

Assurance protection juridique, clause d'exclusion insolite – limitation du droit de recours – cession des droits

Jean-Michel Duc*

1. Problématique

Dans l'article paru dans la revue HAVE/REAS 1/2014, page 99, Me VOLKER PRIBNOW relève que l'assurance protection juridique X prévoit dans ses conditions générales que ne sont notamment pas pris en charge « *les frais incombant à un tiers ou à une assurance responsabilité civile* ». De même, la compagnie Y indique dans ses conditions générales privées et de circulation que « *ne sont pas pris en charge de façon générale les frais et honoraires dont la prise en charge incombe à un tiers ou qui sont mis à la charge d'une personne civilement responsable ou d'un assureur responsabilité civile; dans de tels cas, Y ne verse que des avances.* »

A cet égard, comme le relève cet auteur, l'assurance protection juridique est de plus en plus confrontée à deux problèmes lorsqu'elle fait valoir des dommages-intérêts à l'encontre d'un tiers responsable. D'une part, l'assurance protection juridique est une assurance-dommage au sens de l'art. 48 ss LCA. De ce fait, elle ne peut pas recourir contre un tiers non fautif tenu responsable de par la loi en raison de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. D'autre part, du fait de l'existence du recours de l'art. 72 al. 1 LCA, la personne lésée ne peut plus faire valoir le dommage relatif aux frais d'avocat pris en charge par l'assurance protection juridique. Aussi, l'assurance protection juridique doit agir en son propre nom. Par ailleurs, il est notoire que la connaissance de l'existence d'une assurance protection juridique influence le règlement du sort du sinistre, en ce sens que très souvent l'assurance responsabilité civile tente de réduire sa participation aux frais d'avocat.

Cela étant, nous nous interrogeons sur le point de savoir si la clause des conditions de l'assurance protection juridique qui exclut les frais incombant à un tiers ou à une assurance responsabilité civile est une solution possible et souhaitable pour contrer les obstacles relatifs à l'exercice du droit de recours de l'assureur protection juridique contre le tiers responsable. Nous en doutons. Cette clause se

heurte premièrement à l'interdiction de la clause insolite. Deuxièmement, les limites du droit de recours de l'assureur protection juridique relèvent de la volonté délibérée du législateur, de sorte que seul un changement de législation permettrait de modifier cette situation. Troisièmement, dans la pratique l'exercice du droit de recours de l'assurance protection juridique se heurte parfois à la question de la légitimation active et de la prescription d'un an (ATF 133 III 6).

2. Appréciation

2.1 Refus des frais incombant à des tiers – clause insolite

2.1.1 A l'ATF du 19 mai 2008 (4A_120/2008), le Tribunal fédéral a rappelé les principes régissant l'interdiction de clause insolite dans les contrats commerciaux et les contrats d'assurance en particulier. L'art. 8 LCD a trait à l'utilisation de conditions commerciales abusives. Selon cette disposition, agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie (let. a) ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (let. b). La réalisation de la condition de l'art. 8 let. a LCD suppose une dérogation d'une certaine intensité à une norme juridique écrite, impérative ou dispositive, ou aux principes juridiques dégagés par la jurisprudence et la doctrine; la dérogation doit avoir pour effet de compromettre sensiblement l'équilibre du contrat. La seconde hypothèse (art. 8 let. b LCD) est subsidiaire et pourra être invoquée lorsque le régime légal applicable, même par analogie, ne donne aucun résultat. Au surplus, l'exigence de conditions générales qui seraient ou sont de nature à provoquer une erreur doit être réalisée tant dans l'hypothèse prévue à la lettre a que dans celle visée à la lettre b (ATF 117 II 332). Il suffit au demeurant que les conditions générales soient de nature à provoquer une erreur chez une partie contractante; il n'est pas nécessaire que celle-ci ait été effectivement trompée ou que l'autre partie ait eu pareille intention. L'aptitude à induire en erreur peut tenir à la formulation des conditions générales, à leur situation dans le texte ou à leur présentation graphique (ATF 4C.538/1996).

Sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales, toutes les clauses inhabituelles sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en

* Avocat, Lausanne

affaires n'a pas été spécialement attirée. La partie, qui incorpore des conditions générales dans le contrat, doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites. Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut, en plus de ce critère subjectif, que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (ATF 119 II 443).

2.1.2 La jurisprudence a qualifié d'insolite les clauses suivantes :

- la clause d'exclusion des « ouvriers prêtés » dans les contrats RC d'entreprise, en cas de faute légère du preneur (ATF du 9 mai 2008 – 4A_187/2007) ;
- la clause d'exclusion de couverture casco en cas de violation simple des règles de la circulation routière (ATF 119 II 443) ;
- une clause d'une banque qui prévoit le versement d'un carnet d'épargne sans examen de l'identité du détenteur (ATF 116 II 459) ;
- une clause de l'assurance perte de gain maladie qui limite les prestations d'assurance à 180 jours à l'extinction du contrat d'assurance, alors que le contrat prévoit une durée maximale de 720 jours (ATF du 28 janvier 2009 – 4A_419/2008) ;
- une clause de l'assurance perte de gain maladie qui réduit à 50% les indemnités journalières en cas de troubles psychiques (ATF du 28 janvier 2009 – 4A_419/2008) ;
- une clause des conditions générales qui exclut le droit de résiliation du preneur d'assurance, dans l'hypothèse où le contrat est adapté par suite d'une décision de l'autorité (ATF 135 III 1).

Par contre ne sont pas insolites les clauses suivantes :

- la clause qui prévoit que le client supporte le risque de perte ou de vol d'eurochèques (ATF 122 III 373) ;

- l'exclusion de couverture en cas de maladie ou d'accident en relation avec un abus de médicament ou une tentative de suicide (ATF du 1^{er} octobre 2004 – 5C. 134/2004).

2.1.3 En l'occurrence, la formulation de la clause en question, qui exclut les frais incombant à un tiers ou à une assurance responsabilité civile, nous apparaît ambiguë, peu claire. Est-ce que le client non juriste en comprend véritablement la portée ? Nous en doutons. Et, s'agissant de la clause de la compagnie Y selon laquelle des avances sont versées dans cette hypothèse, doit-on comprendre ces avances comme un prêt ? Dans l'affirmative, quelles conséquences en droit fiscal pour l'assuré et la compagnie Y ? Et en cas de demande de remboursement ?

Cela étant, de manière objective, dans la mesure où cette clause exclut la prise en charge des frais d'avocat, lorsque ceux-ci peuvent être mis à charge du tiers responsable ou de son assurance responsabilité civile, elle doit être qualifiée d'inhabituelle et d'étonnante. En effet, les situations dans lesquelles les frais d'avocat constituent un dommage et peuvent être mis sur le compte d'un tiers responsable sont très fréquentes. Subjectivement, le preneur d'assurance protection juridique qui n'a pas de connaissance particulière dans le domaine de l'assurance ne peut s'attendre à une telle clause, ce d'autant que c'est justement la couverture des frais d'avocat qu'il a cherché à assurer et que l'application de cette clause entraîne pour lui des conséquences économiques importantes. Ainsi, dans les situations concernées, soit celles où il y a potentiellement un tiers responsable, il devra prendre en charge les frais de son avocat, sans savoir si en définitive ces frais seront remboursés par le tiers responsable.

La clause en question peut être comparée à celle qualifiée d'insolite à l'ATF du 9 mai 2008 (4A_187/2008). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que dans un contrat d'assurance RC d'entreprise la clause d'exclusion de couverture pour les dommages touchant les « ouvriers prêtés » était insolite.

De notre point de vue, la clause de l'assurance protection juridique qui exclut la couverture des frais d'avocat incombant à un tiers ou à une assurance responsabilité civile est également insolite et sans portée juridique.

2.2 Droit de recours de l'assureur privé et échelle des recours

2.2.1 S'agissant du recours de l'assureur social contre le tiers responsable d'un sinistre, l'art. 72 al. 1 LPGA prévoit que « dès la survenance de

l'événement dommageable, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tous tiers responsables ». Comme le rappelle GHISLAINE FRÉSARD (in *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Schulthess, 2007, page 75), cette disposition prévoit une cession légale des droits de la victime à l'assureur social. Selon la jurisprudence ce droit de recours de l'assureur social est dit « intégral », en ce sens que l'assureur acquiert les mêmes droits que ceux dont disposait l'assuré contre le responsable, peu importe que celui-ci réponde fautivement d'un acte illicite ou en vertu d'un contrat ou même sans faute sur la base d'une responsabilité causale (ATF du 23 septembre 2008 [4A_246/2008], RO 134 III 636).

En ce qui concerne le recours de l'assureur privé LCA contre le tiers responsable, la situation juridique est toute autre. Ce recours ne peut s'appuyer que sur les art. 72 LCA (subrogation) et 51 al. 2 CO (recours). L'art. 72 al. 1 LCA prévoit que « les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée ». Quant à l'art. 51 al. 2 CO, il indique que « le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi ». (Echelle des recours).

Confrontée à ces deux dernières dispositions, la jurisprudence les applique conjointement et dans la mesure seulement où elles peuvent être harmonisées. Ainsi, l'assureur peut recourir contre le tiers qui a commis un acte illicite selon l'art. 72 LCA à condition que cet acte soit fautif, comme le veut l'art. 51 al. 2 CO. Dans le *BASLER KOMMENTAR* (VVG, Helbing & Liechtenhahn, 2001, pages 956 et 958) GRABER écrit : « *Daraus ergibt sich, dass dem Versicherten das Regressrecht nach Art. 72 VVG gegenüber einem ausservertraglich Verschuldenshaftpflichtigen zusteht.* » Dans le même sens, le Tribunal fédéral a jugé à l'ATF 115 II 24 (consid. 2/b) : « *Avec la doctrine dominante, il faut admettre que – comme les caisses d'assurance-incendie et les caisses-maladie pour leurs prestations en couverture de dommages (LCA) – les caisses de pensions privées ou dépendant du droit public cantonal sont soumises à la règle de l'art. 51 al. 2 CO* ».

2.2.2 L'ATF 137 III 352 cité par Me PRIBNOW a trait à la situation suivante : Une personne a perdu l'équilibre en accrochant son manteau dans un café. Elle a heurté la porte de la cave qui s'est ouverte, chutant dans les escaliers. La responsabilité

propriétaire relève de la responsabilité causale de l'art. 58 CO. L'assureur LAMal et l'assureur complémentaire LCA ont fait valoir des prétentions récursoires à l'encontre du propriétaire causal. Notre Haute Cour a jugé que l'assureur LCA, à la différence de l'assureur LAMal, ne bénéficie pas d'un droit de recours intégral. Lorsque l'assureur LCA prend en charge la réparation du dommage en vertu d'un contrat d'assurance-dommages, il endosse une responsabilité d'ordre contractuel ; de ce fait, il ne peut pas recourir contre un tiers non fautif tenu responsable de par la loi en raison de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO.

2.2.3 S'agissant du droit de recours de l'assurance protection juridique contre le tiers responsable pour les prestations qu'elle a allouées, l'assurance protection juridique est une assurance-dommage au sens de l'art. 72 LCA. De ce fait, conformément à la jurisprudence de l'ATF 137 III 352, elle ne peut pas recourir contre un tiers non fautif tenu responsable de par la loi en raison de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. A relever par ailleurs qu'en ce qui concerne le tiers responsable en vertu d'un contrat, il y a lieu de refuser tout droit de recours en cas de faute contractuelle légère conformément à la jurisprudence de l'ATF 80 II 247. L'assureur ne peut recourir contre le co-contractant qu'en cas de faute grave. En effet, si une compagnie d'assurance ne peut réduire sa prestation en raison d'une négligence légère commise par le lésé (art. 14 al. 4 LCA), il ne saurait en aller autrement lorsque ce même lésé a chargé un tiers de s'occuper de sa chose et que celui-ci a commis une faute contractuelle légère (ATF du 31 juillet 2007 – 4C.92/2007).

Il s'ensuit que dans tous les cas de responsabilité objective sans faute, il n'y a pas de possibilité de recours de l'assureur protection juridique. Relevons à titre d'exemples notamment les cas relevant de la responsabilité de l'art. 333 CC (responsabilité du chef de famille), de l'art. 679 CC (responsabilité du propriétaire d'immeuble), de l'art. 55 CO (responsabilité de l'employeur), de l'art. 56 CO (détenteur d'animal), de l'art. 58 CO (responsabilité du propriétaire d'ouvrage), de l'art. 58 LCR (détenteur de véhicule automobile), de la loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP). Il en va de même dans les cas de responsabilité contractuelle, lorsque la faute est légère.

3. Exercice du droit de recours de l'assurance protection juridique

3.1 En droit de la responsabilité civile, le dommage comprend les frais engagés par le lésé pour la consultation d'un avocat avant l'ouverture du procès

civil, lorsque cette consultation était nécessaire et adéquate et que les frais ne sont pas couverts ni présumés couverts par les dépens. Il en est de même pour les frais engagés dans une autre procédure, en particulier dans une procédure pénale ; si cette autre procédure permet d'obtenir des dépens, même tarifés, le lésé ne peut pas exiger séparément, sur la base du droit fédéral, le remboursement de ses frais de conseil (ATF du 28 mars 2011 – 4A_573/2010, ATF 133 II 361).

3.2 Cela étant, dans la mesure où ces frais d'avocat sont ou ont été pris en charge par une assurance protection juridique, le lésé ne peut plus les faire valoir dans le cadre d'une procédure judiciaire au titre de son propre dommage. En effet, en prenant en charge les frais d'avocat, l'assureur est subrogé au droit de son assuré; il s'ensuit que pour les prestations prises en charge par l'assurance protection juridique, le lésé ne subit plus de dommage. A la date du paiement, il lui est substitué et il lui appartient dès lors d'exercer son action récursoire en son nom. L'assureur protection juridique peut alors céder sa créance à son assuré qui pourra faire valoir dans le cadre de la procédure civile les frais d'avocat hors procédure au titre de dommage, sous réserve des limitations du droit de recours susmentionnées. (ATF 133 III 6).

A cet égard, il ne faut pas perdre de vue le fait que l'action récursoire de l'assurance protection juridique est soumise au délai de prescription d'un an, lequel court à partir du jour où le paiement a été fait. Pour le montant versé à l'avocat, l'assurance protection juridique est subrogée au droit de son assuré conformément à l'art. 72 LCA. L'assurance est ainsi substituée à son assuré, et il lui appartient depuis la date du paiement d'exercer l'action récursoire (ATF 133 III 6). Si l'assurance n'entreprend rien dans le délai d'un an, son droit est prescrit. Ainsi, si l'assuré a ouvert action à temps, une cession des droits de l'assureur protection juridique à l'assuré, qui interviendrait postérieurement au délai d'un an dès le paiement, serait tardive. La créance de l'assurance protection juridique serait déjà prescrite, la cession étant sans effet sur la prescription déjà acquise.

4. Conclusions

4.1 Dans notre pratique, nous n'avons pas eu connaissance de cas d'application de la clause refusant la prise en charge par une assurance protection juridique, lorsque les frais incombent à un tiers ou à une assurance responsabilité civile. A l'évidence, l'application d'une telle clause irait à l'encontre du principe même de l'assurance, qui est

justement là pour couvrir les frais afférents à ce type d'affaire (par exemple : un accident de circulation routière). Tout laisse à penser que cette clause a été introduite en vue de faciliter les discussions avec les assureurs responsabilité civile sur les postes frais d'avocat.

4.2 Rappelons que le droit de recours de l'assurance protection juridique contre le tiers responsable ou son assurance responsabilité civile est limité par l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO conformément à l'art. 72 LCA. Il en découle que le droit de recours est exclu dans tous les cas de responsabilité objective sans faute, ainsi qu'en cas de responsabilité contractuelle, lorsque la faute est légère.

4.3 Par ailleurs, dans les cas de recours des assureurs protection juridique contre le tiers responsable, il y a lieu de prendre en compte que, d'une part, ce droit se heurte au délai de prescription d'un an dès la date du paiement (ATF 133 III 6). D'autre part, en procédure judiciaire, lorsque le lésé fait valoir les frais d'avocat avant procès pour l'assurance protection juridique, il se fait régulièrement opposer l'absence de dommage, vu la prise en charge par l'assurance. Pour ne pas tomber dans ces écueils, il est nécessaire que l'assureur protection juridique cède ses droits à son assuré.