

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2015
Université de Fribourg

**Les relations entre la responsabilité
civile et les assurances privées**



Stämpfli Editions

Colloque du droit de la responsabilité civile 2015
Université de Fribourg

**Les relations entre la responsabilité civile et les assurances
privées**

Edité par

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

et

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2015
Université de Fribourg

**Les relations entre la responsabilité
civile et les assurances privées**

Jacques Baudois
Vincent Brulhart
Benoît Chappuis
Alexandre Guyaz
Fabrice Hiltbrunner
Alexis Overney
Vincent Perritaz
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

Sous la direction de
Franz Werro et Pascal Pichonnaz



Stämpfli Editions

© Stämpfli Verlag AG Bern

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, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2016

Réalisation intégrale:

Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2016

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-3036-3

ISBN Judocu 978-3-0354-1332-8

ISBN E-Book 978-3-7272-5950-0

L'assurance de protection juridique dans les dossiers de responsabilité civile

Alexandre Guyaz

*Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile
et droit des assurances*

Introduction	132
I. Le contrat d'assurance de protection juridique en général.....	132
<i>A. Notion</i>	<i>132</i>
<i>B. Risque assuré et sinistre</i>	<i>134</i>
<i>C. Les limites de couverture.....</i>	<i>136</i>
II. Les obligations de l'assuré	141
<i>A. Le paiement des primes</i>	<i>141</i>
<i>B. Les incombances.....</i>	<i>142</i>
1. Généralités	142
2. L'obligation de réduire le dommage	144
3. La levée du secret professionnel de l'avocat externe	146
4. L'abandon des dépens.....	149
III. Les obligations de l'assureur	150
<i>A. Les deux types de prestations</i>	<i>150</i>
<i>B. Le conseil et la conduite des négociations.....</i>	<i>151</i>
<i>C. La mise en œuvre d'un avocat externe.....</i>	<i>153</i>
1. La règle générale.....	153
2. L'exception de l'art. 167 OS.....	154
3. Les modalités de désignation de l'avocat.....	157
<i>D. La prise en charge des frais d'avocat avant procès</i>	<i>160</i>
<i>E. La garantie de couverture</i>	<i>162</i>
IV. La procédure en cas de divergence d'opinion.....	166
V. La prescription	169
Conclusion.....	170
Bibliographie.....	172

Introduction

L'avocat spécialisé en responsabilité civile n'a pas seulement affaire dans sa pratique à des assureurs RC, mais doit également collaborer régulièrement avec les assurances de protection juridique, dont l'utilité n'est plus à démontrer lorsqu'il s'agit pour le lésé d'obtenir réparation d'un dommage souvent très important. En effet, et plus spécialement lorsqu'il a été gravement atteint dans sa santé, le lésé est très souvent démuné, tant sur le plan juridique que financier, face à un adversaire expérimenté et déterminé à limiter le plus possible l'indemnité qu'il devra lui verser. Dans ces circonstances, l'existence d'une couverture de protection juridique est souvent un élément décisif pour obtenir une réparation équitable.

Le but du présent article n'est donc pas de proposer un nouvel essai sur les relations compliquées entre avocats et assureurs de protection juridique, mais davantage d'exposer, du point de vue de l'assuré, ce que celui-ci peut réellement attendre de son assurance de protection juridique et, inversement, ce que celle-ci est en droit d'exiger de lui en cas de sinistre. Nous nous concentrerons ainsi sur la relation entre l'assureur et l'assuré, soit sur le contrat d'assurance en tant que tel, davantage que sur le rôle et l'indépendance de l'avocat dans ce ménage à trois. Vu la pratique professionnelle de l'auteur et le contexte de cette publication, cette analyse abordera ce contrat d'assurance tout-à-fait particulier sous l'angle des litiges de responsabilité civile, domaine couvert en principe sans restriction par les assureurs actifs sur le marché suisse. Le droit de la RC est même en pratique au centre des contrats proposant une couverture limitée à la circulation routière, qui constitue le berceau de ce type d'assurance dans notre pays¹.

I. Le contrat d'assurance de protection juridique en général

A. Notion

S'il ne fait aucun doute que le contrat d'assurance de protection juridique est un contrat d'assurance privée soumis comme tel à la Loi sur le contrat

¹ Voir DIDISHEIM, p. 115 ; LUTERBACHER, p. 1312.

d'assurance (LCA)², force est de constater qu'il est réglé en Suisse essentiellement dans un cadre de droit public, à savoir l'art. 32 de la Loi sur la surveillance des entreprises d'assurances (LSA)³ et les art. 161 à 170 de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS)⁴. Parmi ces dispositions réglementaires, la plupart s'adresse en réalité aux parties au contrat de protection juridique⁵, et limite à cet égard leur autonomie quant au contenu de ce contrat d'assurance. On déduira pour notre part de cette curieuse systématique que le contrat en question a d'emblée suscité chez le législateur des craintes particulières quant aux conflits d'intérêts susceptibles de découler de ce type de couverture⁶.

L'art. 161 OS prévoit que par un contrat d'assurance de la protection juridique, l'entreprise d'assurance assume, contre 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. Il s'agit donc pour l'assureur de garantir son client contre le préjudice économique résultant du besoin d'assistance juridique⁷. Un tel contrat constitue ainsi une assurance de patrimoine⁸. On constatera d'emblée que la prestation de l'assureur ne se limite pas à la prise en charge des frais découlant d'un litige, mais qu'il peut s'acquitter de son obligation en fournissant lui-même des services juridiques à son assuré ; nous aurons l'occasion d'y revenir⁹.

A la différence du contrat d'assurance de responsabilité civile, l'assurance de protection juridique ne prend pas en charge les dommages-intérêts que l'assuré peut être amené à payer à un tiers. La couverture se limite donc à

² RS 221.229.1 ; LUTERBACHER, p. 1316 ; FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 73.

³ RS 961.01, du 17 décembre 2004.

⁴ RS 961.011, du 9 novembre 2005.

⁵ BSLK-FUHRER, ch. 4 ad art. 32 LSA.

⁶ Voir WEBER/UMBACH, p. 170. L'objet principal de l'actuel art. 32 LSA est de n'autoriser l'exploitation de l'assurance de protection juridique active que par l'intermédiaire d'institutions d'assurance ne pratiquant pas d'autres branches (VIRET, p. 366). La « petite spécialisation » n'est pas imposée de façon absolue, mais les conditions posées par la loi aux assureurs désireux de pratiquer également d'autres branches de l'assurance sont telles qu'elle est devenue la règle sur le marché (LUTERBACHER, p. 1318). Le conflit d'intérêts redouté en premier lieu concerne en bonne logique l'assurance de responsabilité civile (BSLK-FUHRER, ch. 17 ad art. 32 LSA).

⁷ BREHM, fiche 570, p. 2. Pour d'autres variantes de cette définition, voir BRULHART (Procès civil), p. 63-64.

⁸ BRULHART (Procès civil), p. 69.

⁹ Voir plus bas, p. 150.

la mise en œuvre et la défense des droits de l'assuré¹⁰. Par ailleurs, un tel contrat se distingue d'un mandat général portant sur des conseils juridiques réguliers en ce sens où il ne permet d'obtenir une prestation que si un certain risque s'est réalisé¹¹.

B. Risque assuré et sinistre

En matière de protection juridique, le risque assuré est le besoin d'assistance juridique¹², ou en d'autres termes l'éventualité que l'assuré doive un jour supporter des frais en raison d'un litige juridique et puiser ainsi dans son patrimoine¹³. En bonne logique, il y aura donc un sinistre au moment où ce risque se réalise, et qu'apparaît un besoin d'assistance juridique¹⁴. Toute la difficulté consiste à définir quand ce besoin se concrétise suffisamment pour que l'assuré puisse solliciter l'intervention de l'assureur. Ainsi Viret est-il d'avis que le risque de protection juridique se situe à la limite de l'assurabilité, puisque la ligne de partage entre la couverture d'un risque de nature patrimoniale et la simple fourniture de services juridiques est difficile à tracer, et que cette assurance pourrait selon certains devenir une sorte de « contrat d'abonnement de consultation juridique »¹⁵.

La question est d'une importance pratique indéniable, notamment en ce qui concerne la couverture d'un sinistre sur le plan temporel, la prestation de l'assureur n'étant due que si le sinistre est survenu pendant la durée du contrat. Il s'agit alors de déterminer le plus précisément possible à partir de quel moment le « besoin d'assistance juridique » est suffisamment concret pour que l'assuré puisse exiger la prestation de l'assureur, sachant qu'un litige est le plus souvent le résultat d'une chaîne de plusieurs causes partielles¹⁶.

A cet égard, la doctrine considère qu'en matière de protection juridique, le risque assuré est nécessairement un risque en deux phases (*Stufengefahr*),

¹⁰ LUTERBACHER, p. 1314.

¹¹ REYMOND, p. 12.

¹² VIRET, p. 378 ; BREHM, fiche 570, p. 3.

¹³ LUTERBACHER, p. 1325.

¹⁴ ATF 119 II 468, c. 2c.

¹⁵ VIRET, p. 379.

¹⁶ LUTERBACHER, p. 1332.

dans ce sens où il convient de distinguer le risque primaire et le risque consécutif. Le premier est l'action, l'omission ou la déclaration de volonté qui déclenche le litige, alors que le second est le besoin de protection juridique en tant que tel. Ce n'est que lorsque le risque consécutif se réalise que le sinistre peut être considéré comme survenu¹⁷. Néanmoins, la couverture dudit sinistre ne sera accordée en principe dans cette approche que si le risque primaire et le risque consécutif sont survenus après l'entrée en vigueur du contrat, et la plupart du temps après un certain délai d'attente¹⁸.

En responsabilité civile, l'identification du risque primaire est relativement aisée : il s'agit de l'accident ou de l'acte illicite en général qui fonde l'action en responsabilité du lésé¹⁹. En droit des assurances, on se fondera en principe sur l'événement qui déclenche le droit aux prestations, tel que l'accident ou le début de l'incapacité de travail²⁰. Par ailleurs, comme l'assuré ne peut pas en principe prévoir qu'il sera prochainement victime d'un accident, la plupart des acteurs du marché renoncent à imposer en pareil cas un délai d'attente à leurs clients et couvrent les litiges qui découlent des accidents survenus immédiatement après l'entrée en vigueur du contrat. La pratique est plus variable en ce qui concerne les litiges d'assurances.

La question plus délicate de l'intensité du besoin de protection juridique est parfois réglée dans les conditions générales par le renvoi à la notion de *litige*²¹. Il est en effet indéniable que l'assuré a besoin d'un soutien juridique concret lorsque survient un litige ouvert, reconnaissable pour les parties²² ou quand, en d'autres termes, un conflit entre l'assuré et un tiers

¹⁷ BSLK-FUHRER, ch. 7 ad art. 32 LSA.

¹⁸ LUTERBACHER, p. 133. Voir par exemple l'art. A8 ch. 1 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014 : « *Un cas juridique est assuré lorsque sa cause ou l'événement déclencheur et le besoin de protection juridique sont survenus pendant la durée du contrat applicable au risque concerné, au plus tôt cependant après l'expiration du délai d'attente* ».

¹⁹ Voir par exemple l'art. 28.2 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013 : « *En ce qui concerne les prétentions en dommages-intérêts et les prestations d'assurances, est considérée comme cause : a) en cas de lésions corporelles : le fait justifiant les prétentions (accident, maladie) ; b) en cas de dommages matériels ou patrimoniaux : l'évènement dommageable* ».

²⁰ Une telle définition se retrouve par exemple à l'art. 7.1 lit. b des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011.

²¹ Art. 2 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

²² Dans ce sens : LUTERBACHER, p. 1335.

apparaît comme inévitable²³. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'en matière de responsabilité civile, le besoin de soutien existe la plupart du temps déjà à un stade antérieur, soit lorsque l'assuré subit un acte dommageable, et qu'un préjudice en découle ou en découlera vraisemblablement. Il y a donc un *besoin de protection juridique* même dans les cas où le responsable et son assureur admettent leur responsabilité de principe et règlent les premiers frais. En effet, si l'assuré peut sans doute lui-même reconnaître qu'il a subi un dommage, il n'est pas nécessairement en mesure d'évaluer correctement celui-ci, un tel calcul nécessitant souvent des connaissances juridiques pointues. C'est précisément là qu'il a besoin du soutien de la part de son assureur, à qui il appartient d'évaluer ou de faire évaluer le dommage. En résumé, lorsqu'un assuré subit un préjudice dont il est en droit de réclamer réparation, il y a d'emblée un litige²⁴, même s'il n'y a pas concrètement de désaccord sur la façon de le régler. Dans cette perspective, il est sans doute plus correct de prévoir dans le contrat que l'assureur intervient dès qu'on lui annonce un *cas juridique*²⁵, quitte à considérer ensuite qu'aucune intervention active de sa part n'est utile, non pas parce qu'il n'y a pas de sinistre, mais que celui-ci relève du cas bagatelle en termes de mesures à prendre ou de conseils à donner.

C. Les limites de couverture

Non seulement la couverture d'un sinistre de protection juridique ne sera accordée que si celui-ci est survenu pendant la durée du contrat, mais il faudra encore qu'il entre dans les limites personnelles, matérielles et géographiques convenues par les parties. A cet égard, celles-ci jouissent d'une large autonomie²⁶ et tous les assureurs actifs sur le marché fixent des limites relativement précises à leur intervention dans le cadre de leurs conditions générales²⁷.

Sur le plan personnel, le cercle des personnes assurées devra être défini précisément dans le contrat, surtout dans la mesure où les parties souhaitent étendre la couverture à d'autres personnes que le preneur d'assurance

²³ BRULHART (Assurances privées), p. 391.

²⁴ Dans ce sens, voir l'art. B2 des CGA Orion Private, éd. 01/2011.

²⁵ Voir par exemple l'art. 5.1 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011.

²⁶ LUTERBACHER, p. 1348.

²⁷ Voir à ce sujet : GROLIMUND, p. 344 ss.

lui-même. Très souvent, ce dernier pourra choisir entre une couverture individuelle et une couverture familiale, qui étend le bénéfice de la couverture aux proches du preneur, selon par exemple qu'ils font ménage commun avec lui²⁸ ou qu'ils occupent son véhicule²⁹. On a alors affaire à une assurance pour propre compte du preneur et pour compte d'autrui, qui accorde à tous les assurés un droit direct contre l'assureur pour obtenir l'exécution du contrat³⁰.

La délimitation *ratione loci* de la couverture d'assurance pose rarement problème, sous réserve de l'interprétation d'une clause contractuelle peu claire. Les assureurs se réfèrent souvent à cet égard non seulement au lieu où le sinistre est survenu, mais également au for, au droit applicable et au caractère exécutable d'un éventuel jugement au lieu considéré, ces conditions étant la plupart du temps cumulatives³¹. Une autre solution consiste à prévoir une couverture territoriale plus ou moins étendue selon les domaines concernés³². On mentionnera également la solution originale de Dextra, qui prévoit une couverture territoriale des procédures judiciaires variant en fonction du taux de corruption estimé par une organisation non-gouvernementale³³. Exprimant sans doute une volonté louable d'étendre la

²⁸ Par exemple l'art. 1.1 des CGA DAS pour particuliers, éd. 2015, qui inclut dans le cercle des assurés *a) le preneur et toute personne vivant durablement en ménage commun avec lui, b) les enfants qui ne font pas ménage commun avec lui, tant qu'ils sont mineurs ou en formation et sont à la charge du preneur ou de son partenaire, c) les mineurs temporairement sous la garde d'une personne assurée et d) les employés de maison pour les suites d'un accident de travail survenu pendant la durée de leur activité.*

²⁹ Par exemple l'art. 2 des CGA Assista pour la protection juridique circulation, éd. 2013, inclut dans les personnes assurées « *les passagers des véhicules conduits par l'assuré, domiciliés en Suisse et transportés gratuitement* ».

³⁰ BREHM, fiche 570, p. 3.

³¹ A titre d'exemple on citera l'art. 6.2 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011 : « *La couverture UE/EEE est applicable pour les cas juridiques survenant en Suisse et dans les Etats membres de l'UE ou de l'EEE, à condition que le for juridique compétent pour la défense des intérêts de l'assuré se situe dans ces pays, que le droit communautaire ou national de l'un de ces pays soit applicable et que le jugement y soit exécutable* ».

³² Voir à cet égard l'art. 9 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013, qui prévoit une couverture dans le monde entier pour ce qui est des litiges dans le domaine de la responsabilité civile notamment, mais limitée à la Suisse en matière de droit des assurances sociales et de droits réels.

³³ Art. 6b) des CGA Dextra P 2015, qui prévoit que les procédures devant les tribunaux et les autorités administratives sont assurées uniquement dans les pays qui, au moment de l'annonce du sinistre, figurent aux degrés situés entre 3.5 et 7 de l'actuel index de

couverture d'assurance partout où cela est raisonnablement exigible, une telle façon de faire présente à n'en pas douter le défaut d'être peu prévisible pour l'assuré, qui risque en tout temps de perdre la couverture dans un pays où il se rend fréquemment, sans qu'il ne puisse influencer d'une façon ou d'une autre sur cette adaptation automatique de son contrat. Ce type de clause est sans doute admissible, puisqu'il revient finalement à exclure de la couverture les procès présumés dénués de toute chance de succès en raison d'un système judiciaire défaillant. Cela nous amène à la conclusion que, compte tenu des circonstances particulières du sinistre et sur la base cas échéant d'une expertise neutre, un assureur est sans doute en droit de refuser la prise en charge d'une procédure prévue dans un pays déterminé, alors même que l'assuré est au bénéfice d'une couverture mondiale, au motif qu'il n'existe pas de chances raisonnables d'obtenir un jugement ou son exécution dans le pays en question, sous réserve naturellement d'éventuels modes alternatifs de règlement du litige.

Les limitations les plus importantes en pratique sont sans aucun doute celles ayant trait aux types de litiges assurés, puisque c'est ainsi que l'assureur de protection juridique définit le produit qu'il entend offrir et fixe *l'étendue matérielle* de la couverture d'assurance³⁴.

a) Dans presque tous les cas, les conditions générales définissent d'abord d'un point de vue positif les litiges assurés, sous l'angle des domaines du droit qui sont couverts d'une part, et sous l'angle de la qualité que doit occuper la personne assurée d'autre part. Ainsi, un cas juridique ne sera couvert que s'il se trouve simultanément dans les deux cercles de couverture prévus par le contrat. Par exemple, auprès de plusieurs assureurs, alors que les conflits de responsabilité civile portant sur l'indemnisation d'un dommage corporel sont en principe couverts sous l'angle des domaines pris en charge, un assuré ne bénéficiera néanmoins pas de la couverture de protection juridique privée s'il a subi ce préjudice corporel en qualité de conducteur d'un véhicule. Il lui faudra pour ce faire être au bénéfice de la couverture circulation offerte par l'assureur en question³⁵. Il y a ainsi souvent une certaine

Judicial Independence selon Transparency International. Au début du mois de février 2016, ce critère excluait plusieurs Etats membres de l'Union Européenne, tels que la Bulgarie, la Croatie, la Grèce, la Lituanie, la Roumanie et la Slovaquie, ainsi que des pays comme le Mexique, l'Argentine, la Russie ou la Turquie.

³⁴ Voir à ce sujet LUTERBACHER, p. 1348-1349.

³⁵ Voir par exemple l'art. 3 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011, qui ne couvre pour un tel cas que les piétons et les passagers de tout moyen de

fragmentation des activités prises en charge, qui correspond à une volonté commerciale de la part de l'assureur de cibler un groupe bien précis de clients, tels que les particuliers, les automobilistes ou les entreprises. On relèvera ici que ces couvertures segmentées se recoupent parfois : ainsi, auprès de certains assureurs, un piéton victime d'un accident de la circulation bénéficiera de la couverture de son assurance de protection juridique aussi bien dans le cadre du module « protection privée » que du module « protection circulation »³⁶.

- b) Toutes les conditions générales présentes sur le marché contiennent par ailleurs une délimitation négative de la couverture d'assurance, sous formes d'exclusions de couverture au sens de l'art. 33 LCA. Cette disposition stipule que « *l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque* ». Ainsi, une clause contractuelle équivoque sera interprétée au détriment de l'assureur³⁷. Selon la jurisprudence, pour déterminer si une clause d'exclusion satisfait aux exigences de clarté et de précision, il convient de se référer au sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés. De manière générale, une clause d'exclusion doit être interprétée restrictivement³⁸. En matière de protection juridique, sont régulièrement exclus les litiges relevant de la sphère professionnelle ou de contrats présumés trop complexes. Sont également exclus de la couverture d'assurance les litiges entre deux personnes assurées dans le cadre de la même police, ceux résultant d'une attitude provocatrice de l'assuré, ou encore les litiges contre l'assureur lui-même³⁹. Sont également dans pratiquement tous les cas exclus les litiges opposant l'assuré à un avocat ou à un expert mandaté dans un cas assuré. Certaines conditions générales limitent cette exclusion aux

transport, alors que l'art. 3a des CGA Assista pour la protection juridique circulation, éd. 2013, prévoit expressément la couverture en faveur des conducteurs autorisés de n'importe quel véhicule à moteur.

³⁶ Voir l'art. 3e des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011, et l'art. 3d des CGA Assista pour la protection juridique circulation, éd. 2013.

³⁷ BRULHART (Assurances privées), p. 133. Pour des exemples, voir ATF 122 III 118 c. 2a ; ATF 119 II 368 c. 4b ; ATF 118 II 342 c. 1a ; ATF 116 II 189 c. 2a.

³⁸ ATF 118 II 342 c. 1a ; ATF 116 II 189 c. 2a.

³⁹ Pour une brève description de ces différentes clauses d'exclusion, voir LUTERBACHER, p. 1352 ss.

avocats mandatés ou désignés par l'assureur⁴⁰, alors que d'autres l'étendent à l'ensemble des avocats mandatés dans un cas juridique assuré⁴¹. Dans ce second cas de figure, l'exclusion surprend, sachant qu'elle revient *de facto* à exclure de la couverture le droit de la responsabilité de l'avocat. Dans la mesure où ce dernier n'a pas été imposé par l'assureur, mais choisi librement par l'assuré, on voit mal quel conflit d'intérêts ou quelle autre circonstance empêcheraient la prise en charge d'un tel sinistre. Ce type de litige n'est par ailleurs pas en soi particulièrement complexe, et ne nécessite en principe pas l'intervention d'un expert, comme c'est le cas par contre en matière de responsabilité médicale, un domaine couvert en principe sans restriction.

Il convient de mentionner encore les *limites financières* que fixent nécessairement tous les contrats aux prestations d'assurances. En pratique, la somme d'assurance oscille entre 250'000 et 500'000 francs selon les contrats⁴². Il arrive également que cette somme varie en fonction du lieu de survenance du sinistre, respectivement du for applicable⁴³. Très souvent également, les conditions générales prévoient des limites vers le bas, afin d'exclure de la couverture les cas bagatelle⁴⁴.

⁴⁰ Voir par exemple l'art. D2.10 des CGA Orion Private, éd. 01/2011 ; art. 24b des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

⁴¹ Voir par exemple l'art. A7.12 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014.

⁴² LUTERBACHER, p. 1351.

⁴³ Voir par exemple l'art. B2 des CGA Orion Private, éd. 01/2011.

⁴⁴ Voir par exemple l'art. A6.1 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014 : « *Si la valeur litigieuse au civil est inférieure ou égale à 300 CHF, la personne assurée ne peut prétendre qu'à un seul et unique conseil juridique de la part d'AXA-ARAG* ».

II. Les obligations de l'assuré

A. Le paiement des primes

Dans tout contrat d'assurance, la prime est un élément essentiel du contrat. Elle constitue le prix que le preneur d'assurance est tenu de payer à l'assureur en contrepartie de la couverture que ce dernier lui garantit. Elle doit être déterminée ou déterminable⁴⁵. En matière de protection juridique, les assureurs relèvent fréquemment que leurs primes sont particulièrement modiques, dans ce sens où la prime annuelle correspond dans les grandes lignes au prix d'une heure d'avocat⁴⁶. Même s'il faut sans doute compter plutôt l'équivalent d'une heure et demie à deux heures selon les régions, la comparaison n'est en soi pas abusive. Ainsi, si l'on admet qu'un litige de responsabilité civile impliquant des lésions corporelles d'une certaine gravité et une intervention modeste auprès des assureurs sociaux nécessitera au moins 15 heures de travail de la part d'un avocat, force est de constater qu'un tel cas coûte l'équivalent de 10 ans de primes environ. Si l'on tient compte encore d'une procédure, c'est sans doute 30 ans de primes au moins qui seront absorbés par ce sinistre. Il est donc incontestable que, en état actuel du marché et nonobstant de nombreuses limites de couverture, l'assurance de protection juridique permet à une large part de la population d'accéder à une justice de plus en plus chère, notamment en matière de dommages corporels, lesquels impliquent souvent d'importantes valeurs litigieuses et des lésés par définition fragilisés sur le plan financier.

Il convient de mentionner encore à propos du prix de l'assurance de protection juridique que l'art. 170 OS fait interdiction à l'assureur de se faire promettre une part du gain ou de l'économie qu'il procurerait à la personne assurée. L'assureur qui agirait de la sorte commettrait un abus de droit⁴⁷ et ne saurait dès lors se prévaloir de cet engagement. Il va de soi que l'avocat n'est pas concerné par cette interdiction, mais il reste soumis en la matière à l'art. 12 lit. e LLCA, qui lui interdit, avant la conclusion d'une affaire, de passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire ; il ne

⁴⁵ BRULHART (Assurances privées), p. 228.

⁴⁶ LUTERBACHER, p. 1352-1353.

⁴⁷ BSLK-FUHRER, ch. 64 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1344.

peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès⁴⁸.

B. Les incombances

1. Généralités

Lorsqu'un sinistre survient, le preneur ou l'ayant-droit doivent respecter un certain nombre de règles de comportement, qui découlent soit de la loi, soit du contrat. Dans le droit général des assurances privées, entrent principalement en considération l'interdiction de changements (art. 68 LCA), le devoir d'annonce (art. 38 LCA), le devoir de renseigner (art. 39 LCA), le devoir de collaborer à l'évaluation du dommage (art. 67 LCA) et l'obligation de diminuer le dommage (obligation de sauvetage ; art. 61 LCA)⁴⁹. On parle alors d'incombances (*Obliegenheiten*), terme qui désigne le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique. Il ne s'agit pas d'une obligation au sens technique, puisque celui qui refuse ou omet d'agir ne peut y être contraint par voie judiciaire ; il perdra en revanche le bénéfice de certains droits⁵⁰. Alors que, dans le système général du droit des obligations, il se peut que celui qui viole une incombance puisse être tenu à réparer le préjudice subi par l'autre partie⁵¹, la question est controversée en matière d'assurance privée⁵². Plus précisément, certains auteurs réservent ce terme aux devoirs de degré inférieur dont la violation ne peut donner lieu à des dommages intérêts. Ainsi, Fuhrer distingue-t-il les incombances des **devoirs accessoires** (*Nebenpflichten*), lesquels ne peuvent pas non plus fonder une action en justice, mais dont la violation implique la réparation du dommage causé⁵³. Dans le contrat d'assurance, la conséquence première de la violation d'une incombance est le droit pour l'assureur de refuser ou réduire sa prestation. Il ne demandera ainsi pas à proprement parler de dommages-intérêts, lesquels

⁴⁸ Cette interdiction du *pactum de quota litis* ne touche cependant pas le *pactum de palmario*, qui prévoit une prime de résultat sans dispenser le client de tout honoraire en cas d'échec ; voir à ce sujet notamment CHAPPUIS, Tome I, p. 158 ss.

⁴⁹ LUTERBACHER, p. 1357.

⁵⁰ TERCIER/PICHONNAZ, p. 72.

⁵¹ TERCIER/PICHONNAZ, p. 73.

⁵² Voir notamment : VVG-BSLK-NEF, ch. 4 ad art. 45 LCA ; MAURER, p. 303.

⁵³ FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 263 ss.

lui sont en quelque sorte versés sous forme de réduction de sa propre prestation⁵⁴.

Que l'on admette ou non l'existence de cette créance en dommages-intérêts, qui serait éteinte par voie de compensation, la principale question pratique est de déterminer quelles conditions doit remplir la violation de l'incombance prévue par la loi ou le contrat pour permettre un refus ou une réduction des prestations d'assurance. En d'autres termes, une telle sanction est-elle subordonnée à la réalisation des conditions usuelles posées par la loi pour la réparation d'un dommage, à savoir précisément l'existence d'un dommage, d'un lien de causalité et d'une faute ? Concernant ce dernier élément, il convient de mentionner l'art. 45 al. 1 LCA, qui prévoit que, lorsqu'une sanction a été stipulée pour le cas où le preneur d'assurance ou l'ayant-droit violerait l'une de ses obligations, cette sanction n'est pas encourue s'il résulte des circonstances que la faute n'est pas imputable au preneur ou à l'ayant-droit. Ainsi, la violation d'une incombance ne peut déboucher sur une sanction que si elle a été commise fautivement. Selon la doctrine dominante, c'est à l'assuré ou à l'ayant-droit d'apporter la preuve qu'il n'a pas commis de faute⁵⁵. Cette même doctrine estime que la faute légère suffit pour que la sanction prévue par la loi ou le contrat s'applique⁵⁶. Or, Schaer relève fort pertinemment que si, en vertu de l'art. 14 al. 2 LCA, l'assureur ne peut réduire sa prestation que si l'ayant-droit a causé le sinistre par une faute grave, la même limitation doit nécessairement valoir en matière d'incombances⁵⁷. A tout le moins en ce qui concerne la violation de l'obligation de diminuer le dommage (art. 61 LCA), le Tribunal fédéral considère lui aussi qu'il existe une similitude entre une telle violation et le fait de causer fautivement le dommage. Il étend donc à la violation de cette incombance les principes de l'art. 14 LCA et n'admet un refus pur et simple des prestations qu'en cas de dol, et une réduction qu'en cas de faute grave⁵⁸.

⁵⁴ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 93. Contra : MAURER, p. 305, qui voit davantage dans le respect de l'incombance une simple condition à l'exécution de la prestation d'assurance.

⁵⁵ VVG-BSLK-NEF, ch. 13 ad art. 45 LCA ; MAURER, p. 308-309.

⁵⁶ VVG-BSLK-NEF, ch. 12 ad art. 45 LCA.

⁵⁷ SCHAER, p. 593-594.

⁵⁸ ATF 128 III 34 c. 5c ; arrêt 5C.18/2006 du 18 octobre 2006, c. 7.1. Certains auteurs doutent que cette jurisprudence soit applicable en matière d'assurances de dommage ; voir VVG-BSLK-NACHF.BD.-SÜSSKIND, ch. 25 ad art. 61 LCA ; LUTERBACHER, p. 1369.

En ce qui concerne la causalité, cette question doit être examinée séparément pour chaque incombance, qu'elle soit légale ou contractuelle⁵⁹. De façon générale, la jurisprudence considère que l'art. 45 LCA ne pose pas d'exigence de causalité, si bien que les parties sont libres de prévoir que la violation fautive d'une incombance entraînera la réduction ou la suppression des prestations même si elle n'a causé aucun dommage à l'assureur. Lorsque le contrat ne dit rien sur ce point, l'exigence d'un dommage et d'un lien de causalité entre ce dommage et la violation fautive des obligations contractuelles n'est pas présumée⁶⁰. Si cette façon de voir correspond sans doute à la lettre de la loi, il n'en demeure pas moins qu'elle peut déboucher sur un résultat particulièrement sévère pour l'assuré. Il conviendra dès lors d'examiner avec soin dans quelle mesure l'assureur ne viole pas les règles de la bonne foi en se prévalant du non-respect d'une incombance par son assuré⁶¹.

En matière de protection juridique, la plupart des incombances incorporées dans les conditions générales sont identiques à celles prévues dans les autres branches de l'assurance privée. Nous nous limiterons ci-dessous à examiner brièvement quelques clauses propres à ce type de contrat.

2. *L'obligation de réduire le dommage*

En droit des assurances privées, une incombance centrale est l'obligation de réduire le dommage une fois le sinistre survenu. L'art. 61 al. 1 LCA prévoit à cet égard que l'ayant-droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. S'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre. Il va de soi que ce devoir implique également celui de se conformer aux instructions reçues⁶². Dans la plupart des cas, cette obligation est concrétisée par les conditions contractuelles, qui définissent plus en détail le comportement que doit adopter l'ayant-droit pour réduire l'ampleur du sinistre, ce par quoi il faut comprendre les frais et prestations découlant du besoin de soutien juridique. Ainsi, les conditions générales d'assurance prévoient très souvent que l'assuré ne peut pas, sauf urgence, mandater un avocat,

⁵⁹ MAURER, p. 308 ; voir aussi VVG-BSLK-NEF, ch. 16 ad art. 45 LCA.

⁶⁰ Arrêt 4A_349/2010 du 29 septembre 2010, c. 4.2. Contra : FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 268 ; SCHAER, p. 599.

⁶¹ Voir VVG-BSLK-NEF, ch. 16 ad art. 45 LCA.

⁶² LUTERBACHER, p. 1367.

introduire une procédure, conclure une transaction ou déposer un quelconque recours⁶³. Il revient donc à l'assureur le soin d'analyser la situation et de proposer les mesures à prendre. Toujours dans une optique de réduction des coûts, nombre d'assureurs prévoient expressément que la défense des intérêts de l'assuré leur est directement confiée⁶⁴, ou que le litige doit tout d'abord faire si possible l'objet d'une tentative de transaction, voire de médiation⁶⁵. Nous reviendrons plus loin sur les cas dans lesquels l'assuré peut exiger que le dossier soit confié à un avocat externe⁶⁶.

La conduite des négociations, respectivement du procès, par l'assureur a néanmoins ses limites en matière d'assurance de protection juridique. En effet, dans la mesure où il mène lui-même les pourparlers, l'assureur est lié par un devoir de diligence envers son assuré, par analogie avec les règles sur le mandat⁶⁷. L'assuré a donc son mot à dire dans la défense de ses intérêts et peut de façon générale donner ses instructions à l'assureur. Ce dernier ne peut ainsi pas décider seul et selon son bon vouloir du sort du litige ; tout au plus a-t-il un droit de veto⁶⁸. Les choses ne sont en soi pas différentes lorsqu'un avocat externe est mandaté. Dans la règle, le mandat est donné par l'assuré lui-même, et seul ce dernier est habilité à donner des instructions. Il doit ce faisant néanmoins respecter son devoir de réduire le dommage⁶⁹. Dans cette perspective, l'assuré n'est pas, vis-à-vis de l'assureur, totalement libre de ses décisions en ce qui concerne une éventuelle transaction. En effet, un tel accord porte en général également sur la question des frais et, en cas de procédure, des dépens. Les intérêts de l'assureur peuvent donc être lésés par une conciliation dans la mesure où celle-ci laisserait à la charge de l'assuré, respectivement de son assureur de protection juridique, des frais qui devraient être en principe pris en charge par la partie adverse⁷⁰. Ce danger est particulièrement concret en

⁶³ Voir par exemple l'art. 7b des CGA Dextra P 2015.

⁶⁴ Voir par exemple l'art. 16 ch. 1 des CGA DAS pour particuliers, éd. 2015.

⁶⁵ Art. 2 des CGA Orion Private, éd. 01/2011 : « *Orion détermine la marche à suivre conformément aux intérêts de l'assuré. Elle conduit, le cas échéant, les pourparlers en vue d'un règlement amiable du cas et propose dans les cas appropriés une médiation. (...)* ».

⁶⁶ Voir plus bas, p. 13.

⁶⁷ LUTERBACHER, p. 1369. A ce sujet, voir plus bas, p. 151.

⁶⁸ LUTERBACHER, p. 1369.

⁶⁹ FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 488 ; LUTERBACHER, p. 1368.

⁷⁰ LUTERBACHER, p. 1369-1370.

matière de responsabilité civile, puisque les frais d'avocat même avant une éventuelle procédure constituent un dommage à la charge du responsable⁷¹. Pour cette raison, concrétisant ainsi le devoir général de réduire le dommage, la plupart des assureurs prévoient dans leurs conditions générales que leur accord préalable à une transaction est nécessaire s'il en découle pour eux une quelconque obligation⁷². Cette dernière précision est sans doute inutile. En effet, une conciliation qui n'implique aucun frais pour l'assureur ne viole par définition pas l'obligation de l'assuré de réduire son dommage ; on ne peut dès lors pas exiger de sa part qu'il requiert au préalable l'accord de l'assurance de protection juridique. Cette liberté doit être par exemple manifestement admise dans les cas de responsabilité civile lorsque la transaction met à la charge de la partie adverse l'intégralité des frais d'avocat et des éventuels frais d'expertise avancés par l'assureur de protection juridique.

En cas de violation fautive du devoir de réduire le dommage, l'art. 61 al. 2 LCA prévoit que l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. La violation en question doit donc être la cause adéquate de dépenses supplémentaires au détriment de l'assureur⁷³. Cette disposition n'est cependant pas de droit impératif, et le contrat peut prévoir une sanction plus sévère, sous réserve de la règle impérative de l'art. 45 al. 1 LCA, en vertu de laquelle une telle sanction n'est possible qu'en cas de faute de l'assuré⁷⁴.

3. *La levée du secret professionnel de l'avocat externe*

Dans pratiquement tous les cas, les conditions générales d'assurance prévoient en substance que l'assuré est tenu de délier son avocat du secret professionnel à l'égard de l'assureur, et de l'autoriser à informer ce dernier sur l'évolution du cas et à mettre à sa disposition les pièces principales du dossier⁷⁵. Il s'agit là d'un aspect particulier de l'obligation générale de l'assuré de renseigner son assureur en cas de sinistre au sens de

⁷¹ WERRO, p. 298.

⁷² Voir par exemple l'art. 12 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011.

⁷³ MAURER, p. 346 ; VVG-BSLK-HÖNGER/SÜSSKIND, ch. 26 ad art. 61 LCA.

⁷⁴ LUTERBACHER, p. 1368 ; VVG-BSLK-HÖNGER/SÜSSKIND, ch. 29 ad art. 61 LCA.

⁷⁵ Voir par exemple l'art. 13 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011.

l'art. 39 al. 1 LCA⁷⁶. La jurisprudence considère en effet que cette disposition légale ne règle pas exhaustivement la question des renseignements que peut exiger l'assureur pour déterminer l'ampleur du sinistre, et que les parties sont libres de préciser ce devoir de l'assuré au moyen d'incombances contractuelles⁷⁷. Dans ce contexte, la levée du secret professionnel, tout comme la transmission directe d'informations par l'assuré, ne peut être exigée de ce dernier que dans la mesure où les renseignements à fournir sont nécessaires à l'évaluation des prestations dues par l'assureur⁷⁸. S'applique par ailleurs au traitement des données récoltées par l'assureur l'art. 4 al. 2 LPD, qui impose au maître du fichier le respect des principes de la bonne foi et de la proportionnalité⁷⁹. Cette disposition laisse malgré tout une certaine marge d'appréciation à l'assureur pour déterminer quels sont les renseignements qui *peuvent servir* à la gestion du sinistre au sens de l'art. 39 al. 1 LCA⁸⁰.

Il convient de mentionner à ce sujet l'art. 168 OS, qui prévoit que la disposition contractuelle par laquelle l'assuré s'engage à délier son mandataire du secret professionnel à l'égard de l'assureur de protection juridique 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. Contrairement à l'impression que peut donner cette disposition à la première lecture, celle-ci n'a pas pour objet ni pour effet de restreindre l'obligation de renseigner mise à la charge de l'assuré par la loi ou des conditions générales. On peut donc admettre que sous cet angle précis, l'art. 168 OS n'a pas de portée autonome⁸¹. En réalité, l'objectif de cette disposition est d'amener l'avocat à attirer l'attention de son client sur les risques que peut représenter pour ce dernier la transmission à l'assureur de certaines informations. Ainsi, dans les cas prévus par l'art. 168 OS, le mandataire de l'assuré ne pourra pas, comme à l'accoutumée⁸², admettre que l'annonce de sinistre à la protection juridique ou tout autre acte concluant vaut libération générale de l'avocat du secret profession-

⁷⁶ LUTERBACHER, p. 1363.

⁷⁷ ATF 129 III 510 c. 3.3.

⁷⁸ LUTERBACHER, p. 1404 ; BSLK-FUHRER, ch. 56 ad art. 32 LSA.

⁷⁹ LUTERBACHER, p. 1404.

⁸⁰ BSLK-FUHRER, ch. 48 ad art. 32 LSA.

⁸¹ LUTERBACHER, p. 1405 ; BSLK-FUHRER, ch. 59 ad art. 32 LSA.

⁸² Voir par exemple STOESSEL, p. 6.

nel⁸³. On part ici du principe que l'assuré n'a pas nécessairement saisi la portée des conditions générales⁸⁴, et qu'il doit de cas en cas, après avoir été dûment renseigné par son avocat, décider s'il veut ou non transmettre à son assureur les informations requises.

Si l'art. 168 OS n'institue ainsi pas véritablement d'exception à la règle de l'art. 39 al. 1 LCA, il n'en demeure pas moins selon nous que l'existence d'un conflit d'intérêts doit être prise en compte dans la détermination des informations que l'assureur est en droit de requérir dans un cas particulier. Celui-ci ne peut en effet certainement pas demander à l'ayant-droit des informations détaillées lorsque, par exemple, il assure également la partie adverse dans le même litige⁸⁵. En pareil cas, l'assureur devra se contenter des explications et informations dont l'avocat estimera qu'elles peuvent sans risques pour son client être portées à la connaissance de la partie adverse. L'exigence de renseignements complémentaires viole alors le principe de la proportionnalité, voire de la bonne foi, compte tenu de ces circonstances tout-à-fait particulières. Dans la plupart des cas, ces informations limitées suffiront à l'assureur pour vérifier la couverture du sinistre en cause, et se faire une idée précise des chances de succès de son assuré. Il ne faut pas perdre de vue par ailleurs qu'il dispose aussi par définition de la version des faits et des arguments juridiques de la partie adverse, également assurée auprès de lui pour le même litige ; c'est dire qu'il ne manquera certainement pas en pareil cas des éléments nécessaires à la gestion du sinistre.

Si l'assuré refuse de délier son avocat du secret professionnel à l'égard de l'assureur, et si cela a pour conséquence que ce dernier ne reçoit pas les informations qu'il est en droit de réclamer en application de l'art. 39 LCA, la prestation d'assurance n'est alors pas exigible, conformément à l'art. 41 LCA⁸⁶. Le contrat peut également prévoir une sanction particulière, y compris la perte définitive du droit aux prestations. L'assureur doit cependant fixer par écrit un délai raisonnable à l'ayant-droit et lui rappeler expressément les conséquences d'un refus de renseigner. Par ailleurs,

⁸³ Dans le même sens : BSLK-FUHRER, ch. 59 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1405.

⁸⁴ DIDISHEIM, p. 123.

⁸⁵ Il s'agit là d'un cas typique de conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 lit. b OS : BSLK-FUHRER, ch. 35 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1391. Or la notion de conflit d'intérêts est la même aux art. 167 al. 1 et 168 OS : BSLK-FUHRER, ch. 58 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1405.

⁸⁶ BSLK-FUHRER, ch. 46 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1405 ; VVG-BSLK-NEF, ch. 15 ad art. 39 LCA.

compte tenu de l'art. 45 al. 3 LCA, l'ayant-droit qui serait en demeure sans faute de sa part peut encore, aussitôt l'empêchement disparu, accomplir l'acte retardé⁸⁷. A noter encore que si, au moment du refus de renseigner exprimé par l'assuré, l'assureur a déjà délivré une garantie de couverture⁸⁸, il est lié par cet engagement vis-à-vis de l'avocat, qui dispose contre lui d'une créance ne découlant pas du contrat d'assurance, mais du contrat de mandat qui le lie à l'assuré⁸⁹.

4. *L'abandon des dépens*

Dans la plupart des cas, les contrats d'assurance de protection juridique prévoient que les dépens et indemnités judiciaires ou extra-judiciaires alloués à l'assuré doivent être reversés à l'assureur, ou que les prétentions y afférentes doivent lui être cédées, dans la mesure où il a assumé les frais en question⁹⁰. Ainsi, si la partie adverse ou un quelconque tiers indemnise le lésé pour des frais qui ont en réalité été pris en charge par l'assureur, c'est ce dernier qui en profitera. Une telle clause, dont la légitimité est indiscutable, implique cependant que soit remplie la condition de la *concordance* : l'indemnité ou les dépens dont l'assureur revendique le paiement doivent porter exactement sur les frais pris en charge par celui-ci. Ainsi, en cas de franchise exprimée en pourcents par exemple, une part des dépens proportionnelle à la franchise restera acquise à l'assuré. Il en ira de même si, en vertu d'une réduction pour faute grave (art. 14 al. 2 LCA), l'assureur a réduit ses prestations et contraint l'assuré à assumer lui-même une partie des frais de justice ou d'avocat. Une telle clause implique bien entendu le devoir pour l'assuré de réclamer des dépens ou une indemnité pour ses frais à chaque fois que cela est possible⁹¹.

⁸⁷ MAURER, p. 384.

⁸⁸ Sur cette notion, voir ci-dessous p. 163.

⁸⁹ BSLK-FUHRER, ch. 60 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1405.

⁹⁰ Voir par exemple l'art. 2.2 d des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

⁹¹ LUTERBACHER, p. 1370.

III. Les obligations de l'assureur

A. Les deux types de prestations

Nous avons eu l'occasion d'exposer en préambule que la prestation caractéristique de l'assureur de protection juridique est double, dans la mesure où elle consiste à prendre en charge les frais occasionnés par des affaires juridiques d'une part et à fournir des services dans de telles affaires d'autre part⁹². Ainsi, même s'il existe sans doute entre l'assureur de protection juridique et son assuré un conflit d'intérêts intrinsèque⁹³, et même si certains doutent qu'une prestation de service puisse faire l'objet d'une assurance⁹⁴, il est généralement admis que le droit suisse autorise par principe l'assureur à se charger ainsi lui-même de la défense des intérêts de son assuré⁹⁵, et que cette défense est pour lui l'une de ses prestations caractéristiques⁹⁶. Selon Fuhrer, on pourrait même imaginer un contrat prévoyant pour seule prestation la fourniture de prestations juridiques par l'assureur lui-même, sous réserve de l'exception prévue par l'art. 167 OS⁹⁷.

Même si souvent dans l'esprit du public, le rôle de l'assureur de protection juridique se limite à payer des honoraires d'avocat, un peu comme l'assureur-maladie paie des honoraires de médecin sans soigner lui-même les assurés, force est de constater que la prestation de services en nature est aujourd'hui clairement au premier plan, et que la plupart des assureurs présents sur le marché considèrent la prise en charge des frais d'avocat comme subsidiaire ou secondaire⁹⁸. C'est dire qu'en cas de sinistre, la règle est aujourd'hui la prise en charge du dossier par l'assureur de protec-

⁹² ATF 119 II 468 c. 2c.

⁹³ Voir WEBER/UMBACH, p. 170.

⁹⁴ Voir BRULHART (Procès civil), p. 72 ; VIRET, p. 378-379 ; FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 92, n. 93.

⁹⁵ BREHM, fiche 570, p. 6 ; LUTERBACHER, p. 1342 ; FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 484 ; DIDISHEIM, p. 116-117 ; STOESSEL, p. 4 ; REYMOND, p. 12.

⁹⁶ LUTERBACHER, p. 1342-1343.

⁹⁷ BSLK-FUHRER, ch. 29 ad art. 32 LSA. Concernant l'art. 167 OS, voir plus bas, p. 154.

⁹⁸ Voir par exemple l'art. 16 ch. 1 des CGA DAS pour particuliers, éd. 2015 : « Vous nous mandatez pour représenter vos intérêts dans le cas annoncé et nous soutenez dans l'établissement de l'état de fait. A cet effet, vous nous donnez toutes les procurations nécessaires » ; art. 5.1 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011 : « Lors d'un cas juridique couvert, les spécialistes d'Assista, essentiellement avocats et juristes, conseillent l'assuré et défendent ses intérêts. (...) ».

tion juridique lui-même, ce qui le fait apparaître plus que jamais, sur le plan économique, comme un concurrent direct de l'avocat⁹⁹.

B. Le conseil et la conduite des négociations

S'il décide de se charger lui-même de la défense des intérêts de son assuré, l'assureur doit accomplir cette tâche avec diligence. En cas de violation de ce devoir de diligence, il s'expose à des dommages-intérêts, si les autres conditions de la responsabilité (dommage, faute et lien de causalité) sont réunies¹⁰⁰. Il est généralement admis que l'étendue du devoir de diligence de l'assureur dans la gestion du sinistre se détermine par analogie avec les règles du mandat¹⁰¹. Cela signifie notamment que les juristes ou avocats employés de l'assureur et chargés de la défense des intérêts des assurés doivent être en mesure, tant par leurs compétences que par leur disponibilité, de fournir les mêmes prestations qu'un avocat indépendant¹⁰². Si ce niveau de prestations ne peut pas être garanti dans un cas précis par l'assureur de protection juridique, il doit alors mettre à disposition de son client un avocat externe¹⁰³.

Très concrètement, l'assureur doit respecter essentiellement, tout comme l'avocat indépendant, un devoir de diligence, un devoir d'information et, même si l'on ne peut sans doute pas parler ici de véritable secret professionnel, un devoir de confidentialité¹⁰⁴. Comme les art. 397 ss CO ne s'appliquent ici que par analogie, on ne saurait retenir à la charge de l'assureur un véritable devoir de fidélité, dans ce sens où il est libre d'assurer une ancienne partie adverse de l'un de ses assurés¹⁰⁵. Par contre, le devoir de diligence s'applique sans réserve, ce qui a notamment pour conséquence que l'assureur doit disposer des connaissances nécessaires pour traiter le sinistre. Le cas échéant, il doit s'adjoindre les services d'un

⁹⁹ STOESSEL, p. 4.

¹⁰⁰ LUTERBACHER, p. 1374.

¹⁰¹ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 73 ; LUTERBACHER, p. 1375 ; BREHM, fiche 570, p. 6 ; BRULHART (Procès civil), p. 72 ; GROLIMUND, p. 342.

¹⁰² FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 485.

¹⁰³ LUTERBACHER, p. 1389-1390 ; GROLIMUND, p. 349.

¹⁰⁴ Au sujet des principales obligations contractuelles de l'avocat, voir par exemple CHAPPUIS, Tome II, p. 137 ss.

¹⁰⁵ Si deux assurés de la même compagnie se retrouvent en litige l'un contre l'autre, il y a alors conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 lit b OS, et la défense de chacun de ces assurés doit être confiée à un avocat externe ; voir plus bas, p. 154.

spécialiste ou, si nécessaire, confier à ses frais la gestion du dossier à un avocat externe spécialisé¹⁰⁶. En effet, de même que l'avocat généraliste doit s'abstenir de s'impliquer dans une affaire qu'il ne maîtrise pas¹⁰⁷, l'assureur de protection juridique doit s'abstenir de confier un dossier complexe à un juriste qui ne maîtrise pas la matière. Quant au devoir d'information, il implique que l'assureur renseigne spontanément l'assuré sur tout ce qui est important pour lui, ce qui inclut une analyse de la situation juridique et une appréciation des risques¹⁰⁸ ; il doit aussi le renseigner sur les chances de succès d'un éventuel recours¹⁰⁹.

Dans le cadre d'une affaire de responsabilité civile, l'assureur de protection juridique qui a choisi d'assister lui-même son assuré devra ainsi par exemple l'informer en détail sur ses droits et procéder à une analyse complète et objective de l'offre formulée par la partie adverse. Il ne saurait en aucun cas se contenter de la lui transmettre sans le moindre commentaire. Bien au contraire, il doit lui indiquer quels en sont les avantages et les inconvénients, et l'informer sur les alternatives qui s'offrent à lui. En ce qui concerne la diligence dont il doit faire preuve, nous sommes d'avis que l'assureur ne peut se limiter à gérer le litige qui lui a été déclaré par son assuré, par exemple contre le responsable du dommage, mais qu'il doit également analyser quels sont les autres droits de son assuré en relation avec l'événement dommageable, par exemple sur le plan des assurances sociales ou en relation avec une éventuelle assurance privée. Enfin, pour les problèmes complexes, comme le calcul de certains types de dommage, l'assureur devra confier le dossier à un collaborateur spécialement formé ou expérimenté, et disposant le cas échéant d'un logiciel de calcul du préjudice corporel.

Il convient de relever encore que l'application des règles du mandat à l'activité de l'assureur n'est pas une règle absolue. L'assureur ne peut ainsi pas refuser de prendre en charge un sinistre couvert par le contrat sous prétexte d'autonomie contractuelle, pas plus qu'il ne peut résilier son « mandat » une fois le sinistre survenu en invoquant l'art. 404 al. 1 CO. Le droit de l'assuré à bénéficier de la prestation de l'assureur se prescrit

¹⁰⁶ Voir CHAPPUIS, Tome II, p. 139 ; BOHNET/MARTENET, p. 1085 ; GROLIMUND, p. 349.

¹⁰⁷ CHAPPUIS, Tome II, p. 144.

¹⁰⁸ Voir CHAPPUIS, Tome II, p. 144-145.

¹⁰⁹ Voir BOHNET/MARTENET, p. 1097.

en outre comme dans tout contrat d'assurance, selon les règles particulières de l'art. 46 LCA¹¹⁰.

C. La mise en œuvre d'un avocat externe

1. La règle générale

Comme cela a déjà été esquissé ci-dessus, la plupart des contrats d'assurance de protection juridique prévoient aujourd'hui comme principe général la gestion des dossiers de sinistre par leur propres services juridiques¹¹¹, soit des juristes ou avocats salariés de la compagnie. Cela a pour corollaire immédiat que, dans la règle, l'assuré ne peut pas confier librement la défense de ses intérêts à un avocat externe, sauf bien entendu à prendre en charge lui-même ses frais et honoraires. A tout le moins, doit-il avant de mandater un avocat recueillir l'accord de l'assureur¹¹². Cet accord devra alors porter tant sur le principe de ce mandat que sur la personne du mandataire désigné¹¹³. Il s'agit en effet pour l'assureur de se prémunir contre les coûts supplémentaires qu'engendrerait la désignation d'un avocat maîtrisant mal la matière ou réputé demander des honoraires élevés¹¹⁴. Nous pouvons par ailleurs rejoindre Luterbacher pour considérer qu'il relève de l'obligation de diligence de l'avocat indépendant que d'informer son client sur ses devoirs découlant du contrat d'assurance de protection juridique, et notamment sur l'incombance consistant à recueillir le consentement de l'assureur quant au mandat confié à l'avocat¹¹⁵.

Ainsi, sous réserve de l'exception notable prévue par l'art. 167 al. 1 OS, que nous allons examiner ci-dessous, la loi n'impose pas aux parties de prévoir le libre choix d'un avocat¹¹⁶. Néanmoins, dans l'hypothèse, peu probable aujourd'hui, où le contrat ne prévoirait rien à cet égard, il fau-

¹¹⁰ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 73. Sur cette question, voir plus bas, p. 169.

¹¹¹ BREHM, fiche 570, p. 6.

¹¹² Voir par exemple l'art. A 11.3 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014 : « Recours à un avocat : AXA-ARAG décide de la nécessité de recourir à un avocat. AXA-ARAG propose à la personne assurée un avocat approprié. (...) ».

¹¹³ LUTERBACHER, p. 1371.

¹¹⁴ BREHM, fiche 570a, p. 1.

¹¹⁵ LUTERBACHER, p. 1372.

¹¹⁶ BSLK-FUHRER, ch. 30 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1372 ; STOESSEL, p. 5. Cette solution n'est cependant pas sans poser quelques difficultés : FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 97.

drait reconnaître à l'assuré le droit de se faire assister d'un avocat externe quand les démarches entreprises par l'assureur lui-même n'aboutissent pas au résultat escompté¹¹⁷. Quant aux modalités du choix de l'avocat, s'appliquerait en l'absence de disposition contractuelle la procédure de l'art. 167 al. 2 OS¹¹⁸.

2. *L'exception de l'art. 167 OS*

En vertu de l'art. 167 al. 1 OS, l'assureur n'est tenu d'accorder à son client un libre choix limité que dans deux cas de figure, à savoir lorsqu'il faut faire appel à un mandataire en raison d'une procédure judiciaire ou administrative et en cas de conflit d'intérêts.

- a) La première lettre de cette disposition fait essentiellement référence aux cas d'application du *monopole des avocats*, que ce soit sur la base d'une réglementation fédérale ou cantonale. L'assureur de protection juridique est donc contraint de financer le recours à un avocat externe à chaque fois qu'il est empêché, en raison de ce monopole, de représenter lui-même l'assuré¹¹⁹. Pour le surplus, on se réfère souvent aux critères développés par la jurisprudence en matière d'assistance judiciaire pour déterminer si, en soi, la présence d'un avocat aux côtés de l'assuré apparaît comme nécessaire dans le cadre de la procédure¹²⁰. Ce critère doit sans doute être approuvé, mais laisse néanmoins régner un certain flou, quand on sait que la pratique en matière d'octroi de l'assistance judiciaire varie encore grandement d'un canton à l'autre. Fuhrer, pour sa part, propose un certain nombre de critères, supposés retranscrire en procédure civile les principes posés par l'art. 130 CPP. Ainsi considère-t-il qu'un avocat doit être désigné à l'assuré lorsque la valeur litigieuse est importante, lorsque se posent des questions de fait ou de droit trop complexes pour être maîtrisées par un laïc, lorsque la partie adverse est elle-même assistée d'un avocat, lorsque la contestation soulève une question juridique de principe ou s'il existe une inégalité manifeste entre les parties¹²¹.

¹¹⁷ BREHM, fiche 570a, p. 1.

¹¹⁸ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 96.

¹¹⁹ LUTERBACHER, p. 1389 ; DIDISHEIM, p. 118 ; GROLIMUND, p. 348.

¹²⁰ LUTERBACHER, p. 1390 ; DIDISHEIM, p. 118.

¹²¹ BSLK-FUHRER, ch. 32 ad art. 32 LSA.

Ces différents critères, qui sont manifestement très proches de ceux qu'il convient de retenir en application de l'art. 118 al. 1 lit. c CPC¹²² ou de l'art. 29 al. 3 Cst¹²³, peuvent sans doute servir de base à une réflexion générale quant à la notion d'assistance nécessaire. Nous sommes cependant d'avis que la question n'a pour ainsi dire pas de portée pratique en matière de responsabilité civile. En effet, dans l'écrasante majorité des cas, le défendeur sera assisté en coulisses par un assureur RC, lequel aura en principe mandaté un avocat pour défendre les intérêts de son propre assuré. Il arrive même fréquemment, et notamment en matière de circulation routière (art. 65 al. 1 LCR), que le défendeur soit l'assureur RC lui-même, soit une partie hautement expérimentée et dotée de spécialistes aguerris au domaine concerné. Dès lors, compte tenu du principe décisif de l'égalité des armes posé par l'art. 118 al. 1 lit. c CPC¹²⁴, l'assureur de protection juridique devra pratiquement toujours financer l'intervention d'un avocat dans ce type de procès. A cela s'ajoute un autre critère important : l'application systématique en responsabilité civile de la procédure ordinaire, pour laquelle l'intervention d'un conseil professionnel est présumée justifiée¹²⁵.

- b) La question du *conflit d'intérêts* fait l'objet de davantage de discussions, et plus précisément en ce qui concerne l'intensité que doit atteindre le conflit en question pour obliger l'assureur à fournir à son client un avocat indépendant¹²⁶. Il est tout d'abord généralement admis qu'un conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 lit. b OS est réalisé lorsque les deux parties au même litige bénéficient de la couverture du même assureur de protection juridique, ou lorsque l'assuré fait valoir des prétentions contre un assureur qui appartient au même groupe que l'assureur de protection juridique¹²⁷. Ce dernier cas de figure est extrêmement courant dans le domaine de la responsabilité civile, sachant que de nombreux acteurs de la protection juridique sont des sociétés filles de groupes d'assurance actifs également dans la branche RC. A ce sujet, il est incontesté en pratique que le conflit d'intérêts est

¹²² Voir sur ce point par exemple CPC-TAPPY, ch. 12 ss ad art. 118 CPC.

¹²³ ATF 128 I 225 c. 2.5.2.

¹²⁴ Arrêt 5A_395/2012 du 16 juillet 2012, c. 4.3.

¹²⁵ CPC-TAPPY, ch. 14 ad art. 118 CPC.

¹²⁶ BSLK-FUHRER, ch. 34 ad art. 32 LSA.

¹²⁷ BSLK-FUHRER, ch. 35 et 36 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1391.

réalisé aussi dans les cas où les prétentions de l'assuré ne sont pas dirigées contre l'assureur RC du même groupe directement, mais contre son assuré.

De façon générale, il existe un risque concret de conflit d'intérêts dès que l'assureur se charge lui-même de représenter son assuré en cas de litige. En effet, l'intérêt de l'assureur est manifestement de réduire les coûts et d'éviter de longues procédures, alors que le client souhaite obtenir le meilleur résultat possible, quoi qu'il puisse en coûter¹²⁸. On pourrait être tenté d'en déduire qu'il existe un droit général pour l'assuré de bénéficier du libre choix d'un avocat au sens de l'art. 167 al. 1 lit. b OS. Nous devons cependant admettre avec la doctrine dominante qu'une interprétation aussi large de cette disposition reviendrait à interdire *de facto* à l'assureur de fournir lui-même des prestations juridiques. Telle n'est manifestement pas la volonté du législateur, qui a prévu expressément à l'art. 161 OS que ce type de prestations puisse être fourni par l'assureur¹²⁹. Ces auteurs majoritaires contestent également, pour les mêmes raisons, l'existence d'un conflit d'intérêts au sens de la disposition précitée lorsqu'il y a rupture du lien de confiance entre assureur et assuré¹³⁰.

Selon nous, un conflit d'intérêts suffisamment grave pour ouvrir le droit au libre choix d'un avocat doit être admis lorsque le lien de confiance est rompu en raison d'une *violation par l'assureur* de ses devoirs contractuels, et notamment de son devoir de diligence dans la défense des intérêts de son assuré. On peut imaginer par exemple une information insuffisante sur un des aspects du litige ou un refus injustifié de prendre en charge le sinistre. En pareil cas, qui suppose une faute au moins légère de la part de l'assureur, la solution consistant à autoriser l'assuré à confier la gestion de son dossier à un avocat indépendant apparaît à la fois légitime et rationnelle. Il ne faut pas perdre de vue en effet qu'un conseil ou une représentation juridique ne peut être véritablement de qualité que s'il existe un lien de confiance entre les parties. Or l'inexécution ou la mauvaise exécution fautive du contrat par l'assureur crée durablement une situa-

¹²⁸ WEBER/UMBACH, p. 170 ; BSLK-FUHRER, ch. 37 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1391.

¹²⁹ BSLK-FUHRER, ch. 38 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1391.

¹³⁰ BSLK-FUHRER, ch. 39 ad art. 32 LSA ; LUTERBACHER, p. 1392. Contra : REYMOND, p. 13.

tion où un tel lien devient difficile, voire impossible à restaurer. L'assureur reste néanmoins tenu de couvrir le sinistre. Comme il ne peut plus le faire par une prestation en nature, il lui appartient de fournir une prestation en argent, par la prise en charge des honoraires d'un avocat externe, laquelle prestation est au demeurant dès le départ envisagée dans le contrat. Cette sorte de sanction, qui s'ajoute naturellement à la réparation du dommage éventuellement causé, découle à notre sens de la nature même de la prestation de conseil juridique que l'assureur s'est obligé à fournir.

En cas de conflit d'intérêts au sens de l'art. 167 al. 1 lit. b OS, l'assuré peut demander à être assisté d'un avocat même si aucune procédure judiciaire n'est encore à l'ordre du jour, c'est-à-dire déjà au stade des pourparlers transactionnels¹³¹. Il convient de souligner encore qu'en vertu de l'art. 167 al. 3 OS, l'assureur est tenu d'informer l'assuré de son droit à un avocat externe.

3. *Les modalités de désignation de l'avocat*

Même lorsque l'assuré est en droit de confier la défense de ses intérêts à un avocat indépendant, il n'est pas nécessairement libre dans son choix. En effet, la plupart des assureurs font usage dans leurs conditions générales de la faculté qui leur est offerte par l'art. 167 al. 2 OS, lequel autorise les parties à prévoir que si le mandataire choisi n'est pas accepté par l'entreprise d'assurance, la personne assurée a le droit de proposer trois autres mandataires, dont l'un doit être accepté. Il n'est pas rare par ailleurs que les assureurs limitent encore ce choix, par exemple en exigeant que les trois avocats ainsi proposés travaillent dans des études différentes¹³². Cette restriction est sans doute acceptable¹³³, et permet d'éviter que le mécanisme prévu par cette disposition réglementaire soit vidé de son sens, ce qui serait certainement le cas si l'assuré était en droit de proposer trois collaborateurs ou associés de l'avocat préalablement refusé¹³⁴. Par contre,

¹³¹ Dans ce sens : LUTERBACHER, p. 1390.

¹³² Voir par exemple l'art. D5.4 des CGA Orion Private, éd. 01/2011. GROLIMUND (p. 349) semble penser que cette condition supplémentaire va de soi.

¹³³ Contra : DIDISHEIM, p. 119.

¹³⁴ BSLK-FUHRER, ch. 43 ad art. 32 LSA. Voir dans le même sens la jurisprudence bernoise citée par LUTERBACHER, p. 1393.

comme le relève pertinemment Fuhrer¹³⁵, les clauses contractuelles qui imposent à l'assuré de désigner des avocats installés au lieu du tribunal compétent ne sont pas admissibles. Elles privent en effet les justiciables résidant dans des régions périphériques des services de spécialistes, qui se trouvent en général pour leur part dans les grands centres urbains. En réalité, à l'heure de la libre circulation des avocats et de l'unification des procédures, ces clauses sont devenues obsolètes et ont d'ailleurs pratiquement disparu du marché¹³⁶.

Bien entendu, même dans les cas où la désignation d'un avocat s'impose en application à l'art. 167 al. 1 OS, l'assureur reste libre de suggérer lui-même un ou plusieurs noms d'avocats indépendants à son assuré, et cela même si le contrat ne lui réserve pas expressément cette faculté. L'assuré n'est pas lié par cette proposition, et pourra s'il le souhaite formuler sa propre suggestion, en proposant un nom, puis trois en cas de refus de l'assureur¹³⁷. Par ailleurs, alors même qu'il serait en droit de gérer lui-même le dossier, l'assureur peut en tout temps décider de confier la défense des intérêts de l'assuré à un avocat externe, que ce soit par manque de ressources internes, ou parce qu'il se rend compte que cela représente la solution la plus adéquate en l'espèce¹³⁸. En pareil cas, la plupart des conditions générales prévoient que le choix de l'avocat est de la compétence de l'assureur¹³⁹.

Quel que soit le contexte dans lequel l'assureur propose un avocat à son assuré, il doit selon nous tenir compte dans cette démarche des intérêts de son client au moins autant que des siens¹⁴⁰. En effet, en suggérant un avocat, l'assureur délivre un conseil qui n'est pas sans importance pour la suite du litige¹⁴¹. Ce conseil doit donc être donné dans le respect du devoir de diligence qui incombe à l'assureur en application par analogie des

¹³⁵ BSLK-FUHRER, ch. 43 ad art. 32 LSA.

¹³⁶ On mentionnera cependant l'art. 13 des CGA Assista pour la protection juridique privée, éd. 2011, qui parle d'avocat « *territorialement compétent* ». Au vu de l'art. 4 LLCA, cette restriction est pour ainsi dire sans objet, vu qu'elle n'exclut en pratique que les avocats étrangers.

¹³⁷ Dans ce sens : VIRET, p. 369.

¹³⁸ LUTERBACHER, p. 1377.

¹³⁹ Voir LUTERBACHER, p. 1372.

¹⁴⁰ Dans ce sens : STOESEL, p. 5.

¹⁴¹ A cet égard, FUHRER (Privatversicherungsrecht, p. 485) relève justement que le choix de l'avocat est comparable à celui d'un médecin, et qu'il est en soi problématique de confier ce choix à l'assureur, même si cela admissible sur le plan strictement légal.

règles sur le mandat¹⁴². Cela signifie notamment qu'il devra recommander un avocat externe disposant des compétences et de l'expérience nécessaires à la bonne conduite du mandat. En effet, de même que s'il gère lui-même le sinistre, l'assureur doit le confier à un collaborateur compétent, il doit proposer un avocat compétent s'il accepte de confier le dossier à un mandataire externe. Là où cette spécialisation existe, l'assureur devra ainsi proposer un avocat spécialiste FSA du domaine considéré ou un mandataire disposant d'une expérience équivalente. On peut concevoir que cette obligation puisse être relativisée, et d'autres critères pris en compte, dans les cas simples ou de faible importance. Mais l'assureur devra à tout le moins informer l'assuré de la situation et lui exposer les motifs pour lesquels il privilégie en l'espèce la désignation d'un généraliste. L'assureur qui omet d'informer l'ayant-droit qu'il existe des spécialistes reconnus dans le domaine concerné viole selon nous son obligation de renseigner au sens de l'art. 398 al. 2 CO, applicable par analogie. Cette obligation s'impose d'autant plus dans les affaires de responsabilité civile en raison du fait que les frais d'avocat constituent une partie intégrante du dommage que le responsable doit indemniser¹⁴³. Dans ce contexte, et plus particulièrement si la responsabilité de principe n'est pas contestée, les frais d'avocat n'auront finalement pas à être supportés en principe par l'assureur de protection juridique ; celui-ci ne peut ainsi plus invoquer l'obligation de son assuré de réduire le dommage pour refuser que soit mandaté un avocat spécialisé.

Dans la mesure où l'avocat proposé par l'assureur est dûment qualifié pour le type d'affaire concerné, rien ne s'oppose selon nous à ce que la compagnie tienne une liste d'avocats de confiance, avec lesquels elle entretient de bonnes relations et dont elle sait qu'ils sauvegarderont efficacement les intérêts de ses assurés¹⁴⁴. Mais là où s'applique l'art. 167 al. 1 OS, le contrat d'assurance ne saurait imposer à l'assuré de choisir un avocat figurant sur une telle liste, ni prévoir une quelconque sanction ou limite de couverture pour le cas où l'ayant-droit choisirait un autre mandataire¹⁴⁵.

Il y a quelques années, il était encore courant de voir des conditions générales d'assurance prévoir que l'avocat externe était directement mandaté

¹⁴² Voir plus haut, p. 151.

¹⁴³ WERRO, p. 298.

¹⁴⁴ DIDISHEIM, p. 120.

¹⁴⁵ Dans le même sens : DIDISHEIM, p. 120.

par l'assureur lui-même¹⁴⁶. Une telle façon de faire ne va pas sans poser quelques difficultés, notamment en matière de conflit d'intérêts et, surtout, au regard de la garantie de l'indépendance de l'avocat¹⁴⁷, prévue aujourd'hui par l'art. 12 lit. b LLCA. Nous sommes d'avis que cette solution doit être évitée, sauf quand il s'agit pour l'assureur de prendre avis auprès d'un avocat spécialisé externe, que ce soit à propos des mesures à prendre ou des chances de succès des démarches requises par l'assuré. Néanmoins, si elle est sans doute contre-indiquée, la clause contractuelle qui prévoit que l'avocat est mandaté directement par l'assureur est licite¹⁴⁸. Il est alors généralement admis que l'assureur agit en qualité de représentant direct de l'assuré vis-à-vis de l'avocat¹⁴⁹. A l'heure actuelle, les conditions générales prévoient la plupart du temps que l'assuré mandate lui-même l'avocat externe, la question des honoraires étant alors réglée sous la forme d'une garantie de couverture délivrée par l'assureur¹⁵⁰.

D. La prise en charge des frais d'avocat avant procès

Comme il l'a déjà été mentionné précédemment, les frais d'avocat avant procès constituent en droit de la responsabilité civile un poste du dommage à part entière, qui doit être indemnisé par le responsable¹⁵¹. Cependant, dans l'hypothèse où un assureur de protection juridique a d'emblée pris ces frais en charge, le responsable en question peut alors opposer au lésé le fait que celui-ci n'a en réalité plus de dommage. La prétention en indemnisation pour ce poste a en effet été transférée par subrogation à l'assureur de protection juridique à hauteur des honoraires pris en charge par celui-ci, conformément à l'art. 72 al. 1 LCA¹⁵². Ledit assureur peut alors en principe exercer un recours contre le responsable en vertu de cette

¹⁴⁶ Tel est encore le cas à notre connaissance de l'art. 29.3 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

¹⁴⁷ Dans ce sens : BREHM, fiche 570a, p. 2 ; REYMOND, p. 13-14. STOESEL (p. 7) arrive au même résultat, puisqu'il considère que l'assureur ne doit pas être autorisé à donner des instructions à l'avocat.

¹⁴⁸ LUTERBACHER, p. 1378. La plupart des auteurs l'admettent tacitement : GROLIMUND, p. 350 ; FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 485 ; BREHM ; fiche 570a, p. 2.

¹⁴⁹ FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 485-486 ; LUTERBACHER, p. 1378. BREHM (fiche 570a, p. 2) plaide pour la stipulation pour autrui imparfaite.

¹⁵⁰ Voir ci-dessous, p. 163.

¹⁵¹ WERRO, p. 298.

¹⁵² GROLIMUND, p. 347 ; BRULHART (Procès civil), p. 75.

même disposition. Cette démarche implique à l'évidence certains coûts, et il arrive régulièrement par ailleurs que l'assureur de protection juridique se heurte à la règle de la hiérarchie des droits de recours prévue à l'art. 51 al. 2 CO, selon laquelle un responsable contractuel, tel un assureur, n'a de droit de recours que contre un responsable ayant commis fautivement un acte illicite. S'il s'agit d'une responsabilité contractuelle, la jurisprudence exclut même le recours de l'assureur en cas de faute légère¹⁵³.

Pour contourner ces difficultés, un certain nombre d'assureurs de protection juridique prévoient dans leurs conditions générales que sont exclus de l'assurance, ou pas assurés, les frais à la charge d'une personne civilement responsable, respectivement de son assureur de responsabilité civile¹⁵⁴. Prise à la lettre, une telle disposition contractuelle est sans doute fort critiquable au regard de l'art. 33 LCA¹⁵⁵. En effet, elle exclut de façon générale toute couverture des frais d'avocats avant procès, puisque ceux-ci sont par définition à la charge du responsable. Or, comme ces frais constituent la prestation principale de l'assurance de protection juridique en cas de litige de responsabilité civile, la clause en question revient à exclure ces litiges de la couverture d'assurance, alors même que les conditions générales précisent à un autre article que le droit de la responsabilité civile est couvert¹⁵⁶. L'exclusion est donc à tout le moins équivoque au sens de l'art. 33 LCA. Cette façon de faire pourrait à la rigueur être acceptable aussi longtemps que l'on ne se trouve pas dans un cas où l'assuré est en droit de mandater un avocat externe pour cause de conflit d'intérêts (art. 167 al. 1 lit. b OS). On a vu en effet qu'en dehors de cette exception, l'assuré peut être tenu de confier la défense de ses intérêts à l'assureur lui-même¹⁵⁷, ce qui permettrait alors la prise en charge effective du litige de responsabilité civile sans que des frais (d'avocat externe) à priori exclus de la couverture ne soient engagés. Mais précisément, en cas de conflit d'intérêts, la prise en charge du sinistre doit être confiée à un avocat externe, dont les honoraires ne seraient alors pas couverts en vertu de la clause contractuelle litigieuse. Au final, alors que l'on voulait protéger

¹⁵³ ATF 80 II 247 c. 5. Voir à ce sujet : BREHM, fiche 570a, p. 5-6 ; FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 322. Voir aussi : BRULHART (Assurances privées), p. 375 ss.

¹⁵⁴ Voir par exemple l'art. 2.3 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

¹⁵⁵ Voir à ce sujet plus haut, p. 139.

¹⁵⁶ Voir par exemple l'art. 7.1 des CGA Protekta pour l'assurance de protection juridique privée, éd. 04.2013.

¹⁵⁷ Voir plus haut, p. 153.

l'assuré en cas de conflit d'intérêts, on le pénalise en réduisant matériellement la couverture du contrat. On en conclut que ce type de clause, dans la mesure où elle prévoit purement et simplement une exclusion de couverture, est illicite, parce qu'elle contrevient aux exigences de l'art. 33 LCA et viole quant à son résultat l'art. 167 al. 1 lit. b OS.

Conscients du problème, certains assureurs excluent de la couverture ce type de frais, tout en prévoyant le versement d'avances remboursables¹⁵⁸. Cette méthode des provisions est sans doute la bonne, et correspond à la pratique de la grande majorité des assureurs, y compris ceux qui excluent purement et simplement en responsabilité civile la couverture des frais d'avocat avant procès. Comme elle prévoit une obligation de remboursement à la charge de l'assuré, cette solution présente l'avantage de priver le responsable de l'argument selon lequel le lésé ne subit plus de dommage en relation avec ses frais d'avocat : il a une dette envers son assureur de protection juridique, donc il subit un dommage¹⁵⁹. Et comme l'assureur qui a versé des avances pour les frais d'avocat a toujours une créance envers son assuré, la subrogation de l'art. 72 LCA n'entre pas en ligne de compte et l'assuré-lésé reste titulaire de la créance en remboursement de ces frais à l'encontre du responsable. L'obligation de restitution des avances concédées par l'assureur implique ainsi précisément pour l'assuré l'incombance tacite de demander le remboursement de ces frais au responsable. S'il ne les obtient pas, parce que le responsable supposé échappe finalement à toute responsabilité, ou parce que le juge réduit pour une raison ou pour une autre l'indemnité allouée à ce titre, le solde n'est alors par définition plus visé par la clause d'exclusion et l'avance correspondante n'est plus remboursable.

E. La garantie de couverture

Une fois que l'assureur a autorisé son client à recourir aux services d'un avocat externe, que l'on soit ou non dans un cas d'application de l'art. 167

¹⁵⁸ Voir notamment l'art. A 4.43 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014 : « ... ne sont pas assurés les frais à la charge du responsable civil ou d'un assureur de la responsabilité civile. La personne assurée est tenue de rembourser les prestations correspondantes versées par AXA-ARAG ». On peut regretter cependant que cette clause ne prévoie pas expressément l'obligation pour l'assureur de verser de telles avances. A cet égard, l'art. D1.2e des CGA Orion Private, éd. 01/2011, nous paraît mieux rédigé.

¹⁵⁹ Dans ce sens : GROLIMUND, p. 347.

al. 1 OS, il va le plus souvent en pratique délivrer à son assuré une garantie de couverture (*Kostengutsprache*), par laquelle il s'engage à prendre en charge les frais liés à la conduite du dossier. Les frais concernés sont en premier lieu les honoraires de l'avocat mandaté par l'assuré, mais également les frais de justice ou d'expertise hors procès. L'assuré possède un droit, qui découle directement du contrat d'assurance, à obtenir une telle garantie, droit dont il peut faire judiciairement constater l'existence. Il faut bien entendu que les conditions prévues par le contrat d'assurance soient remplies et que, notamment, la démarche envisagée ne soit pas d'emblée vouée à l'échec¹⁶⁰.

Il est généralement admis que la garantie de couverture soit limitée dans un premier temps à une seule étape du litige, pour être ensuite étendue progressivement aux étapes suivantes, si celles-ci s'avèrent justifiées. Ainsi, l'assureur accordera sa prise en charge souvent uniquement pour des pourparlers extrajudiciaires, et ne l'étendra à l'ouverture d'une action en justice uniquement si ces pourparlers échouent. Il peut ainsi régulièrement s'assurer que les frais engagés restent raisonnables et qu'aucune démarche dénuée de chances de succès ne soit engagée. La jurisprudence admet en pareil cas que la première garantie, par hypothèse limitée à la liquidation extrajudiciaire du dossier, interrompt la *prescription* des droits de l'assuré envers l'assureur également pour les étapes postérieures, et notamment l'ouverture d'un procès, qui ne peut intervenir que plusieurs années plus tard¹⁶¹.

Si la limitation de la couverture à une démarche précise est sans doute parfaitement légitime, cela va moins de soi à nos yeux en ce qui concerne le plafonnement financier de la prise en charge. Il n'est pourtant pas rare en pratique de voir les assureurs de protection juridique, en même temps qu'ils accordent la prise en charge des frais d'avocat pour une certaine démarche, limiter d'emblée cette couverture à un certain montant. En tous les cas, comme le relève Luterbacher, l'assureur agit de façon abusive s'il fixe une limite à ce point insuffisante qu'elle entrave l'avocat dans les efforts qu'il déploie pour atteindre le résultat recherché¹⁶². Selon nous, une limite chiffrée est problématique quel que soit son montant. Si elle s'avère trop basse, elle met en danger la sauvegarde des intérêts de l'assuré, et augmente finalement le coût global du dossier, puisque l'avocat doit alors

¹⁶⁰ ATF 119 II 368 c. 2a et 4.

¹⁶¹ Voir l'ATF 119 II 368 c. 7a.

¹⁶² LUTERBACHER, p. 1378-1379.

fournir des explications détaillées à l'assureur pour obtenir une couverture complémentaire. Si elle est trop haute, elle manque son but de maîtrise des coûts, et risque même d'encourager l'avocat et le client à se lancer dans des démarches inutiles. Il est sans doute plus simple pour toutes les parties que l'assureur surveille l'évolution financière du dossier en réclamant des notes d'honoraires régulières et en contestant celles-ci le cas échéant. A tout le moins, une telle pratique, pour être valable, doit être prévue par les conditions générales, ce qui est le cas auprès de certaines compagnies¹⁶³.

Il existe une certaine divergence de vue sur la nature juridique de la garantie de couverture. En réalité, la question a surtout une portée pratique dans l'hypothèse, la plus répandue, où l'assuré mandate lui-même l'avocat externe, lequel reçoit ensuite la garantie précitée directement de l'assureur ou par l'intermédiaire de son client. La qualification de la garantie de couverture doit ici permettre de déterminer qui, entre l'assureur et l'assuré, est alors le débiteur des honoraires de l'avocat. Alors que la doctrine alémanique envisage en premier lieu une construction fondée sur l'institution de la reprise de dette des art. 175 ss CO, un autre courant, francophone, préfère y voir simplement une stipulation pour autrui parfaite au sens de l'art. 112 al. 2 CO¹⁶⁴. Or, l'argument principal évoqué pour exclure une reprise de dette externe découle d'un rejet dogmatique de tout contrat entre l'assureur de protection juridique et l'avocat, un tel contrat étant perçu comme une menace pour l'indépendance de ce dernier¹⁶⁵. Dans la mesure où il est admis que le seul client de l'avocat est l'assuré, l'avocat se doit de défendre ses intérêts avec toute la diligence requise et éviter soigneusement de se mettre dans une situation susceptible d'impliquer un conflit d'intérêts. Si l'on considère cependant que le seul fait pour l'avocat d'accepter que l'assureur reprenne la dette en paiement des honoraires (art. 176 al. 3 CO) crée en soi un conflit d'intérêts, il faut alors lui interdire d'adresser sa note d'honoraires directement à l'assureur et, surtout, lui dénier le droit de poursuivre ce dernier en paiement de cette même note. La stipulation pour autrui ne pourrait alors être qu'imparfaite, ce qui serait clairement contraire à la volonté des parties au contrat d'assurance. En effet, il découle presque toujours de la garantie de couverture que l'avocat peut s'adresser directement à l'assureur en ce qui concerne le paiement de ses honoraires. Par ailleurs, quelle que soit la con-

¹⁶³ Par exemple à l'art. A 11.5 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014.

¹⁶⁴ REYMOND, p. 16.

¹⁶⁵ REYMOND, p. 17.

struction choisie, on ne parviendra jamais à éviter totalement le risque que l'avocat privilégie ses relations avec l'assureur-payeur plutôt que la défense des intérêts de son client, sauf à interdire purement et simplement l'assurance de protection juridique. Il relève de la responsabilité personnelle de l'avocat que d'agir en toute indépendance, et il est vain selon nous de vouloir masquer une réalité économique incontournable derrière une construction juridique quelque peu artificielle.

C'est dire que nous considérons que la garantie de couverture est initialement une reprise interne de dette au sens de l'art. 175 CO. A ce stade, l'avocat n'est pas partie à ce contrat, qui lie uniquement assureur et assuré, et il ne peut en déduire aucun droit propre¹⁶⁶. Or, en pratique, cette garantie est toujours communiquée à l'avocat, que ce soit directement par l'assureur ou par l'intermédiaire de l'assuré-client. Reste à déterminer alors si l'intention des parties est de remplacer purement et simplement le client par l'assureur dans sa qualité de débiteur des honoraires (reprise de dette externe privative, selon l'art. 176 CO), ou si on a plutôt affaire à une reprise de dette cumulative, une construction qui n'est pas en soi prévue par la loi mais qui est admise en raison du principe de la liberté contractuelle¹⁶⁷. Fuhrer penche quant à lui pour la première solution, considérant qu'il existe pour l'assuré le droit d'exiger de l'assureur qu'il le libère de sa dette en honoraires d'avocat (*Befreiungsanspruch*)¹⁶⁸. L'art. 176 CO prévoit en effet un remplacement de débiteur : le repreneur devient le seul débiteur de la dette, le débiteur originel étant totalement libéré vis-à-vis du créancier, raison pour laquelle l'accord de ce dernier est nécessaire, même tacitement¹⁶⁹.

Nous ne sommes pas certains pour notre part que le contrat d'assurance de protection juridique implique nécessairement la libération immédiate et à l'avance de l'assuré de son obligation de payer ses (futurs) frais d'avocat. Le Tribunal fédéral ne parle à cet égard que d'un devoir de prise en charge (*das Kostenrisiko zu übernehmen hat*)¹⁷⁰, respectivement de *garantie de paiement de frais* ou de *garantie de couverture*¹⁷¹. Or, en procédant à une

¹⁶⁶ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 76.

¹⁶⁷ Voir à ce sujet : ENGEL, p. 902 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, p. 395.

¹⁶⁸ FUHRER (Rechtsschutzversicherung), p. 76-77. Dans le même sens, tacitement : LUTERBACHER, p. 1385 ss.

¹⁶⁹ PROBST, ch. 3 ad art. 176 CO.

¹⁷⁰ ATF 119 II 368 c. 2b.

¹⁷¹ ATF 119 II 468 c. 2c.

reprise cumulative de dette, l'assureur remplit à n'en pas douter son obligation contractuelle, puisqu'il devient débiteur solidaire des honoraires d'avocat au sens des art. 143 ss CO. Dans l'hypothèse où l'avocat, pour une quelconque raison, venait à se faire payer directement par son client, celui-ci disposerait alors d'un droit de recours contre l'assureur¹⁷². En réalité, et de façon générale, il n'existe pas de présomption en faveur de la reprise cumulative ou de la reprise privative¹⁷³. En cas de doute, il conviendra d'examiner la volonté réelle des parties à ce contrat, soit l'assureur et l'avocat. Or, on voit mal pour quelle raison celui-ci accepterait de renoncer à la possibilité de réclamer de son client directement le paiement de ses honoraires, même si la solvabilité de l'assureur est rarement un problème en pratique. Au contraire, par exemple en cas de litige sur la portée exacte de la garantie de couverture, il sera plus confortable pour lui de se faire régler par son client, dont on admet qu'il aura consenti aux opérations facturées, plutôt que d'actionner l'assureur. Dans le doute, en ce qui concerne l'assurance de protection juridique, c'est donc une présomption en faveur de la **reprise de dette cumulative** qui doit prévaloir¹⁷⁴. Bien entendu, l'avocat sera malgré tout bien inspiré de communiquer à l'assureur, et pas seulement à son client, qu'il considère que la reprise de dette constituée par la garantie de couverture ne libère pas l'assuré du paiement de ses honoraires.

IV. La procédure en cas de divergence d'opinion

Conformément à l'art. 169 al. 1 OS, le contrat d'assurance de protection juridique doit prévoir une procédure permettant de trancher en cas de divergence d'opinion entre l'assuré et l'entreprise d'assurance quant aux mesures à prendre pour régler le sinistre, procédure qui doit présenter des garanties d'objectivité comparables à celles d'une procédure arbitrale. Il découle directement du texte de l'ordonnance que les conditions générales ne doivent pas nécessairement étendre cette procédure aux litiges sur la couverture d'assurance. Ainsi, en pratique, l'assuré qui souhaite imposer à l'assureur la prise en charge de principe d'un sinistre déterminé devra passer par la procédure civile ordinaire¹⁷⁵. La procédure en cas de diver-

¹⁷² ENGEL, p. 904.

¹⁷³ ENGEL, p. 903.

¹⁷⁴ Dans le même sens : GROLIMUND, p. 350 ; BREHM, fiche 570a, p. 2-3.

¹⁷⁵ ATF 132 III 726. Voir sur ce point les critiques de REYMOND, p. 19.

gence d'opinion n'est pas davantage applicable aux litiges concernant le montant des honoraires d'avocat¹⁷⁶.

Dans la plupart des cas, cette procédure portera sur les chances de succès d'un procès. Par analogie avec les règles applicables en matière d'assistance judiciaire, il s'agira alors de déterminer si une partie raisonnable disposant des moyens nécessaires engagerait ou non une telle action¹⁷⁷. On peut également imaginer de soumettre à la procédure en cas de divergence d'opinion d'autres questions relatives à la conduite du dossier, telles que l'engagement d'un *avocat* externe ou d'un mandataire spécialisé, ainsi que la mise en œuvre d'une *expertise privée*. Cette dernière mesure joue un rôle croissant en assurances sociales ou dans les cas de responsabilité médicale, où l'assuré se trouve souvent très démunis devant l'avis péremptoire du médecin-conseil de l'assureur ou de la partie adverse. Se pose ici la question de la personne de l'expert ou du spécialiste qui sera chargé de se prononcer sur l'opportunité de l'expertise privée. On peut douter en effet qu'un juriste soit suffisamment compétent pour déceler d'éventuelles failles dans l'argumentation médicale de la partie adverse. Il doit donc être possible à nos yeux de confier cette appréciation à un médecin, ce qui devra amener l'assureur à se demander s'il n'est pas plus raisonnable de mettre directement en œuvre l'expertise requise.

Lorsqu'il entend refuser la prise en charge de la mesure requise par l'assuré, l'assureur doit en vertu de l'art. 169 al. 2 OS motiver « *sans retard* » et par écrit la solution qu'il propose et informer l'assuré de la possibilité de recourir à la procédure prévue en cas de divergence d'opinion. Conformément à l'art. 169 al. 3 OS, le besoin de l'assuré d'être couvert dans le cas d'espèce sera tenu pour reconnu si l'assureur omet de l'informer de cette possibilité. La doctrine majoritaire considère par ailleurs que la même sanction devra être appliquée si l'assureur ne motive pas son refus¹⁷⁸. Concrètement ce devoir de motivation implique que l'assureur explique pourquoi il considère que les mesures requises par l'assuré sont dénuées de chances de succès et expose quelles sont les alternatives qu'il propose¹⁷⁹, et pour quelles raisons¹⁸⁰.

¹⁷⁶ LUTERBACHER, p. 1409.

¹⁷⁷ LUTERBACHER, p. 1418 ; DIDISHEIM, p. 118. Sur les critères applicables en relation avec l'art. 117 lit. b CPC voir notamment CPC-TAPPY, ch. 33 ss ad art. 117 CPC.

¹⁷⁸ LUTERBACHER, p. 1410 ; GROLIMUND, p. 352.

¹⁷⁹ LUTERBACHER, p. 1418.

¹⁸⁰ REYMOND, p. 18.

L'assureur dispose d'une marge de manœuvre relativement large pour définir concrètement la procédure qu'il entend mettre en place en cas de divergence d'opinion, une procédure arbitrale au sens strict n'étant en soi pas obligatoire. Il doit par contre prévoir dans ses conditions générales une procédure simple, rapide et peu coûteuse¹⁸¹. En pratique, de nombreux assureurs prévoient effectivement une procédure arbitrale, à un seul arbitre, en se référant à titre subsidiaire au Code de procédure civile, notamment pour ce qui concerne la désignation de cet arbitre unique¹⁸². Les conditions générales fixent par ailleurs à l'ayant-droit un certain délai pour introduire la procédure arbitrale, délai au-delà duquel il est réputé renoncer à contester la position de l'assureur. Pour sa part, se fondant manifestement sur la proposition de Luterbacher, la société Axa-Arag prévoit actuellement dans ses conditions générales un procès civil en procédure sommaire, devant le juge du domicile ou du siège suisse de l'une des parties, procès qui peut être remplacé par la consultation d'un expert indépendant désigné d'un commun accord entre les parties¹⁸³.

En cas de désaccord avec la position de l'assureur, l'assuré demeure libre de mettre en œuvre *à ses frais* la mesure qu'il souhaite, sans passer au préalable par la procédure prévue en cas de divergence d'opinion. En pareil cas, en vertu de l'art. 169 al. 4 OS, s'il obtient un jugement plus favorable que la solution, motivée par écrit, qui lui avait été proposée par l'assureur, celui-ci doit prendre en charge les frais générés par ces démarches, à concurrence du montant maximum assuré. A noter que cette faculté existe même dans les cas où l'assuré a effectivement mis en œuvre la procédure requise par l'art. 169 OS, et que celle-ci a abouti à un résultat qui lui est défavorable. Cette solution a été critiquée par certains auteurs, qui contestent le fait que seule une partie, en l'occurrence l'assureur, serait ainsi liée par la sentence arbitrale, ce qui est contraire au principe même de l'institution¹⁸⁴. Nous relevons pour notre part que l'éventuelle

¹⁸¹ LUTERBACHER, p. 1412.

¹⁸² Voir par exemple l'art. 14 des CGA Assista Protection juridique circulation, édition 2013 : « (...) *Les parties choisissent d'un commun accord un arbitre unique. Celui-ci tranche sur la base d'un seul échange d'écritures et impute les frais de procédure aux parties en fonction du résultat. En cas de désaccord sur la désignation de l'arbitre et pour le surplus, les dispositions du Code de procédure civile suisse sont applicables.* (...) ».

¹⁸³ Art. A11.9 des CGA Axa-Arag pour les particuliers, éd. 06.2014. Pour la motivation de cette méthode, voir LUTERBACHER, p. 1415 ss.

¹⁸⁴ REYMOND, p. 19.

procédure d'arbitrage a pour objet de déterminer si les démarches requises par l'assuré ont des chances de succès suffisantes pour que les frais qui en découlent soient avancés par l'assureur. Si l'arbitre se trompe, dans ce sens où il n'est finalement pas suivi par le tribunal saisi malgré tout par l'assuré, il est dans la logique du contrat d'assurance de protection juridique que l'assureur doive finalement assumer les frais litigieux, dans la mesure où ils n'ont pas été couverts par les dépens mis à la charge de la partie adverse. Il n'est donc pas exact de soutenir que l'assuré n'est finalement pas lié par la sentence arbitrale, puisqu'il doit mener le procès à ses frais et à ses risques, alors que, précisément, le contrat d'assurance a pour vocation de transférer cette charge à l'assureur.

V. La prescription

En vertu de l'art. 46 LCA, les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation. En ce qui concerne le contrat d'assurance de protection juridique, ce fait correspond selon la jurisprudence à la réalisation du risque, soit l'apparition du besoin d'assistance¹⁸⁵. Selon la position adoptée ci-dessus¹⁸⁶, le délai de prescription court donc à partir de la réalisation du *risque consécutif*. En matière de responsabilité civile, ce besoin d'assistance juridique apparaît selon nous dès que l'assuré subit un acte dommageable, et qu'un préjudice en découle ou en découlera vraisemblablement. Cela signifie que dans une grande partie des cas, le délai de prescription de 2 ans commencera à courir dès la commission de l'acte précité. En matière de dommages corporels, ce point de départ sera souvent le jour même de l'accident, voire quelque temps après si la véritable atteinte à la santé susceptible de conduire à un litige n'intervient que plus tard, en raison par exemple d'une complication tardive sur le plan médical. Dans le cadre de l'art. 46 LCA, la connaissance du préjudice ou du sinistre n'est en principe pas déterminante quant au point de départ de la prescription¹⁸⁷.

Si le délai de prescription commence à courir relativement tôt, la position de l'assuré ne s'en trouve pas excessivement péjorée, puisque la jurisprudence admet que le délai en question est interrompu pour l'ensemble du

¹⁸⁵ ATF 119 II 468 c. 2c ; ATF 126 III 278 c. 7a. Contra : BREHM, fiche 570a, p. 12.

¹⁸⁶ Voir plus haut, p. 135.

¹⁸⁷ BRULHART (Assurances privées), p. 388 ss ; FUHRER (Privatversicherungsrecht), p. 394 ; VVG-BSLK-GRABER, ch. 5 ad art. 46 LCA.

sinistre par la délivrance d'une garantie de couverture, même si celle-ci ne porte initialement que sur une première démarche¹⁸⁸. La prescription sera également interrompue par l'introduction de la procédure en cas de divergences d'opinion au sens de l'art. 169 OS¹⁸⁹. Nous sommes d'avis par ailleurs que, lorsque l'assureur indique à son assuré que le cas annoncé *est couvert*, mais qu'il se chargera lui-même des démarches juridiques nécessaires, il y a également interruption de la prescription pour la totalité du dossier¹⁹⁰, par analogie avec l'émission d'une garantie de couverture, sachant que la prétention de l'assuré à l'assistance juridique est une créance globale¹⁹¹. En effet, même s'il ne s'engage pas à ce stade formellement à prendre en charge les frais de prestataires externes, l'assureur admet ainsi expressément qu'il lui appartient de fournir des prestations contractuelles ; il ne peut dès lors se prévaloir de la prescription s'il apparaît quelques années plus tard seulement qu'une procédure judiciaire s'impose.

Conclusion

Les réflexions qui précèdent nous permettent de poser le constat que, au vu du droit suisse actuel et de la pratique générale des assureurs présents sur le marché, l'assuré ne peut partir du principe que son contrat d'assurance de protection juridique lui permettra de consulter sans autre, sans frais et dans tous les cas l'avocat de son choix, comme il peut consulter le médecin de son choix dans le système de l'assurance maladie de base. Au contraire, vu la tendance croissante des assureurs à gérer eux-mêmes les litiges de leurs clients, l'assurance de protection juridique ressemble sur de nombreux points au contrat d'abonnement de consultation juridique évoqué par Viret¹⁹², ou à un mandat pour les cas futurs, avec cette particularité que le mandat en question ne peut être résilié en tout temps. En contrepartie, le « mandataire » prend en charge, sur le modèle de la mutualité, l'essentiel des frais générés.

¹⁸⁸ ATF 119 II 368 c. 7a. Voir plus haut p. 163.

¹⁸⁹ LUTERBACHER, p. 1324.

¹⁹⁰ Dans le même sens : LUTERBACHER, p. 1324.

¹⁹¹ ATF 119 II 468 c. 2c.

¹⁹² VIRET, p. 379.

On pourrait disserter longtemps sur le caractère satisfaisant ou non de cette situation. Il convient de retenir selon nous que l'essentiel des droits des assurés restent préservés dans ce système, puisque l'assureur, quand il défend lui-même les intérêts de son assuré, doit respecter le même devoir de diligence que l'avocat indépendant, tant en ce qui concerne les moyens mis en œuvre que l'information à transmettre au client. Ainsi, en partant du principe que les acteurs du marché auront à cœur de préserver leur image et leur réputation par un traitement diligent des dossiers, nous pouvons admettre que le lésé sera dans un tel système correctement assisté dans ses démarches envers le responsable. Il sera néanmoins bien inspiré de garder dans un coin de l'esprit que son « défenseur » pourrait avoir un intérêt propre à ne pas multiplier les démarches en questions, et de requérir de sa part une motivation détaillée et régulière de ses conseils.

Bibliographie

- BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2001 (cité : CPC-Auteur).
- BOHNET François / MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009.
- BREHM Roland, *L'assurance de la protection juridique*, Fiches juridiques suisses n° 570 et 570a, Genève 2000.
- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, Berne 2008 (cité : Assurances privées).
- BRULHART Vincent : *Quelques aspects de l'assurance de la protection juridique en relation avec le procès civil*, in F. Werro/P. Pichonnaz (édit.), *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, p. 61 ss (cité : Procès civil).
- CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat*, Tomes I et II, Bâle 2013.
- DIDISHEIM Raymond, *L'avocat et l'assurance de protection juridique*, in F. Chaudet/O. Rodondi (édit.), *L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change*, Bâle 1998, p. 115 ss.
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997.
- FUHRER Stephan, *Die Rechtsschutzversicherung*, in H. Stöckli/F. Werro (édit.), *Strassenverkehrsrechtstagung 2006*, Berne 2006, p. 69 ss (cité : Rechtsschutzversicherung).
- FUHRER Stephan, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich 2011 (cité : Privatversicherungsrecht).
- FUHRER Stephan, in P. C. Hsu/E. Stupp (édit.), *Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz*, Bâle 2013 (cité : BslK-FUHRER).
- GROLIMUND Pascal, *Die Rechtsschutzversicherung in der Schweiz – eine Tour d'Horizon*, in R. Dörig/W. Fellmann/H. Giger/M. Lendi/ E. Seidl/ R. Stämpfli/H. Tschirky (édit.), *Versicherungsbranche im Wandel, Chancen und Risiken einer Neubesinnung, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag*, Berne 2009, p. 339 ss.
- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K. (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Bâle 2001 (cité : VVG-BslK-Auteur).

- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K. / GROLIMUND Pascal (éd.), *Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband*, Bâle 2012 (cité : VVG-BsIK-Nachf.Bd.-Auteur).
- LUTERBACHER Thierry, *Rechtsschutzversicherung*, in S. Weber/P. Münch (édit.), *Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, 2e éd., Bâle 2015, p. 1301 ss.
- MAURER Alfred, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3e éd., Berne 1995.
- PROBST Thomas, *Art. 164-183 CO*, in L. Thévennoz/F. Werro (éd.), *Code des Obligations I – Commentaire Romand*, 2^e éd. Bâle 2012.
- REYMOND Philippe, *L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies*, in *Revue de l'avocat* 6-7/2000, p. 11 ss.
- SCHAER Roland, *Modernes Versicherungsrecht, Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, Berne 2007.
- STOESSEL Gerhard, *Verhältnis Rechtsanwalt – Rechtsschutzversicherung: einige ausgewählte Fragen*, in *Revue de l'avocat* 6-7/2000, p. 4 ss.
- TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5e éd., Zurich 2012.
- VIRET Bernard, *De quelques aspects de l'assurance de la protection juridique*, in *Touring Club Suisse et Assista SA (édit.), Mélanges Assista*, Genève 1989, p. 361 ss.
- WEBER Rolf H. / UMBACH Patrick, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Berne 2006.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 2011.

