

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

Assurance de protection juridique
Clauses contractuelles abusives
Nouveautés législatives et jurisprudentielles

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

Assurance de protection juridique
Clauses contractuelles abusives
Nouveautés législatives et jurisprudentielles

Edité par
Blaise Carron et Christoph Müller

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



FACULTÉ DE DROIT

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-3801-4

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

www.helbing.ch

www.unine.ch/droit

Préface

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

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

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

Blaise Carron et Christoph Müller

Sommaire

Anne-Christine Fornage Professeure à l'Université de Lausanne Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies... 1	
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat Michael Ecklin Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat Avocat et assurance de la protection juridique..... 37	
Philippe Genoud Directeur Protekta assurance de protection juridique SA, Lic. iur., titulaire du brevet d'avocat Marcel Paquier Key Account Manager Protekta assurance de protection juridique SA, Lic. iur., Médiateur agréé CMAP & CSMC Protection juridique : un besoin socio-économique ?..... 99	
Florence Bettschart Avocate, Responsable Politique & Droit, Fédération romande des consommateurs Les difficultés d'application de l'article 8 LCD..... 129	
Jurisprudence Nouveautés en droit de la consommation 2013-2015.....155 Nouveautés en droit de la distribution 2013-2015..... 161 Nouveautés dans le procès civil social 2011-2015..... 167	

Abréviations

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

Abréviations

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

Abréviations

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

Abréviations

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

Abréviations

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

Avocat et assurance de la protection juridique

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Michael Ecklin

Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

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

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

I. Introduction

A. Généralités

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

¹ REYMOND, p. 11.

² HODEL, p. 10.

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

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

B. Sources

8. Au niveau européen, la Directive 87/344/CEE du Conseil du 22 juin 1987, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance de la protection juridique⁶ a été abrogée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2012, de la Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice⁷. La section 4 de cette directive est dédiée à l'assurance de la protection juridique. Les législations européenne et suisse sont, sur le fond, similaires et compatibles et on retrouve

³ DIDISHEIM, p. 115.

⁴ REYMOND, p. 11.

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

⁶ JO L 185 du 4.7.1987.

⁷ JO L 335 du 17.12.2009.

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

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

⁸ RS 221.229.1.

⁹ RS 961.01.

¹⁰ RS 961.011.

¹¹ RO 1992 2355.

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

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

II. Assureur et assuré

A. Généralités

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

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

¹⁴ FUHRER, p. 74.

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

¹⁶ KUHN/MONTAVON, p. 58.

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

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

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

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

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

¹⁹ VIRET, *Jurisprudence*, p. 139.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ ATF 119 II 468, consid. 2c.

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

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

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

C. Parties au contrat

1. Assureur

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

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

³⁰ BREHM, p. 7.

³¹ BREHM, p. 2.

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

2. Assuré

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

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

³³ VIRET, *Assista*, p. 366.

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

³⁵ BRULHART, *Réglementation*, p. 248.

³⁶ BREHM, p. 3.

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

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

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

D. Droits et obligations des parties au contrat

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

³⁸ BREHM, p. 3.

³⁹ CR CO I-TEVINI, art. 112 N 5.

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

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

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

1. Notion de risque

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

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

⁴³ VIRET, *Jurisprudence*, p. 140.

⁴⁴ Voir REYMOND, p. 11.

⁴⁵ VIRET, *Assista*, p. 380.

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

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

⁴⁶ BREHM, p. 4 s.

⁴⁷ BREHM, p. 5.

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

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

⁴⁸ BRULHART, *Procès*, p. 62 s.

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

2. Notion de sinistre

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

3. Prestations de l'assureur

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

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

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

⁵¹ ATF 119 II 468, consid. 2c.

⁵² VIRET, *Assista*, p. 380.

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

⁵⁴ BRULHART, *Procès*, p. 72.

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

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

a) Prestations directes de l'assureur

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

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

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

⁵⁷ BREHM, p. 6.

⁵⁸ HODEL, p. 10.

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

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

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

⁶⁰ BREHM, p. 6.

⁶¹ BREHM, p. 6.

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

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

⁶² BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁶³ BREHM, p. 7 s.

⁶⁴ BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁶⁵ BREHM, p. 8.

⁶⁶ BREHM, p. 8.

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

b) Prestations indirectes de l'assureur

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

III. Avocat employé de l'assurance

A. Généralités

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

⁶⁷ BRULHART, *Procès*, p. 73.

⁶⁸ BREHM, p. 6.

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

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

⁶⁹ HODEL, p. 10.

⁷⁰ REYMOND, p. 12.

B. Principe d'indépendance

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

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

⁷² BRULHART, *Réglementation*, p. 252.

⁷³ ATF 130 II 87.

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

⁷⁵ ATF 130 II 87, consid. 5.2.

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

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

⁷⁶ ATF 130 II 87, consid. 6.3.

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

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

⁷⁹ ATF 130 II 87.

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

C. Application des règles relatives au contrat de mandat

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

⁸⁰ BRULHART, *Procès*, p. 72 s.

⁸¹ REYMOND, p. 12.

⁸² BREHM, p. 6 ; POLTERA, p. 59.

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

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

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

D. Responsabilité

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

⁸⁴ REYMOND, p. 13.

⁸⁵ REYMOND, p. 13.

⁸⁶ REYMOND, p. 12.

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

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

E. Représentation en justice

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

⁸⁷ REYMOND, p. 13.

⁸⁸ REYMOND, p. 13.

⁸⁹ REYMOND, p. 13.

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

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

⁹⁰ BRULHART, *Réglementation*, p. 252.

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

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

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

⁹⁴ Comp. ATF 140 III 55.

⁹⁵ BOHNET/MARTENET, p. 418 N 959.

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

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

IV. Avocat indépendant et assuré

A. Généralités

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

⁹⁶ ATF 138 III 396.

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

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

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

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

B. Droit à un mandataire indépendant

1. Principe

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

⁹⁹ BREHM, p. 1 (II).

¹⁰⁰ REYMOND, p. 13.

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

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

¹⁰¹ DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁰² DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁰³ DUTOIT, p. 41 (II).

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

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

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

2. Personne du mandataire indépendant

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Choix de l'avocat

1. Principe

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

¹¹¹ BOHNET/MARTENET, p. 427 N 978.

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

¹¹³ BREHM, p. 1 (II).

¹¹⁴ BREHM, p. 1 (II).

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

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

¹¹⁵ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁶ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁷ DIDISHEIM, p. 118 s.

¹¹⁸ BREHM, p. 7.

¹¹⁹ BREHM, p. 1 (II).

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

2. Autorisation préalable de l'assureur

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

¹²⁰ DIDISHEIM, p. 118.

¹²¹ BREHM, p. 7.

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

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

¹²² DIDISHEIM, p. 118 ss.

¹²³ ATF 119 II 468, consid. 2c.

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

¹²⁵ DIDISHEIM, p. 118 s.

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

3. Proposition par l'assureur

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

¹²⁷ SCHMID, p. 68.

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

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

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

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

¹³⁰ ATF 139 II 173.

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

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

4. Indépendance de l'avocat

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

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

¹³² BRULHART, *Procès*, p. 68.

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

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

¹³⁴ ATF 123 I 193, consid. 4d à 4f.

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

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

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

D. Personne du mandat

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

¹³⁷ DIDISHEIM, p. 121.

¹³⁸ DIDISHEIM, p. 121.

¹³⁹ BRULHART, *Procès*, p. 65.

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

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

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

¹⁴¹ BREHM, p. 2 (II).

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

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

¹⁴⁴ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁵ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁶ BRULHART, *Procès*, p. 65 s.

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

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

¹⁴⁷ BREHM, p. 2 (II).

¹⁴⁸ REYMOND, p. 13 s.

¹⁴⁹ BRULHART, *Procès*, p. 66.

¹⁵⁰ REYMOND, p. 13 s.

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

E. Fin anticipée du mandat

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

¹⁵¹ BRULHART, *Procès*, p. 66.

¹⁵² POLTERA, p. 59.

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

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

V. Avocat indépendant et assureur

A. Généralités

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

¹⁵³ BREHM, p. 3 (II).

¹⁵⁴ BREHM, p. 3 (II).

¹⁵⁵ HODEL, p. 12.

B. Nature juridique de la relation

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

¹⁵⁶ REYMOND, p. 15.

¹⁵⁷ DUTOIT, p. 39 (II).

¹⁵⁸ Voir DIDISHEIM, p. 117.

¹⁵⁹ REYMOND, p. 15.

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

¹⁶⁰ REYMOND, p. 15.

¹⁶¹ REYMOND, p. 16.

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

¹⁶³ Du même avis : REYMOND, p. 16 ss.

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

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

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

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

¹⁶⁶ DIDISHEIM, p. 117.

¹⁶⁷ REYMOND, p. 16.

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

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

¹⁶⁸ REYMOND, p. 16.

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

¹⁷⁰ BERGMANN, p. 514 et les références.

¹⁷¹ TERCIER/PICHONNAZ, p. 397 N 1787.

¹⁷² TERCIER/PICHONNAZ, p. 396 N 1780.

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

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

C. Concurrence entre avocat et assurance de la protection juridique

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

¹⁷³ Comp. REYMOND, p. 17.

¹⁷⁴ REYMOND, p. 17.

¹⁷⁵ ATF 106 Ia 100.

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

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

¹⁷⁸ HODEL, p. 11.

¹⁷⁹ BRULHART, *Procès*, p. 63.

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

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

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

D. Honoraires

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

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

¹⁸² DIDISHEIM, p. 122.

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

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

¹⁸³ Comp. REYMOND, p. 16.

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

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

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

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

E. Interdiction du pactum de quota litis

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

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

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

¹⁸⁷ Comp. BRULHART, *Procès*, p. 68.

¹⁸⁸ DIDISHEIM, p. 121.

¹⁸⁹ ATF 123 I 193.

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

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

F. Secret professionnel

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

¹⁹⁰ DUTOIT, p. 48 s. (II).

¹⁹¹ REYMOND, p. 17.

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

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

¹⁹² DIDISHEIM, p. 123.

¹⁹³ REYMOND, p. 17.

¹⁹⁴ BOHNET/MARTENET, p. 761 N 1853.

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

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

G. Procédure en cas de divergences d'opinions

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

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

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

164. L'assureur ne peut naturellement pas fonder son refus de prise en charge sur la seule base d'un avis négatif quant aux chances de succès de la procédure à venir. Le pronostic doit se fonder sur des éléments objectifs. Les critères d'appréciation sont les mêmes que ceux qui prévalent lorsque le juge apprécie les chances de succès d'une procédure avant de prononcer l'octroi ou le refus de l'assistance judiciaire¹⁹⁷. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer cette opinion, en indiquant que ce qui est déterminant est de savoir si l'assuré aurait engagé la procédure s'il n'avait pas été au bénéfice d'une assurance de la protection juridique et, le cas échéant, que l'on puisse objectivement conclure au fait que les risques de perdre le procès soient *sensiblement* plus faibles que les chances de le gagner. Au travers de cet arrêt, notre Haute Cour a précisé que le procès n'est pas perdu d'avance si les arguments avancés par l'assuré vont à l'encontre de la jurisprudence. Par ailleurs, le fait qu'une prétention soit prescrite ne signifie pas nécessairement que le défendeur s'en prévaudra¹⁹⁸.
165. La procédure n'est pas obligatoire pour l'assuré qui peut aussi bien intenter un procès contre l'assureur sur ce point¹⁹⁹ ou ouvrir la procédure en dépit du refus de l'assureur. Dans ce dernier cas, si la personne assurée obtient un jugement plus favorable que la solution, motivée par écrit, qui lui avait été proposée par l'assureur ou au terme d'une procédure de divergences d'opinions, l'assureur doit alors prendre à sa charge les frais qui en découlent, dans la limite du montant maximum assuré (art. 169 al. 4 OS). La difficulté peut résider dans la

¹⁹⁶ Comp. REYMOND, p. 19.

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

¹⁹⁸ ATF 119 II 368, JdT 1996 I 274.

¹⁹⁹ ATF 119 II 368, JdT 1996 I 274.

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

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

H. Fin de la relation

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

VI. Conclusion

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

²⁰⁰ BREHM, p. 10 s.

²⁰¹ ATF 117 Ia 295.

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

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

Bibliographie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- KOCH LUDWIG, in : Henssler Martin/Prütting Hanns (édit.), *Bundesrechtsanwaltsordnung mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschafts-gesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln – Kommentar*, 2^e éd., Munich 2004 (cité : KOCH).
- KOENIG WILLY, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1967 (cité : KOENIG).
- KUHN MORITZ/MONTAVON PASCAL, *Droit des assurances privées*, Lausanne 1994 (cité : KUHN/MONTAVON).
- POLTERA DURI, *Der Rechtsschutzversicherungsvertrag und das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten in der Schadenabwicklung*, Saint-Gall 1999 (cité : POLTERA).
- REYMOND PHILIPPE, *L'avocat et l'assurance de protection juridique : quelques questions choisies*, Revue de l'avocat 2000, p. 11-21 (cité : REYMOND).
- SCHMID GIAN ANDREA, *Nur Wenige abgelehnt*, Plädoyer 4/2015 p. 68-69 (cité : SCHMID).
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich 2013 (cité : STAEHELIN).
- SÜSSKIND MARCEL, *Die Rechtsschutzversicherung*, Plädoyer 10/1992 p. 34-42 (cité : SÜSSKIND).
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Zurich 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ).
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).
- VIRET BERNARD, *De quelques aspects de l'assurance de la protection juridique*, in : *Mélange Assista*, Genève 1989, p. 361-381 (cité : VIRET, Assista).
- VIRET BERNARD, *La jurisprudence des tribunaux civils suisses en matière de contrat d'assurance de la protection juridique* in : Gmeiner Peter/Küng Rudolph/Viret Bernard (éd.), *Revue suisse d'assurances*, Berne/Frankfurt/Main 1998, p. 137-148 (cité : VIRET, Jurisprudence).
- WEBER ROLF H., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu Art. 110 – 113*, Berne 2002 (cité : BK OR-WEBER).