

ASSURANCE DE LA PROTECTION JURIDIQUE: LES NOUVELLES RECOMMANDATIONS POUR LES AVOCATS ET LES ASSUREURS

PIERRE-DOMINIQUE SCHUPP

Avocat, Lausanne

Mots-clés: assurance protection juridique, recommandation pour les avocats, recommandation pour les assureurs, indépendance de l'avocat, libre choix de l'avocat, reprise de dette cumulative

Le 1^{er} janvier 2019 sont entrées en vigueur de nouvelles recommandations élaborées conjointement entre la FSA et l'ASA. Elles ont pour objet principal de clarifier et de faciliter la relation triangulaire complexe entre assureur, assuré et avocat. Cette contribution a pour objet d'en présenter les grandes lignes.

I. Introduction

Après une longue période d'interruption, les échanges entre une délégation de la Fédération Suisse des Avocats (ci-après FSA) et la commission Assurance protection juridique de l'Association Suisse des Assureurs (ci-après ASA) avait abouti, en 2015, à l'élaboration par une Commission paritaire FSA/ASA¹ d'un aide-mémoire intitulé «Check-list pour les assurés en protection juridique», disponible en plusieurs langues. Ce document, dont il était recommandé qu'il soit remis par les assureurs à leurs assurés, avait pour objet de faciliter les démarches de ces derniers confrontés à un sinistre.

Cette Check-list a notamment fait l'objet d'une présentation détaillée dans un article de Me MANFRED DÄHLER dans la Revue de l'Avocat 11/12 2015². Elle a également fait l'objet d'une présentation et d'un débat lors du Congrès de la FSA de 2017 à Lucerne.

Il ne s'agissait cependant que d'une première étape et l'objectif de la Commission paritaire consistait à élaborer des aide-mémoires destinés aux avocats ainsi qu'aux assureurs protection juridique. Les discussions sont maintenant terminées et deux documents intitulés «Recommandations à l'attention des avocats pour la gestion de leurs relations avec les assurances protection juridique» et «Recommandations à l'attention des assurances de protection juridique pour la gestion de leurs relations avec les avocats indépendants» sont entrés en vigueur le 1.1.2019. Ces recommandations sont disponibles en allemand, français et italien³. Elles sont reproduites en annexe à cette brève présentation.

II. Le cadre réglementaire

La contribution mentionnée ci-dessus de MANFRED DÄHLER⁴ exposait de manière détaillée les enjeux des discussions entre la FSA et l'ASA⁵: d'une part, l'état du marché de l'assurance protection juridique ne cesse de croître et l'accès à la Justice est rendu toujours plus difficile par notamment une augmentation vertigineuse des frais de

- 1 La Commission paritaire est composée des personnes suivantes.
Pour l'Association suisse des assureurs (ASA):
 - Tanja Wilke, Chef-adjointe du département des sinistres ASA
 - Daniel Eugster, CEO, CAP Compagnie d'assurance de Protection juridique, président de la commission Assurance Protection juridique de l'ASA
 - Daniel Siegrist, CEO COOP Protection Juridique SA et Helsana Protection juridique SAPour la Fédération suisse des Avocats (FSA):
 - René Rall, Secrétaire général FSA
 - Manfred Dähler, ancien Bâtonnier St-Gall
 - Pierre-Dominique Schupp, ancien Président FSA et Bâtonnier Vaud
- 2 MANFRED DÄHLER, Développer à bon escient les relations avec les assurances de protection juridique, Revue de l'Avocat, 11/12 2015, pp. 486 ss.
- 3 www.sav-fsa.ch.
- 4 Cf. rem 3.
- 5 Trois assureurs, Axa-Arag, Dextra et depuis plus récemment Assista ne font pas, ou plus, partie de la Commission Assurance Protection Juridique de l'ASA.

justice et une complexification des procédures⁶. D'autre part, le fonctionnement de l'assurance protection juridique est régi par les art. 161 à 170 de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS)⁷. Dans le cadre de leurs échanges, assureurs et avocats restaient ainsi tenus par le cadre rigide de l'OS.

On pense ici en particulier à l'art. 167 OS qui n'instaure en Suisse qu'un libre choix limité de l'avocat, l'assureur pouvant refuser l'avocat proposé par un client mais devant ensuite choisir sur une liste de trois avocats qui lui est soumise par l'assuré⁸. La Recommandation assureur retient à cet égard que l'assureur ne devrait éviter de s'écarter du choix de son assuré que dans des cas importants.

On doit aussi rappeler que les avocats sont soumis à des obligations professionnelles et déontologiques et que la FSA ou les ordres cantonaux ne sauraient conclure des conventions tarifaires avec les assureurs, car elles tomberaient sans aucun doute sous le coup des dispositions en matière de cartel⁹.

III. Les recommandations

1. Généralités

Comme pour la check-list destinée aux assurés, la Commission paritaire a cherché, dans les Recommandations, à clarifier la réglementation et à structurer les rapports entre les avocats et les assureurs. L'objectif est d'apporter davantage de transparence, de contribuer à améliorer la confiance mutuelle afin, comme le précise le Préambule de chacune des deux Recommandations, de garantir aux justiciables le meilleur accès possible à la Justice.

Les Recommandations sont destinées d'une part aux avocats et d'autre part aux Assureurs. Le choix d'élaborer deux textes est dû à la nécessité de tenir compte des spécificités et contraintes des deux parties. Toutefois, la Commission a veillé à ce que des dispositions miroirs figurent dans les deux textes afin de garantir la cohérence du dispositif. Dans ce sens, seules ont été reprises et adoptées des recommandations qui pouvaient être acceptées par chacune des deux parties.

La Commission paritaire s'en est aussi tenue à la conception juridique sur laquelle elle s'était fondée en 2015 et qui pour elle est centrale, à savoir qu'il n'existe dans le rapport triangulaire entre assureur, assuré/client et avocat indépendant que deux relations contractuelles, à savoir:

- le contrat d'assurance entre l'assuré et l'assureur;
- le contrat de mandat entre l'assuré et l'avocat.

En conséquence, *il n'existe pas de lien contractuel entre l'assureur et l'avocat*. Dès lors, c'est à l'assuré seul qu'appartiennent les droits et obligations qui découlent du contrat d'assurance¹⁰.

2. Les dispositions topiques

Chaque Recommandation est divisée en trois parties et porte sur les éléments à prendre en considération, tout d'abord, (1) lors de la prise de contact avec l'avocat, et ce

jusqu'à l'octroi par l'assureur de la couverture d'assurance qui peut être limitée à certaines opérations, ensuite, (2) elles traitent des obligations de l'avocat durant la gestion du cas pour lequel il a été mandaté (par son client) et, (3) enfin, de la manière dont un cas est clôturé.

Certaines recommandations reprennent les exigences de l'OS ou s'expliquent d'elles-mêmes. On se contentera d'expliquer ci-après celles qui paraissent les plus importantes¹¹:

La Recommandation avocat rappelle que, *aussi longtemps que la couverture d'assurance n'est pas accordée par l'assureur, les frais engagés le sont à la charge du client seul*. Cela étant, l'assureur peut, sans obligation de sa part, décider de couvrir rétroactivement les frais déjà engagés. Dans ce sens, l'avocat est bien avisé d'informer son client de cette situation et de l'encourager à contacter directement son assureur.

Certaines CGA stipulent que lorsqu'un assuré consulte un avocat avant de déclarer un sinistre, cela constitue une violation de ses devoirs qui peut entraîner le droit de l'assureur de refuser toute couverture d'assurance¹². Il est ici rappelé qu'une violation fautive de ses devoirs par l'assuré peut, conformément à l'article 45 de la LF sur le contrat d'assurance¹³, conduire à un tel refus¹⁴. À ce propos, la Recommandation assureur précise que l'assureur ne devrait pas voir une violation de l'obligation du comportement de l'assuré si son assuré consulte avocat sans l'en informer dans un cas d'urgence et que l'intervention de l'avocat ne peut attendre, par exemple en vue d'une intervention comme avocat de la première heure ou pour sauvegarder un délai, ou dans l'hypothèse où l'assuré consulte, pour la première fois, un avocat avant d'avertir son assureur. Le but est, en premier lieu, de sanctionner uniquement des comportements abusifs.

⁶ Voir aussi MANFRED DÄHLER, Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen für Rechtsanwälte und Versicherer, in Revue Suisse de l'Avocat 1/2019, pp. 5–9: entre 2015 et 2017, le volume des primes a passé de CHF 517.3 millions à CHF 561 millions. Dans la même période, le montant des prestations externes servies par les assureurs protection juridique a passé de CHF 267.5 millions à CHF 292.2 millions. La plus importante partie de ces prestations a été versée aux avocats externes mandatés. Trois assureurs, Axa-Arag, Assista et CAP, depuis la reprise de la DAS, se partagent environ deux tiers du marché.

⁷ RS 961.011.

⁸ Cette pratique a été jugée contraire à l'art. 201 al 1 let. a de la directive 2009/138/CE dans l'arrêt Nobile du 27.10.2017 par la Cour européenne de l'AELE (E-21/16).

⁹ DÄHLER, op. cit. rem. 3 p. 488.

¹⁰ DÄHLER, op. cit. p. 489, voir aussi FRANÇOIS BOHNET et MICHAEL ECKLIN, Avocat et assurance de la protection juridique, 2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel, 2016, rem. 84, p. 66.

¹¹ La FSA a prévu d'organiser un workshop spécifiquement destiné à traiter des Recommandations FSA/ASA lors de son prochain Congrès de Lucerne du 13 au 15. 6. 2019.

¹² P. ex.: ASSISTA, assurances protection juridique privée, CGA, éd. 2016, état 2018, art. 12, al. 2.

¹³ RS 221.229.1.

¹⁴ ATF du 29.9.2010, 4A_349/2010, cons. 4.2.

Il est notoire que certaines compagnies d'assurances ont conclu avec certains avocats dits de confiance des conventions au terme desquelles elles s'engagent à leur transmettre en priorité des mandats, les avocats de leur côté acceptant de pratiquer une politique de prix favorables. De telles conventions sont discutables sur un plan déontologique dans la mesure où elles sont de nature à mettre en péril l'indépendance de l'avocat au sens de l'art. 8 LLCA¹⁵.

Afin de garantir la transparence, la Recommandation avocat précise que «l'avocat doit informer son client d'éventuelles conventions/contrats avec l'assureur protection juridique et, à la demande du client, les lui présenter».

Le texte relatif aux assureurs reprend l'article 167 al. 3 OS qui impose à l'assureur de rendre son client attentif à son droit de choisir librement un avocat lorsqu'il se trouve lui-même en situation de conflit d'intérêts, que ce soit qu'il assurerait les deux parties à un litige ou que l'assuré se trouverait en litige avec une société faisant partie du même groupe que l'assurance protection juridique.

La Recommandation précise qu'il appartient à l'avocat de veiller à ce que la convention de prise en charge comprenne tous les éléments nécessaires au traitement du dossier, et, notamment les bases de l'honoraire qui sera pris en charge. Il est rappelé ici que l'étendue du mandat confié par le client à son avocat peut diverger de la couverture accordée, si bien que l'avocat doit en informer le client, en particulier que ce dernier doit s'attendre à un surcoût qui lui sera facturé de manière séparée. Il est important ici de préciser que l'existence d'une police d'assurance protection juridique ne donne pas à l'assuré le droit à une couverture indéfinie dans n'importe quelle situation. En revanche, l'étendue du mandat de l'avocat doit, dans tous les cas, être définie non pas en fonction de la couverture d'assurance qui est accordée, mais bien conformément au mandat qui a été confié par le client à son avocat. Il en va de l'indépendance de l'avocat.

Dans le même sens, il importe que les avocats soient conscients de la possibilité pour les assureurs de procéder à un règlement économique du cas. Il est en effet toujours plus fréquent, surtout pour des litiges de peu d'importance, que l'assureur préfère racheter le sinistre plutôt que d'assumer une procédure chère et incertaine.

L'avocat reste soumis au secret professionnel absolu (art. 13 LLCA), et ce quand bien même le client l'aura relevé de son secret à l'égard de l'assureur, comme le prévoient la plupart des CGA des assureurs. Ce nonobstant, le client et assuré a l'obligation d'informer l'assureur des étapes importantes de la procédure. Dans ce sens, la Recommandation avocat précise que l'avocat délié du secret professionnel par son client peut donner ces informations à l'assureur et lui signaler les démarches complémentaires, ce notamment lorsqu'une extension de la couverture d'assurance est nécessaire. Elle retient également que l'assureur doit disposer des documents nécessaires afin de pouvoir se déterminer sur l'éventuelle absence de chances de succès. Il est aussi fréquent que l'assureur requiert des rapports intermédiaires. Lorsque de telles de-

mandes sont adressées à l'avocat, il incombe à l'assureur d'en assumer les frais.

Il est également stipulé que les avocats peuvent adresser leurs notes d'honoraires en fonction de l'évolution du cas, mais au moins une fois l'an. À cet égard, que ce soit en cours de mandat ou au terme de ce dernier, la Recommandation avocat mentionne que *la note d'honoraires doit être libellée au nom du client même si elle est envoyée à l'assureur*. Elle devra être détaillée si la rémunération de l'avocat est convenue sur une base horaire.

Il s'agit d'un point capital: la doctrine est en effet divisée sur la question de savoir si la prise en charge de la note d'honoraires de l'avocat par l'assureur est une reprise de dette cumulative ou si elle consiste en la reprise de dette exclusive par l'assureur (cf. art 176 CO)¹⁶. Autrement, dit, l'avocat dispose du droit de se retourner contre son client s'il n'est pas payé, voire si des prestations allant au-delà de la couverture ne sont pas réglées. Dans cet esprit, l'avocat prudent fera signer, au début du mandat, une déclaration en vertu de laquelle son client n'est libéré de l'obligation de régler la note d'honoraire que dans la mesure où l'assureur la règle. L'Ordre des avocats de St-Gall a élaboré un modèle de déclaration dans ce sens¹⁷.

Pour terminer, la Recommandation traite de la toujours délicate question des accords transactionnels: *il importe à l'avocat de recueillir l'accord préalable de l'assureur, en particulier pour ce qui concerne l'éventuelle prise en charge des frais de procédure*. S'il n'est pas possible d'obtenir l'accord préalable de l'assureur, il est recommandé de réserver cet accord au moment de signer une convention de transaction.

3. Conclusions

Ces nouvelles Recommandations constituent un outil utile et concret en vue d'une meilleure compréhension entre les avocats et les assureurs de la protection juridique. Il convient maintenant de les diffuser et, aussi bien du côté des avocats que du côté des assureurs, de garantir la formation des utilisateurs.

C'est une tâche, qui, du côté des avocats, peut et doit être effectuée non seulement par la FSA, mais également par les ordres cantonaux.

15 FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. A. 2017, N 1939; FUHRER, *Leistungen des Rechtsschutzversicherers*, insbesondere Anspruch auf Beiziehen eines unabhängigen Anwalts, S.83 ff, in: Fellmann (Hrsg.), *Weiterbildung Recht, Rechtsschutzversicherung und Anwalt*, Tagung vom 4. 4. 2017 in Luzern, Bern 2017; FRANÇOIS BOHNET et MICHAEL ECKLIN, *op. cit.* rem. 104, p. 73.

16 FRANÇOIS BOHNET ET MICHAEL ECKLIN, *op. cit.* rem. 110 ss, pp. 76 ss.

17 MANFRED DÄHLER, *Rechtsschutzversicherung: Neue Empfehlungen für Rechtsanwälte und Versicherer*, *op. cit.* p. 5.