¹¹³. En théorie,

¹⁰⁵ Cf. RASELLI (note 40), 287 s.

¹⁰⁶ Cf. art. 243 al. 2 CPC.

¹⁰⁷ Cf. art. 114 let. e CPC. Cf. également N 70 ss.

¹⁰⁸ TF 5P.257/1995 du 22 septembre 1995, consid. 4b ; TF 4C.179/2000 du 7 février 2001, consid. 2b-c ; TF 5P.35/2005 du 4 mai 2005, consid. 1.2.

¹⁰⁹ Cf. DIETSCHY (note 96), N 16 ; HOFMANN/LÜSCHER (note 52), 155.

¹¹⁰ Cf. art. 245 al. 1 CPC.

¹¹¹ Cf. FRAEFEL (note 73), art. 244 N 5 ; HOFMANN/LÜSCHER (note 52), 226.

¹¹² Cf. N 43.

¹¹³ Cf. art. 245 al. 2 CPC.

cette réponse écrite n'a pas non plus à satisfaire aux exigences de la procédure ordinaire, et se veut informelle. En pratique, la partie défenderesse procédera en règle générale de la même manière que le demandeur, se déterminant sur les allégués individuellement et présentant ses propres faits à la suite, en indiquant les moyens de preuve correspondants.

54. Se pose la question de savoir si le tribunal doit, à réception des déterminations de la partie défenderesse, ordonner un *second échange d'écritures*. Celui-ci est en effet contraire à l'esprit de la procédure simplifiée, qui mise sur l'oralité et la rapidité. En matière d'assurances privées, il est cependant relativement fréquent que la réponse de la partie défenderesse révèle des éléments dont le demandeur n'avait pas connaissance au moment de déposer sa propre écriture, en particulier s'il n'avait pas demandé le dossier de l'assureur avant d'ouvrir action, ou s'il n'avait pas pu l'obtenir dans son intégralité. A notre sens, *le tribunal sera bien inspiré d'ouvrir la possibilité d'un second échange d'écritures*¹¹⁴, afin de pouvoir ensuite aborder l'audience en étant renseigné de manière exhaustive sur la position des deux parties. En pratique, il le fait régulièrement, ce qui s'avère au demeurant plus agréable pour les parties, qui peuvent ainsi préparer l'audience en identifiant les points précis de désaccord. En outre, cela permet également de rendre l'administration des preuves plus efficiente.
55. Le tribunal doit ensuite tenir une audience, à laquelle il ne peut en principe pas être renoncé, en particulier lorsque l'une des parties n'est pas assistée¹¹⁵. Dans le cadre de la procédure simplifiée, la distinction entre débats d'instruction¹¹⁶ et débats principaux¹¹⁷ est estompée. La procédure simplifiée confère en effet au tribunal la *latitude suffisante pour tenir le nombre d'audiences qui s'avèrent nécessaires* compte tenu des preuves à administrer et des autres besoins de la

¹¹⁴ Ce qu'il est libre de faire en application des art. 246 al. 2 et 225 CPC (cf. DIETSCHY [note 96], N 20).

¹¹⁵ Cf. N 44.

¹¹⁶ Cf. art. 226 CPC.

¹¹⁷ Cf. art. 228 ss CPC.

cause¹¹⁸. En pratique, les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale donnent très souvent lieu à deux audiences au moins, la première durant laquelle il est décidé des mesures d'instruction à mettre en œuvre, et la seconde à l'issue de laquelle les parties doivent se voir donner l'occasion de plaider¹¹⁹. Le principe de l'audience unique postulé par l'art. 246 al. 1 CPC est ainsi rarement respecté.

3. L'instruction et l'établissement des faits

a. La maxime applicable

56. En matière de litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, l'art. 247 al. 2 CPC impose au juge d'établir les faits d'office¹²⁰. Il ressort des travaux préparatoires que si le législateur entendait faire bénéficier les parties d'une *assistance accrue de la part du juge*, par rapport au simple devoir d'interpellation consacré à l'art. 274 al. 1 CPC¹²¹, il n'avait en revanche pas l'intention de déléguer entièrement à ce dernier la mission d'élucider les faits déterminants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de la partie dite faible¹²². La maxime procédurale applicable à ces litiges est ainsi qualifiée de *maxime inquisitoire sociale*¹²³, expression déjà utilisée par le Tribunal fédéral dans d'autres procédures qui impliquaient un rapport de force inégal entre les deux parties¹²⁴.
57. L'application de la maxime inquisitoire sociale implique, pour le juge, trois différences d'avec la procédure ordinaire :

¹¹⁸ Cf. DIETSCHY (note 96), N 22 ss.

¹¹⁹ Sur la question des plaidoiries finales, cf. Cf. DIETSCHY (note 96), N 26.

¹²⁰ Cf. art. 247 al. 2 let. a en lien avec 243 al. 2 CPC.

¹²¹ Sur la distinction entre le devoir d'interpellation (art. 247 al. 1 CPC) et la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC), cf. Cf. DIETSCHY (note 96), N 40.

¹²² Le législateur l'a fait en matière de procédures concernant les enfants dans les affaires familiales (cf. art. 296 CPC).

¹²³ Cf. BO 2007 CE 532 (Inderkum) et BO 2008 CN 968 (Widmer-Schlumpf). Cf. également Message CPC (note 4), 6956.

¹²⁴ Cf. par exemple TF 4C.211/2004 du 7 septembre 2004, consid. 2 (droit du bail).

- premièrement, il doit *poser les questions nécessaires* pour amener les parties à exposer tous les faits pertinents et à présenter toutes les offres de preuve nécessaires à la résolution de la cause¹²⁵. La jurisprudence précise qu'il ne doit le faire que s'il a un doute sur l'exhaustivité des allégations et des offres de preuve¹²⁶. Cela signifie, pour le juge, d'avoir une connaissance suffisante de la matière et des questions juridiques qui se posent pour anticiper les éventuels manques dans les écritures, respectivement les explications orales des parties. En pratique, à tout le moins devant les tribunaux civils ordinaires, il est courant que les avocats aient une meilleure appréhension des enjeux de la procédure que le magistrat instructeur, et rare pour ce dernier de pouvoir les aider à compléter leurs procédés. Il faut espérer que cela soit davantage le cas lorsque les parties ne sont pas assistées ;
- deuxièmement, le juge peut *ordonner d'office toutes les mesures d'instruction qu'il juge utiles*¹²⁷. Dans les litiges qui nous occupent dans le cadre de cette contribution, cette possibilité est particulièrement bienvenue lorsqu'une partie (la personne assurée en règle générale) a requis la mise en œuvre d'une expertise, l'autre partie alléguant des faits (par exemple un état de santé préexistant) qu'elle ne soumet pas à ce mode de preuve. Le juge est ainsi libre, s'il met en œuvre l'expertise, de circonscrire le mandat de l'expert dans la mesure qu'il juge utile, indépendamment de savoir quelle partie a allégué quel fait dans ses écritures ;
- finalement, le tribunal doit *statuer en tenant compte de tous les faits pertinents établis lors de l'instruction*, même si les parties ne les ont pas expressément allégués¹²⁸. A nouveau, dans les litiges en

¹²⁵ DIETSCHY PATRICIA, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 1/7 (2011), 82 ss, 88.

¹²⁶ ATF 136 III 74, consid. 3.1 ; 107 II 233, consid. 2c ; TF 4A_295/2010 du 26 juillet 2010, consid. 2.2.2 ; 4P.297/2001 du 26 mars 2002, consid. 2a.

¹²⁷ TF 4A_520/2010 du 22 février 2011 ; 4A_522/2008 du 3 septembre 2009, consid. 3.1.

¹²⁸ TF 4A_520/2010 du 22 février 2011 ; 4A_522/2008 du 3 septembre 2009, consid. 3.1.

matière d'assurances privées, il n'est pas rare que l'administration des preuves, en particulier la mise en œuvre d'une expertise, révèle des faits pertinents pour juger la cause, qui ne ressortent pas des explications des parties. Le tribunal a alors l'obligation d'en tenir compte.

58. Le législateur entendait relativiser « l'étendue du concours prêté par les autorités judiciaires » *lorsque les parties sont assistées par un mandataire professionnel*¹²⁹. Le Tribunal fédéral en a déduit que le juge n'avait pas à ordonner d'office des mesures d'instruction qui n'avaient pas été requises par les parties¹³⁰. A notre sens, cette restriction n'est pas la bienvenue dans un domaine où la représentation professionnelle ne permet pas de gommer tout à fait le rapport de force entre les parties, l'une (la compagnie d'assurance) détenant très souvent les clés de la survie économique de la seconde (la personne assurée), en particulier lorsque le litige porte sur le droit à des indemnités journalières. Il n'est ainsi pas compatible avec l'esprit de la maxime inquisitoire sociale voulue par le législateur que le juge soit entravé dans ses possibilités d'action par la seule présence d'un rapport de représentation pour l'une des parties. Par ailleurs, PATRICIA DIETSCHY relève à juste titre le caractère difficilement praticable de cette jurisprudence lorsqu'une seule des parties est assistée. Le tribunal ne pourrait alors ordonner que des mesures d'instruction en faveur de la partie non assistée. De fait, il est rarement possible de savoir à l'avance à quelle partie profitera l'administration d'une preuve¹³¹. En matière d'assurances complémentaires, c'est particulièrement vrai lorsqu'une expertise médicale est mise en œuvre. En conséquence, nous sommes d'avis que le juge devrait avoir les coudées franches, quelles que soient les circonstances en termes de représentation.

¹²⁹ Cf. Message CPC (note 4), 6956.

¹³⁰ TF 4A_522/2008 du 3 septembre 2009, consid. 3.1.

¹³¹ DIETSCHY (note 96), N 39.

b. Les moyens de preuve

59. Tous les moyens de preuve énoncés à l'art. 168 CPC sont recevables dans le cadre de la procédure simplifiée¹³².
60. Dans le domaine qui fait l'objet de la présente contribution, l'*expertise médicale* mérite quelques précisions, qui concernent tous les litiges en matière d'assurances privées, mais qu'il est utile d'apporter dans le contexte particulier des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.
61. En matière d'assurances sociales, les cours de droit social du Tribunal fédéral ont établi depuis longtemps une *hiérarchie pour la valeur probante des avis médicaux* exprimés au sujet de la personne assurée¹³³. L'expertise judiciaire se voit ainsi conférer une force probante supérieure, alors que l'avis du médecin traitant est en principe systématiquement écarté au profit des avis des médecins qui s'expriment pour le compte de l'assureur social, soit à titre d'avis interne, soit dans le cadre d'une expertise externe mandatée en application de l'art. 44 LPG¹³⁴. Cette dernière se voit accorder un crédit particulier, de sorte qu'il est difficile pour la personne assurée d'opposer des arguments médicaux contraires. Le juge saisi d'un recours ne peut ordonner la mise en œuvre d'une expertise judiciaire que s'il nourrit un doute à l'endroit des conclusions des experts mandatés par l'assureur social, doute que la personne assurée doit démontrer.
62. La première Cour de droit civil du Tribunal fédéral a refusé de transposer cette hiérarchie à la procédure civile. *En matière d'assurances privées, l'expertise réalisée sur mandat de la compagnie d'assurance n'est pas un moyen de preuve* au sens de l'art. 168 CPC, mais renferme

¹³² Cf. art. 219 et 168 CPC.

¹³³ A ce sujet, cf. PIGUET JACQUES OLIVIER, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales. Commentaire romand*, Bâle 2018, art. 43 N 30 ss ; DUPONT ANNE-SYLVIE, *Le droit de réplique en assurances sociales*, in : Bohnet (édit.), *Le droit de réplique*, Neuchâtel 2013, 83 ss, N 85 ss.

¹³⁴ Art. 44 LPG : « Si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions ».

*uniquement des allégations de partie*¹³⁵. Les faits qu'elle renferme doivent donc être attestés par un autre biais, et, à défaut, peuvent donc être contredits par d'autres faits, allégués par la personne assurée et établis à satisfaction de droit par les preuves qu'elle a offertes, par exemple par les rapports de ses médecins traitants. Il est essentiel que les tribunaux habituellement compétents en matière d'assurances sociales et désignés comme instance cantonale unique en application de l'art. 7 CPC, davantage rompus à la jurisprudence lucernoise, aient à l'esprit cette distinction au moment d'administrer les preuves.

63. Il doit en aller différemment de *l'expertise ordonnée par un assureur social en application de l'art. 44 LPGA et produite dans le cadre de la procédure civile* par l'une ou l'autre des parties. Le contenu du document n'émanant pas d'une partie à la procédure et n'ayant pas été commandé, respectivement rémunéré par elle, le rapport d'expertise doit à notre sens se voir reconnaître la qualité de titre au sens de l'art. 177 CPC. La doctrine majoritaire, qualifiée de « *zutreffend* » par le Tribunal fédéral, estime qu'une expertise « étrangère » à la cause peut également être produite en qualité d'expertise au sens des art. 183 ss CPC et se voir octroyer la même valeur probante qu'une expertise mise en œuvre dans le cadre de la procédure civile¹³⁶. A notre sens, cette interprétation est déjà contraire au texte de la loi, l'art. 183 al. 1 CPC ne prévoyant que l'hypothèse de l'expertise mandatée par le tribunal lui-même. Ensuite, elle s'inscrit en porte-à-faux par rapport au principe de l'égalité de parties, qui prévaut en procédure civile, et qui doit permettre aux deux parties de participer de manière égale à la mise en œuvre de l'expertise, notamment au choix de l'expert et à l'élaboration du questionnaire. Finalement, si l'on se place du point de vue de la personne assurée, la doctrine majoritaire méconnaît le rapport de force qui existe dans le domaine des assurances sociales et la quasi impossibilité pratique, pour la personne assurée, d'être partie prenante lors de la mise en œuvre de l'expertise, malgré les

¹³⁵ ATF 141 III 433, consid. 2.5-2.6.

¹³⁶ Cf. ATF 140 III 24, consid. 3.3.1.3 et les références doctrinales recensées.

droits – théoriques – qui lui ont été reconnus par le Tribunal fédéral^{137,138}

64. En bonne logique, compte tenu de l'interprétation qu'il a retenue, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'existait *pas d'intérêt digne de protection justifiant la mise en œuvre d'une expertise à titre de preuve à futur* pour évaluer les chances de succès d'un procès contre une assurance privée *s'il existe déjà un rapport d'expertise établi sur mandat d'un assureur social* et répondant aux questions que la personne assurée aimerait voir clarifiées¹³⁹. A notre sens, pour les mêmes raisons que celles qui ont été évoquées au paragraphe précédent, il est contraire à la saine administration de la justice de transposer dans la procédure civile les tensions qui entourent actuellement les questions relatives aux expertises externes dans le domaine de l'assurance sociale.

c. Le degré de la preuve

65. *En matière d'assurances sociales*, les faits allégués par la partie qui s'en prévaut doivent en principe être établis au stade de la vraisemblance prépondérante. Cela signifie que « le juge doit généralement fonder sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables »¹⁴⁰. *En procédure civile*, la preuve est en principe considérée comme rapportée lorsque le tribunal est objectivement convaincu de la véracité d'une allégation.
66. Dans les litiges qui nous occupent, cette dichotomie peut conduire, pour un même état de fait, à des résultats différents selon que l'on juge le droit aux prestations d'une assurance sociale ou d'une assurance complémentaire. Par ailleurs, cela peut également induire une discrimination entre les assurés qui procèdent, pour un litige en matière d'assurance complémentaire, devant un tribunal civil ou

¹³⁷ ATF 137 V 210.

¹³⁸ MARKUS SCHMID est également opposé à l'interprétation majoritaire (Das sozialversicherungsrechtliche Beweismittel im Haftpflichtprozess, in : Riemer-Kafka [édit.], Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zurich 2013, 139 ss, 153).

¹³⁹ ATF 140 III 24, consid. 3.

¹⁴⁰ METRAL JEAN, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.), Loi sur la partie générale des assurances sociales. Commentaire romand, Bâle 2018, art. 61 N 61.

devant un tribunal habituellement compétent en matière d'assurances sociales. Pour ces motifs, nous plaignons, comme NICCOLÒ RASELLI et CHRISTINE GRÜNIG, pour que le degré de la preuve exigé dans les litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale soit abaissé à la vraisemblance prépondérante¹⁴¹.

4. Le jugement

67. Les dispositions de la procédure ordinaire concernant la décision intervenant à l'issue de la procédure (art. 236 ss CPC) sont applicables à la procédure simplifiée¹⁴².
68. Dans les cantons qui ont désigné le tribunal cantonal des assurances en application de l'art. 7 CPC¹⁴³, *il se peut que ce tribunal soit saisi concomitamment de deux procédures découlant d'un même complexe de faits* mais relevant, pour l'une, de l'application de la législation en matière d'assurances sociales et, pour l'autre, de l'exécution d'une police d'assurance privée¹⁴⁴. S'il est inévitable – et d'ailleurs souhaitable compte tenu de la coordination voulue par le législateur – que l'instruction des deux causes se mène en parallèle, le tribunal devra conserver à l'esprit que son rôle n'est pas le même dans les deux procédures, et qu'il doit tenir compte des différences qui ont été exposées ci-dessus s'agissant de l'établissement de l'état de fait¹⁴⁵ et de l'appréciation des preuves¹⁴⁶.

¹⁴¹ RASELLI (note 40), 291 ; GRÜNIG CHRISTINE, *Verfahrensfragen in der Krankenversicherung*, in : Mosimann (édit.), *Aktuelles im Sozialversicherungsrecht*, Zurich 2001, 175 ss, 193.

¹⁴² Cf. FRAEFEL (note 73), art. 243 N 9.

¹⁴³ Cf. N 28.

¹⁴⁴ Par exemple, un assuré peut se voir refuser par sa caisse-maladie la prise en charge d'un traitement hospitalier, la condition de l'économicité (cf. art. 32 LAMal) n'étant pas réalisée. L'assureur privé auprès duquel cet assuré a souscrit une police pour l'hospitalisation en division privée suivra en principe la position de l'assurance de base.

¹⁴⁵ Cf. N 56 ss.

¹⁴⁶ Cf. N 65 ss.

69. Il va de soi, dès lors qu'il ne serait question d'une jonction des causes et que les voies de droit ne sont pas les mêmes¹⁴⁷, que le tribunal devra rendre deux jugements distincts.

B. Les frais judiciaires

70. Alors que l'avant-projet de CPC ne prévoyait pas de règles particulières, s'agissant des frais judiciaires, pour les procédures relevant d'une instance cantonale unique¹⁴⁸, le projet du Conseil fédéral a intégré la *gratuité tant de la procédure de conciliation que de la procédure au fond* pour les litiges relevant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale¹⁴⁹. Cette solution prévalait déjà avant l'entrée en vigueur du CPC, par l'effet de l'ancien art. 85 al. 2 et 3 LSA¹⁵⁰. Pour le Conseil fédéral, la gratuité de la procédure est « l'un des plus importants acquis de la procédure civile sociale »¹⁵¹. Sans remise en question lors des débats parlementaires, elle a été consacrée, respectivement à l'art. 113 al. 2 let. f CPC pour la procédure de conciliation et à l'art. 114 let. e CPC pour la procédure au fond.
71. Cela signifie donc que *l'intégralité des frais engendrés par la conduite et l'instruction du procès demeure à la charge de l'Etat* qui ne peut, en bonne logique, exiger le paiement d'une avance pour traiter la demande¹⁵². En matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, ces frais peuvent se révéler très élevés, dans la mesure où il n'est pas rare que l'instruction de la cause requière la mise en œuvre d'une expertise médicale ou la traduction de documents en langues

¹⁴⁷ Cf. N 75 ss.

¹⁴⁸ Cf. art. 103 s. AP-CPC.

¹⁴⁹ Cf. art. 111 al. 2 let. f et 112 let. e P-CPC.

¹⁵⁰ Ces deux alinéas ont été abrogés avec l'entrée en vigueur du CPC, au 1^{er} janvier 2011.

¹⁵¹ FF 2006 6841 ss, 6911. Cf. également LENDFERS (note 9), 164 s.; HÄBERLI/HUSMANN (note 41), N 883 et note 1084.

¹⁵² Cf. TAPPY DENIS, in : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 113 N 8.

étrangères. Seuls la mauvaise foi et le procédé téméraire permettent de mettre à charge d'une partie tout ou partie de ces frais¹⁵³.

72. S'il ne peut, de manière générale, être alloué de *dépens* en procédure de conciliation¹⁵⁴, le principe de la gratuité de la procédure ne l'exclut en revanche pas pour la procédure au fond. Si une partie prend des conclusions en ce sens, des dépens doivent donc lui être alloués, y compris lorsqu'il s'agit de la compagnie d'assurance, la règle voulant que l'assureur social n'ait pas droit à des dépens¹⁵⁵ n'ayant pas vocation à s'appliquer par analogie à l'assureur privé¹⁵⁶. Ce dernier n'est en revanche pas autorisé à demander des sûretés¹⁵⁷.
73. Dès lors qu'il s'agit d'une procédure de nature civile¹⁵⁸, le tribunal amené à statuer sur les dépens doit, qu'il s'agisse d'un tribunal civil ordinaire ou d'un tribunal spécial, *fonder sa décision sur les règles du CPC*, en particulier sur les art. 106 et 107 CPC, qui énoncent, pour le premier, les règles générales de répartition et encadre, pour le second, la répartition en équité. Le tribunal doit en outre veiller à appliquer le *tarif établi par le canton en application de l'art. 96 CPC*, et non le tarif applicable aux procédures en matière d'assurances sociales¹⁵⁹.
74. Il est intéressant de mentionner ici la révision de la LPGA actuellement en cours. En effet, le droit actuel prévoit la gratuité des procédures cantonales de recours en matière d'assurances sociales¹⁶⁰. Dans le cadre de la révision de la LPGA amorcée en février 2017, il est question de permettre au législateur de prévoir, dans les lois spéciales régissant chaque branche d'assurance, la *perception de frais judiciaires pour les procédures cantonales de recours*¹⁶¹. Cette

153 Cf. art. 115 CPC.

154 Cf. art. 113 al. 1 CPC. Cette exclusion ne concerne pas la rémunération par l'Etat du conseil d'office.

155 Cf. art. 61 let. g LPGA. Cf. METRAL (note 140), art. 61 N 98.

156 TF 4A_194/2010 du 10 novembre 2010, consid. 2.2 (considérant non publié à l'ATF 137 III 47).

157 Cf. art. 99 al. 3 let. a CPC. Sur cette question, cf. LENDFERS (note 9), 159.

158 Cf. N 30 et 37.

159 Du même avis, HÄBERLI/HUSMANN (note 41), N 883.

160 Cf. art. 61 let. a LPGA. Il faut noter une exception en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 69 al. 1^{bis} LAI).

161 Cf. P-LPGA 2018, FF 2018 1655 ss, 1657.

solution a été proposée pour satisfaire les auteurs d'une motion déposée dans le but de supprimer la gratuité des procédures en matière d'assurances sociales¹⁶². Elle a été soutenue par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats¹⁶³. Si la révision de la LPGa se poursuit dans ce sens, et si le législateur décide ensuite de procéder aux adaptations nécessaires dans la LAMal, nous aboutirions à une solution peu logique, dans laquelle les procédures relevant des assurances sociales entraîneraient la perception de frais de justice, alors que les procédures relevant des assurances complémentaires privées demeureraient gratuites.

V. Les voies de droit

75. Les suites procédurales d'un jugement rendu au terme d'un litige en matière d'assurances complémentaires sont différentes selon que les autorités cantonales ont ou non fait usage de la possibilité qui leur est offerte par l'art. 7 CPC de désigner une instance cantonale unique.
76. Dans les cantons qui ont fait usage de cette possibilité, les jugements rendus par cette instance cantonale unique peuvent directement faire l'objet d'un recours en matière de droit civil au Tribunal fédéral. *Ce dernier est recevable indépendamment de la valeur litigieuse*¹⁶⁴.
77. Dans les cantons qui ont laissé les litiges en matière d'assurances complémentaires dans la compétence des tribunaux civils ordinaires, les jugements de première instance peuvent faire l'objet d'un appel aux conditions de l'art. 308 CPC. S'agissant d'affaires patrimoniales, la valeur litigieuse doit s'élever, au dernier état des conclusions, à

¹⁶² Cf. Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, FF 2018 1597 ss, 1628.

¹⁶³ Cf. Communiqué de presse du 29 juin 2018, sur le site Internet du Parlement, pour l'objet 18.029.

¹⁶⁴ Cf. art. 74 al. 2 let. b LTF. Cf. TF 4A_680/2014 du 29 avril 2015, consid. 1 ; ATF 138 III 799, consid. 1.1 ; 138 III 2, consid. 1.

CHF 10'000.- au moins¹⁶⁵. A défaut, le jugement peut faire l'objet d'un recours¹⁶⁶. Dans les affaires concernant des polices d'assurance complémentaire pour des soins, cette seconde solution aura davantage vocation à s'appliquer. Dans un cas comme dans l'autre, la procédure est gratuite¹⁶⁷ et les juges doivent appliquer la maxime inquisitoire sociale¹⁶⁸. En revanche, *les faits nouveaux et les nouveaux moyens de preuve qui, en première instance, sont admissibles jusqu'à la fin des délibérations*¹⁶⁹, ne peuvent pas être pris en considération en deuxième instance¹⁷⁰.

78. Le jugement sur appel et le jugement sur recours peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, si les conditions des art. 73 ss LTF sont remplies, en particulier la condition de la *valeur litigieuse minimale de CHF 30'000.*¹⁷¹ A défaut, le recours en matière civile est recevable si l'affaire soulève une question juridique de principe¹⁷². Si tel n'est pas le cas, reste la voie (théorique) du recours constitutionnel subsidiaire¹⁷³ qui, en l'absence d'une violation des garanties de procédure¹⁷⁴, a peu de chances d'aboutir, l'invocation des droits constitutionnels dans les litiges de droit privé étant en principe impossible.
79. La procédure devant le Tribunal fédéral est régie par les dispositions de la LTF, *qui ne prévoit pas la gratuité* pour les recours concernant des litiges en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale¹⁷⁵. *La cognition du Tribunal fédéral est par ailleurs limitée à l'application du droit*, y compris lorsque l'affaire a été jugée par une

¹⁶⁵ Cf. art. 308 al. 2 CPC. Cf. TF 4A_228/2012 du 28 août 2012, consid. 1.1, non publié à l'ATF 138 III 625.

¹⁶⁶ Cf. art. 319 let. a CPC. Sur les différences entre l'appel et le recours, cf. HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2016, 416 ss.

¹⁶⁷ Cf. JEANDIN NICOLAS, in : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 319 N 7.

¹⁶⁸ FRAEFEL (note 73), art. 243 N 5.

¹⁶⁹ Cf. art. 229 al. 3 CPC.

¹⁷⁰ ATF 138 III 665, consid. 2.

¹⁷¹ Cf. art. 74 al. 1 let. b LTF.

¹⁷² Cf. art. 74 al. 2 let. a LTF.

¹⁷³ Cf. art. 113 ss LTF.

¹⁷⁴ Cf. art. 29 Cst. et 6 CEDH.

¹⁷⁵ Cf. art. 65 LTF. Cf. également HÄBERLI/HUSMANN (note 41), N 889.

instance cantonale unique, l'état de fait ne pouvant faire l'objet d'une rectification qu'aux conditions de l'art. 105 al. 2 LTF.

VI. Evaluation

80. Fondamentalement, le Code de procédure civile n'a rien créé de nouveau pour les litiges concernant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. Il a prévu *l'application de la procédure simplifiée afin de maintenir la procédure « simple et rapide »* exigée par l'ancien art. 85 al. 2 LSA¹⁷⁶, et il a aménagé pour les cantons la possibilité de conserver des mesures d'organisation judiciaire prises avant son entrée en vigueur¹⁷⁷. L'important réside ici dans la reconnaissance, par le législateur, du caractère quasi social de ces assurances.
81. D'un point de vue purement procédural, l'application de la procédure simplifiée dans le cadre de litiges concernant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale ne présente pas – ou peu – de difficultés par rapport à d'autres litiges similaires. En pratique cependant, les particularités de la mise en œuvre du droit des assurances privées s'accordent parfois assez mal avec la solution imaginée par le législateur.

A. La gratuité de la procédure

82. *La gratuité de la procédure* est assurément, pour les cantons qui ne l'avaient pas prévue auparavant, le grand avantage de la réglementation voulue par le législateur au moment de l'élaboration du CPC. En effet, les litiges concernant les assurances complémentaires portent tantôt sur une valeur litigieuse peu élevée, parfois inférieure aux frais de justice applicables selon les tarifs cantonaux¹⁷⁸. Lorsqu'ils concernent les prestations découlant d'une police d'indemnités journalières, la personne assurée est en principe

¹⁷⁶ Cf. N 40.

¹⁷⁷ Cf. N 25 ss.

¹⁷⁸ Il en va notamment ainsi pour les litiges découlant d'assurances complémentaires prévoyant la prise en charge de soins non couverts par l'AOS, par exemple des médicaments hors liste ou phytosanitaires.

à ce point acculée sur un plan économique qu'elle renoncerait au procès si des frais de justice étaient mis à sa charge¹⁷⁹. Si la révision voulue de la LPGA, permettant d'introduire des frais de justice pour les procédures en matière d'assurances sociales¹⁸⁰, entre en vigueur¹⁸¹, il est à craindre qu'elle n'entraîne dans son sillage des velléités de révision du CPC, ce qui serait naturellement hautement dommageable compte tenu du déséquilibre évident entre les parties à un litige concernant une assurance complémentaire.

B. La définition des « assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale »

83. Contrairement à ce que déplorent certains auteurs, nous sommes d'avis que *la circonscription de ce que l'on entend par « assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale »* est parfaitement claire. Il est vrai que les travaux préparatoires du CPC ne nous renseignent pas, pas plus que le CPC lui-même. En revanche, les travaux ayant précédé l'adoption de la LAMal en 1994 sont tout à fait limpides¹⁸². La délimitation opérée dans ce cadre, reprise aujourd'hui par le Tribunal fédéral et par les tribunaux cantonaux dont nous avons pu étudier les décisions, a le mérite de tracer une ligne assez précise entre les litiges concernés et les autres. Il est vrai qu'elle a pour inconvénient de laisser de côté les polices d'assurance-vie non liées¹⁸³ prévoyant des prestations en cas d'incapacité de gain, parfois conclues par les personnes de condition indépendante en lieu et place d'une police d'indemnités journalières. Ces polices prévoient pourtant aussi des prestations en cas d'incapacité de travail, à savoir la libération des primes. Dans la mesure où une telle prestation n'est

¹⁷⁹ L'assistance judiciaire est rarement un palliatif efficace, en particulier dans les cantons où elle doit être remboursée par le ou la bénéficiaire.

¹⁸⁰ Cf. N 74.

¹⁸¹ A l'heure de terminer cet article, le projet de révision de la LPGA attend d'être débattu au Parlement.

¹⁸² Cf. N 15 ss.

¹⁸³ Les polices de prévoyance liée bénéficient de l'instance cantonale unique et de la gratuité de la procédure en application des art. 73 al. 1 let. b et 82 al. 2 LPP ainsi que 73 al. 2 LPP.

pas prévue dans le cadre des prestations prises en charge, à titre obligatoire ou facultatif, par la LAMal, la distinction est justifiée.

C. La coordination avec la procédure en matière d'assurances sociales

84. On doit naturellement se poser la question de savoir *si l'objectif de coordination* poursuivi par les postulants qui, au début des années 2000, avaient interpellé le Conseil fédéral sur ce point¹⁸⁴, *a été atteint*. Nous sommes d'avis que non. En effet, si la maxime inquisitoire sociale peut en théorie permettre une instruction qui se rapproche de l'instruction d'office à laquelle le juge des assurances sociales doit se livrer, la limitation imposée par le Tribunal fédéral – mais voulue par le législateur déjà – lorsque les parties sont représentées¹⁸⁵ l'en éloigne diamétralement.
85. C'est d'autant plus vrai qu'en pratique, rares sont les procédures, en matière d'assurances privées, dans lesquelles la personne assurée s'engagera seule, sans avoir pris conseil auprès d'un avocat. A cela s'ajoute que l'on sait désormais que le Tribunal fédéral n'entend faire aucune concession sur la formulation des conclusions, la maxime inquisitoire sociale n'étant d'aucun secours à la partie demanderesse sur ce point-là¹⁸⁶. Certes, le CPC autorise, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée, un plus large cercle de représentants professionnels. A côté de l'avocat, il peut également s'agir d'un agent d'affaires ou d'un agent juridique breveté¹⁸⁷. Dans la mesure où ces professions n'existent plus que dans deux cantons¹⁸⁸, il est rare qu'il soit fait usage de cette possibilité.
86. Dès lors que la présence de l'avocat est censée, d'après le Tribunal fédéral, rétablir l'égalité des armes, et que l'avocat sera présent dans l'immense majorité des cas, on peut douter que les litiges en matière

¹⁸⁴ Cf. N 1 et 17.

¹⁸⁵ Cf. N 58.

¹⁸⁶ Cf. N 45 ss.

¹⁸⁷ Cf. art. 68 al. 2 let. b CPC.

¹⁸⁸ Vaud et Saint-Gall.

d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale bénéficient encore, dans les faits, de la maxime inquisitoire sociale, ce qui les éloigne d'autant des litiges en matière d'assurances sociales qui, rappelons-le, obligent le juge à instruire d'office¹⁸⁹ et autorisent une représentation moins formelle¹⁹⁰.

D. L'inégalité découlant de l'organisation judiciaire

87. La coordination de la procédure applicable aux litiges en matière d'assurances complémentaires avec celle des assurances sociales paraît encore plus compromise lorsque l'on considère le résultat de la possibilité aménagée pour les cantons de prévoir une instance cantonale unique. Au-delà du fait que l'on doit désormais composer avec des solutions cantonales différentes, quoique relativement uniformes (tribunaux civils ordinaires ou tribunal des assurances comme instance cantonale unique)¹⁹¹, il résulte des différences procédurales induites par le choix des cantons *une inégalité de traitement des parties selon le canton dans lequel elles procèdent*.
88. Si, dans les cantons ayant désigné une instance cantonale unique, la garantie de la seconde instance au niveau cantonal n'est pas donnée, il est en revanche certain que le Tribunal fédéral pourra connaître du recours formé devant lui, avec cette précision toutefois que sa cognition est en principe limitée à l'application du droit¹⁹². *Cette solution est approximativement superposable à celle qui prévaut en matière d'assurances sociales*.
89. A l'inverse, dans les cantons ayant laissé les litiges qui nous occupent ici dans la compétence des tribunaux ordinaires, une faible valeur litigieuse peut faire obstacle tant à la voie de l'appel au niveau cantonal qu'au recours en matière civile au niveau fédéral. *La coordination avec la procédure en matière d'assurances sociales n'est, dans ces cantons-là, pas réalisée*.

¹⁸⁹ Art. 61 let. c LPGA.

¹⁹⁰ Cf. DUPONT ANNE-SYLVE, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.), Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA). Commentaire romand, Bâle 2018, art. 37 N 18.

¹⁹¹ Cf. N 28.

¹⁹² Cf. N 75 ss.

E. Le risque du mélange des genres

90. On doit finalement se demander si, dans les cantons qui ont choisi de désigner une instance cantonale unique, le fait de confier à un tribunal administratif la tâche de trancher des litiges qui relèvent du droit civil est nécessairement un avantage.
91. Il est certes vrai que les tribunaux institués en application de l'art. 57 LPGa sont au fait de l'application des lois et de la jurisprudence en matière d'assurances sociales. Cela peut s'avérer très utile lorsque les conditions d'exécution d'une police d'assurance privée rejoignent les conditions légales d'octroi des prestations sociales.
92. En revanche, cela peut aussi favoriser une perméabilité entre deux corpus législatifs et jurisprudentiels qui ne reposent pas sur les mêmes fondements et ne répondent pas aux mêmes objectifs. Ainsi, le juge des assurances sociales amené à connaître d'un litige concernant une assurance privée pourrait être tenté de transposer dans ce domaine la réglementation généralement plus stricte imposée par la législation et la jurisprudence en matière d'assurances sociales. Par exemple, on recense plusieurs arrêts dans lesquels les juges avaient, dans des litiges concernant des polices d'indemnités journalières, procédé à une analyse médico-théorique de l'exigibilité d'une activité professionnelle alternative, comme l'exige l'art. 7 LPGa, sans considérer que l'exigibilité, dans le cadre d'une assurance couvrant l'incapacité de travail, doit être analysée dans le cadre de l'« obligation de sauvetage » prévue à l'art. 61 LCA et répond donc à d'autres conditions¹⁹³.
93. Le plus grand danger à cet égard réside dans la volonté de conférer aux expertises réalisées sur mandat des assureurs sociaux une valeur probante supérieure en procédure civile, comme c'est déjà le cas en matière d'assurances sociales¹⁹⁴. Une telle démarche, essentiellement guidée par des intérêts économiques et politiques, ne répond à

¹⁹³ Sur cette question, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Incapacité de travail et incapacité de gain : la fin du mélange des genres ? Commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A_529/2012), in : REAS 2/2013, 124 ss.

¹⁹⁴ Cf. N 60 ss.

aucune logique juridique. En outre, elle méconnaît les tensions importantes qui entourent l'expertise administrative ordonnée en application de l'art. 44 LPGA, la confiance dans le système actuellement en place étant largement rompue, du côté des personnes assurées et de leurs représentants à tout le moins¹⁹⁵. En conférant d'office à l'expertise administrative la valeur d'expertise judiciaire dans le cadre d'un procès civil, on augmente d'autant le sentiment de la personne assurée d'être la victime des assurances, ce qui ne peut être que néfaste pour la saine administration de la justice et la confiance que les justiciables pourront placer dans les magistrats chargés de juger leur cause.

¹⁹⁵ Cf. notamment ALIOTTA MASSIMO, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht. Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen bei Begutachtungen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gemäss ATSG, thèse Zurich 2017, 510 ss.