

Baptiste Rusconi*

L'assurance RC professionnelle de l'avocat: risque, sinistre et durée de la couverture

I.

1. Si la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 7 mai 2002, en vigueur dès le 1^{er} juin 2002 impose à l'avocat, comme règle professionnelle, d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité professionnelle offrant une «couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité» (art. 12 let. f), il est bien évident que les avocats ont depuis longtemps considéré comme impérieux de se prémunir contre les conséquences financières d'un dommage causé à leurs clients dans la conduite de leurs mandats. Qui, mieux qu'un avocat, pourrait prendre en effet conscience et apprécier les conséquences d'une possible faute professionnelle lorsqu'il s'agit d'assumer la défense des intérêts économiques ou personnels d'un tiers? Qui n'a pas compris les conséquences dommageables que peuvent avoir des négligences commises, par exemple:

- oubli d'un délai de recours ou de prescription;
- rédaction défectueuse de clauses contractuelles;
- mauvais calcul du dommage dans un cas de responsabilité civile, oubliant de prendre en considération l'évolution de la jurisprudence?

C'est bien pourquoi les avocats suisses en sont venus, depuis de nombreuses années déjà, à conclure des contrats d'assurance RC professionnelle auprès des quelques compagnies suisses, voire étrangères, qui interviennent sur ce marché.

C'est dire que l'obligation d'assurance imposée maintenant par la loi fédérale ne devrait pas modifier beaucoup le comportement des avocats suisses à ce sujet.

2. L'avocat entend donc être couvert pour les conséquences financières d'une éventuelle faute professionnelle. En fait, les contrats d'assurances offerts aux avocats prévoient une double couverture:

- a) paiement des indemnités dues au client lésé en cas de prétentions justifiées, c'est-à-dire lorsque la faute de l'avocat qui a provoqué un préjudice patrimonial au client est établie;
- b) prise en charge des frais de défense de l'avocat (frais d'avocat, d'expertise, de justice) contre des prétentions injustifiées; il s'agit d'une assurance protection juridique qui s'ajoute à la protection de responsabilité civile proprement dite.

3. L'avocat doit donc mettre au centre de ses préoccupations les risques financiers liés à une faute commise par lui dans l'exercice d'un mandat. Mais toute faute professionnelle (toute violation des «règles de l'art» comme on dit dans le domaine médical) ne

provoque pas nécessairement un dommage chez le client ni, en outre, un dommage dans le patrimoine de l'avocat. Ainsi l'omission d'un recours reste sans conséquence si ce recours était voué à l'échec; le client peut renoncer à mettre en cause la responsabilité de l'avocat en considérant que les chances de succès sont maigres; ou parce que le dommage produit est de peu d'importance; le client peut n'être pas conscient de la faute commise par l'avocat (et l'avocat non plus), etc. C'est donc uniquement lorsque la faute professionnelle commise aboutit finalement à imposer à l'avocat l'obligation de verser des dommages-intérêts à son client que l'avocat doit pouvoir obtenir de son assureur RC qu'il soulage son patrimoine de cette dette de dommages-intérêts. Par l'assurance RC professionnelle conclue, l'avocat entend être garanti précisément contre la diminution de son patrimoine si celui-ci est grevé d'une dette de dommages-intérêts. L'avocat entend ainsi couvrir le risque de l'exercice de son activité professionnelle pouvant aboutir à un dommage dont le client demandera réparation.

4. Sans s'attarder à trop de considérations doctrinales, on doit constater néanmoins que cette situation de base, regardée selon les règles du droit des assurances, fait appel à plusieurs notions qui doivent être à la fois distinguées et combinées:

- a) quel est le «risque» que couvre l'assurance RC professionnelle de l'avocat? C'est celui de provoquer, par son activité professionnelle, l'apparition d'un dommage économique chez le client;
- b) quel est le «sinistre», soit la réalisation du risque, soit «l'événement dont on craint la survenance» pour parler comme le Tribunal fédéral (ATF 100 II 407 et ATF 11.2.2002 SJ 2002 p. 272)?

Les spécialistes de la branche en débattent. Pour certains, le sinistre survient lorsque le lésé fait valoir des prétentions en dommages-intérêts contre son avocat. Ce serait là l'opinion dominante et le Tribunal fédéral s'y est rallié dans des arrêts anciens. Pour d'autres il y a sinistre «dès que la responsabilité de l'avocat est engagée», c'est-à-dire dès que le dommage apparaît chez le client, que celui-ci fasse ou non valoir ensuite des prétentions contre son avocat.

Le Tribunal fédéral n'a finalement pas tranché cette controverse (ATF 100 II 403 et SJ 2002 p. 272). Il a en effet considéré que celle-ci revêtait un caractère «partiellement théorique» dès lors que dans le contrat d'assurance, plus précisément dans les conditions générales (CGA), les parties «sont libres non seulement de définir le risque mais aussi de fixer les conditions nécessaires à sa réalisation» (SJ 2002 p. 272).

* Baptiste Rusconi, avocat, professeur honoraire de l'Université de Lausanne, Rusconi & Associés, Lausanne.

5. S'agissant de déterminer ce qu'il faut entendre par «risque», ou par «sinistre», il est donc de toute importance de se référer aux CGA. On constate alors qu'apparaît un autre problème qui revêt une importance particulière. Il s'agit en effet de savoir comment traiter la faute professionnelle commise, à l'origine du dommage subi par le client, par rapport à la notion de sinistre et comment l'apprécier en relation avec la détermination de la couverture d'assurance dans le temps.

Pratiquement, les CGA prévoient de dissocier la date de survenance du dommage de sa cause. Elles exigent ainsi que, pour que la garantie d'assurance soit acquise, non seulement le dommage apparaisse chez le client pendant la durée du contrat, mais en plus qu'il ait été «causé» pendant cette durée. Toutefois, on peut poursuivre la dissociation et distinguer en plus de la cause du dommage et de sa survenance le moment de la réclamation élevée auprès de l'avocat par le client lésé. Dans ce mécanisme, ce qui est déterminant, c'est que la réclamation du client soit formulée pendant la durée du contrat.

Dans son arrêt ATF 100 II 403, le TF s'est rallié à la théorie dite de l'événement dommageable, qui amène à considérer que le contrat d'assurance ne peut couvrir que les situations où le dommage subi par le client est attribué à des fautes commises par l'avocat pendant la durée du contrat.

Mais encore faut-il, pour que la couverture soit acquise, que les prétentions en dommages et intérêts découlant de ces fautes soient formulées par le client pendant la durée du contrat, si les CGA prévoient cette condition complémentaire.

6. Le dernier arrêt du TF en matière d'assurance RC professionnelle est assez éloquent dans l'illustration du fonctionnement de ces mécanismes (SJ 2002 p. 272; texte complet: 5C. 237/2001).

- Il s'agissait de l'assurance RC couvrant l'activité d'une société de gérance immobilière;
- cette société commet des erreurs dans la gérance d'un immeuble, erreurs qui se sont produites au début de l'année 1993, à une époque où le contrat d'assurance était encore en vigueur;
- le contrat d'assurance vient à échéance le 7 juin 1993, alors que le client émet pour la première fois des prétentions contre la gérance en date du 11 septembre 1993;
- la clause contractuelle prévoyait que «sont assurées les prétentions en dommages-intérêts émises contre un assuré pendant la durée du contrat».

On voit immédiatement que, en l'espèce, les prétentions ont été émises après l'échéance du contrat. La couverture n'était donc pas acquise! Or indiscutablement, la faute professionnelle pour laquelle la gérance a conclu le contrat d'assurance RC a été commise à une époque (début 1993) où de toute évidence le contrat était encore en vigueur. Il n'a donc dépendu que de la volonté du client lésé de faire en sorte que la couverture soit acquise: si le client lésé s'était manifesté avant le 7 juin 1993 au lieu d'attendre le 11 septembre 1993, le Tribunal aurait dû constater sans doute possible que les prétentions avaient été «émises» pendant la durée du contrat!

Comment faire comprendre à la société de la gérance assurée qu'une faute professionnelle commise pendant la durée du contrat n'est finalement pas couverte tout simplement parce que son client a malencontreusement attendu 3 mois de trop (de juin à septembre) avant de venir se plaindre! En donnant plus de poids – du point de vue temporel – au critère de la manifestation par le lésé de sa volonté d'être indemnisé qu'à la faute professionnelle commise – pour laquelle on a manifestement voulu s'assurer –, la solution du Tribunal fédéral dénature quelque peu le but de l'assurance RC professionnelle. En tout cas cette solution peut difficilement être considérée comme étant celle que la société assurée pouvait avoir voulu faire consacrer par la conclusion du contrat d'assurance.

On peut sans autre transposer cet arrêt dans notre branche (la pratique du Barreau).

Par conséquent, il convient de veiller à ce que la solution contractuelle liant l'avocat à son assureur RC réponde bien à ce souci: l'avocat veut être garanti pour les fautes qu'il a commises pendant la durée du contrat d'assurance; et puisque les CGA peuvent aménager librement les relations contractuelles sur cette question, il faut trouver une solution pratique qui évite de devoir trancher les problèmes abordés ci-dessus.

II.

7. Qu'on se rassure! Les assureurs ont tout autant que leurs assurés (surtout s'ils sont avocats!) intérêt à créer par leurs CGA des situations claires, tout en tirant profit de l'apport de la doctrine et de la jurisprudence pour identifier les problèmes et construire des solutions contractuelles équilibrées.

8. L'examen des CGA des principales compagnies intervenant en Suisse sur ce marché permet de faire les constatations suivantes:

- a) pratiquement toutes les compagnies lient la couverture de l'assurance à l'exigence que les prétentions en dommages-intérêts du client soient «élevées» (*erhoben*) contre l'avocat pendant la durée du contrat («Anspruchserhebungsprinzip» ou principe «claims made»). Sur la base de cette seule clause, on se trouverait dans la même situation que celle jugée dans l'arrêt SJ 2002 p. 272.

Mais les CGA précisent et étendent la notion de prétentions «élevées».

On indique en effet qu'il faut entendre par là non seulement le moment où la prétention est formulée par le client lui-même, oralement et par écrit, mais déjà le moment (antérieur dans le temps) où «un assuré prend connaissance ou aurait dû prendre connaissance pour la première fois de circonstances selon lesquelles il fallait s'attendre à ce que des prétentions en dommages-intérêts soient élevées» (ou: lorsque l'assuré «est informé de circonstances dans lesquelles on doit compter qu'une telle prétention sera élevée») contre lui, mais «au plus tard» lors de l'intervention orale ou écrite du client. Autrement dit, avant même d'être l'objet d'une réclamation

de la part de son client, l'avocat pourra avoir eu lui-même conscience d'avoir commis une faute professionnelle source possible d'un dommage pour son client. Les CGA ne vont pas jusqu'à l'obliger d'en informer aussitôt son assureur, mais la prudence pourrait dicter à l'avocat de le faire, en tout cas dans une situation où l'échéance contractuelle est proche.

Quoi qu'il en soit, avec une telle clause, la solution de l'arrêt SJ 2002 p. 272 aurait été différente: manifestement la société de gérance a dû se rendre compte avant même l'échéance du contrat d'assurance qu'elle avait commis une faute professionnelle source de dommage pour son client;

b) une fois définie cette condition fondamentale de couverture, il est intéressant de voir les solutions données par les CGA à des situations particulières.

- Quid de prétentions élevées *pendant* la durée contractuelle, mais découlant de dommages provoqués par une faute professionnelle *antérieure* à la conclusion du contrat d'assurance? Certaines compagnies acceptent de couvrir cette situation, mais à la condition qu'au moment de la conclusion du contrat, l'avocat n'ait pas eu ou n'ait pas dû avoir connaissance de la faute professionnelle commise et susceptible d'engager sa responsabilité. La charge de la preuve incombe à l'avocat assuré.

Cette extension de couverture est parfois accordée uniquement moyennant une convention particulière.

- Quid des conséquences d'une faute commise *pendant la durée* du contrat, mais pour laquelle le client n'élève des prétentions que *postérieurement* à l'échéance du contrat (situation de l'arrêt SJ 2002 p. 272)? Apparemment aucune des CGA des compagnies pratiquant en Suisse ne prévoit expressément cette éventualité (à distinguer de celle du décès ou de la cessation d'activité). L'avocat pourrait ainsi courir le risque de ne pas être couvert, à moins qu'il soit en mesure d'établir qu'il était dans une situation où il a pris connaissance ou dû prendre connaissance de l'éventualité de la mise en cause de sa responsabilité encore durant la période de validité de la police d'assurance et qu'il devait ainsi, avant l'échéance de ce contrat, s'attendre à ce que son client élève des prétentions en dommages-intérêts contre lui, fût-ce après l'échéance du contrat (ou encore mieux: s'il en avait déjà informé son assureur comme envisagé ci-dessus).

A vrai dire, nous nous sentirions plus rassurés si les CGA prévoyaient une clause stipulant expressément par exemple:

«Sont aussi couverts les dommages causés pendant la durée du contrat, mais pour lesquels des prétentions ne sont émises qu'après l'expiration de l'assurance et pendant le délai légal de prescription».

Il s'agit de la formule que l'on trouve dans les CGA d'une compagnie d'assurances mais uniquement pour le cas de cessation de l'exercice de la profession ou de décès du preneur d'assurance.

- Quid de la couverture d'assurance en cas de *décès* de l'avocat, de *cessation de son activité*, ou de *modification*

d'activité (avocat quittant l'association d'avocat dont il faisait partie et qui était assuré, pour aller rejoindre un autre cabinet)?

Les CGA, pour ces situations, ont prévu des règles particulières pouvant varier d'un assureur à l'autre. Certains mettent sur le même plan le décès et la cessation d'activité en accordant une couverture pour les réclamations qui seraient émises ultérieurement, c'est-à-dire après l'expiration du contrat, mais pour des dommages causés pendant la durée du contrat et pendant la durée d'activité de l'avocat, sous réserve du délai de prescription légal.

D'autres CGA ne connaissent ce système que pour le cas du décès de l'avocat ainsi que pour le cas où l'avocat quitte l'étude, mais toujours, naturellement, pour des situations consécutives à une faute professionnelle commise pendant la durée du contrat.

9. Sur ces problèmes de couverture d'assurance dans le temps, ces CGA peuvent dans l'ensemble être considérées comme satisfaisantes pour l'avocat soucieux d'être couvert non seulement pendant qu'il exerce son activité, pour les fautes professionnelles commises pendant la durée contractuelle, mais également pour la période ultérieure quelle que soit la raison du changement (échéance du contrat, cessation d'activité, modification de l'activité professionnelle).

Toutefois, et au-delà d'une simple préoccupation de rédaction claire et bien structurée des CGA et afin de mieux distinguer les différentes situations, il semble que celles-ci devraient poser plus clairement le principe fondamental qu'on vient d'évoquer: l'avocat doit être assuré pour les conséquences de toutes les fautes professionnelles qu'il peut avoir commises pendant la durée du contrat, et ce quel que soit le moment où les prétentions sont élevées contre lui ou ses successeurs, c'est-à-dire aussi bien pendant la durée contractuelle que postérieurement et quelle que soit la cause de la fin du contrat (échéance contractuelle ou décès de l'avocat ou cessation de l'activité ou modification de celle-ci). Le tout, naturellement, avec la limite posée par les règles légales sur la prescription des droits du client lésé.

Bibliographie sommaire

Jurisprudence

- ATF 100 II 403.
- Arrêt du TF 5C.237/2001 du 11.1.2002 (publication partielle dans Semaine judiciaire 2002 p. 272).

Doctrine

- ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e édition, 1995 p. 329 ss.
- ROLAND BREHM, Le contrat d'assurance RC, 1997, N. 23 ss et 321 à 333.
- JEAN-BENOÎT MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994.

Publications dans la Revue de l'avocat – Anwaltsrevue

- Assurance RC professionnelle, n° 9/2002 p. 36 (texte allemand, p. 35).
- D. OBERHÄNSLI, Steigende Nachfrage nach Berufshaftpflicht-Versicherungsschutz für Rechtsanwälte, n° 11–12/2002 p. 12. ■