

Buchbesprechungen Recensions

STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht. Schulthess Verlag, Zürich 2011, 718 Seiten, gebunden, CHF 98.00. ISBN 978-3-7255-6139-1

Un journaliste demanda un jour à un avocat fameux, amoureux de littérature, au verbe aussi choisi qu'imprégné de culture ancienne, pourquoi il n'avait jamais entrepris lui-même l'écriture d'un livre. La réponse tint en une formule et un message : « La littérature est sacrée » (la formule) ; on ne peut y toucher que si l'on a quelque chose d'important à dire (le message). L'ouvrage du professeur FUHRER est de ceux dont le contenu est lourd ; il est riche d'enseignements, engendre la réflexion et le débat. C'est un mérite qui fait de cette belle parution un moment rare et important.

L'ouvrage se distingue au premier regard par son volume (près de sept cents pages) et son originalité. Nous reviendrons sur le contenu. Il sera question d'abord de *style* et de *présentation* où l'on remarque d'emblée l'absence d'appareil critique classique. L'auteur place un accent clair sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, sans préoccupation d'exhaustivité, mais habité plutôt par le souci de faire état de jugements déterminants. C'est ainsi que les décisions judiciaires ne sont pas simplement énumérées, mais choisies et replacées dans le contexte d'un problème particulier, brièvement commentées au besoin. Le procédé est intéressant en ce qu'il allège l'ensemble. Le raisonnement n'est pas interrompu sans cesse, si bien que l'argument gagne en clarté. Le message n'en souffre pas. Le procédé se justifie à plus forte raison que l'ouvrage est destiné (également) aux étudiants qui trouveront là, de manière aisément accessible, explications et informations à foison.

La systématique du livre s'éloigne de celle de la loi. A juste titre, cette dernière étant aujourd'hui dépassée. Dans une partie générale sont traités tous les fondements du droit des assurances privées, tandis que les différentes branches d'assurance sont présentées dans une seconde partie. Un troisième chapitre présente les conditions cadres (« Rahmenbedingungen ») de l'activité d'assurance (surveillance, procédure, protection des données, questions du droit des cartels et relations avec le droit de la consommation). A noter que l'auteur prend délibérément le parti de concentrer toute son attention sur les aspects juridiques, sans égards particuliers aux problèmes de financement ou encore aux calculs de solvabilité.

L'auteur est naturellement influencé aussi par ses nombreuses lectures et références.

Pour ce qui est des sources doctrinales, on perçoit la caresse d'un courant provenant d'outre-Rhin, ce qui paraît bien naturel, nos voisins ayant eux-aussi réformé profondément et récemment un droit dont les racines étaient largement communes avec celles du droit suisse (Loi sur le contrat d'assurance [LCA] notamment).

L'auteur, également membre de la direction d'un grand groupe d'assurances privées, dispose d'une vaste expérience pratique, ce qui se traduit notamment par la présentation de très nombreux exemples illustratifs et explicatifs. Il est intéressant de noter dans ce contexte que l'entame des réflexions de droit international privé repose sur la mention d'une série de cas d'espèce permettant au lecteur de situer d'emblée le problème ; c'est à partir de ces situations concrètes que l'auteur tente de déduire quelques principes généraux.

Ceux qui le connaissent savent le goût de l'auteur pour les schémas, un art notoirement difficile où le mieux est parfois l'ennemi du bien. On reconnaît en l'occurrence la patte d'un maître en la matière, ce qui témoigne au passage d'une structure de pensée hautement systématique, caractéristique que l'on retrouve d'ailleurs, logiquement, dans tout son texte.

Enfin, l'auteur a été très engagé dans la procédure de révision de la LCA, notamment en qualité de membre de la Commission d'experts chargés de l'élaboration d'un projet de loi. Son ouvrage fait de nombreuses références à la révision à venir, ce qui éclaire le texte en vigueur d'une lumière parfois crue, rappel brutal à l'occasion du fait que notre loi accuse aujourd'hui plus d'un siècle d'existence.

Sur le fond, l'auteur ne se limite pas aux présentations des institutions légales en vigueur. Il prend souvent parti, propose modifications ou évolutions, n'est pas dépourvu non plus du courage nécessaire à certaines critiques sur des sujets aux enjeux parfois considérables (intermédiation en assurance). On peut revenir sur quelques aspects particuliers.

– Le contrat d'assurance, outre le preneur et l'assureur, peut mettre en cause des tiers. La loi connaît par exemple l'assurance pour compte d'autrui et l'assurance au profit d'autrui (art. 17 LCA). D'ailleurs la distinction entre l'une et l'autre est parfois malaisée. Le professeur FUHRER propose à cet égard une réflexion originale (p. 81 ss) : il débute par une référence à la *thèse de l'intérêt* selon laquelle l'assurance garantirait non pas la chose, mais bien l'intérêt porté sur la chose susceptible d'être touchée par la réalisation du risque. Le titulaire de

cet intérêt, partant le bénéficiaire de la prestation d'assurance, serait donc celui qui devrait supporter un dommage en l'absence de couverture d'assurance. Cela autorise un lien de nature spécifique avec les types d'assurance qui impliquent un tiers. L'assurance pour propre compte viserait ainsi les cas où le titulaire de l'intérêt sur la chose est le preneur ; si celui-là est un autre, il y aurait assurance pour compte d'autrui. La théorie de l'intérêt permettrait au passage de distinguer l'assurance du pari. Pour paraphraser un autre adage qui prévaut dans le domaine de la procédure, on dirait ici : pas d'intérêt, pas d'assurance ! A cette conception, on oppose traditionnellement la théorie de la chose assurée, selon laquelle l'assurance porte sur le bien protégé, chose, patrimoine ou personne, dont découlent les caractéristiques de l'assurance de choses, de l'assurance de patrimoine et de l'assurance de personnes. Selon cette dernière conception, si la chose appartient au preneur, on a affaire à une assurance pour propre compte ; si la chose appartient à un tiers, il s'agirait d'assurance pour compte d'autrui. Il est vrai qu'il peut y avoir relativement à la chose assurée d'autres rapports que ceux qui dérivent strictement de la relation de propriété.

– L'importance de l'information dans le contrat d'assurance a été soulignée souvent. L'auteur y consacre des réflexions pertinentes et ne laisse dans ce domaine guère de questions ouvertes. Il jette un pont avec le droit de la consommation, considérant que le contrat d'assurance ressortit à ce domaine particulier de l'ordre juridique. L'affirmation n'est plus guère contestée il est vrai, en tout cas pour les assurances de masse. Sont discutés en revanche les critères qui permettent de distinguer ces assurances-ci des autres, et les conséquences qui en découlent. STEPHAN FUHRER appelle de ses vœux une gradation de l'intensité des mesures de protection, sur le modèle de ce qui a été proposé lors de la procédure de révision totale LCA. Dans le même registre, il plaide par exemple pour plus de transparence en matière d'excédents dans l'assurance vie (p. 507). Au chapitre de l'intermédiation, l'auteur défend une attitude radicale selon laquelle les intermédiaires devraient relever de la représentation de l'assureur, soit de celle du preneur, les formes mixtes (pseudo-courtiers) étant à rejeter (ce qui ne paraît pas être, pour l'heure du moins, l'intention du législateur) (p. 175).

- Le contrôle du contenu des conditions générales (d'assurance) fait également l'objet de développements fouillés. Une observation systématique intéressante : La règle des « clauses insolites » est traitée au chapitre de la conclusion du contrat et celle des « clauses obscures » à l'enseigne de l'interprétation du contenu. Cette approche met parfaitement en évidence le fait que les clauses insolites touchent au consentement (on ne peut consentir à ce que l'on ne peut connaître), cependant que les clauses obscures (ou ambiguës) sont susceptibles de diverses interprétations (au moins deux sens possibles). L'une et l'autre doivent être pour cette raison traitées différemment, ce qui apparaît très clairement dans l'ouvrage. On y trouve également nombre de références intéressantes au contrôle du contenu des conditions générales, un exercice auquel se livre le Tribunal fédéral de bonne grâce, même si la législation en la matière est sans doute encore lacunaire (p. 222 ss).
- Il faut noter que l'auteur dédie une partie de son livre aux assurances vie individuelles et collectives. Ce sont notamment les contrats d'assurance mixtes qui retiennent son attention. Il est vrai que la qualification et le régime juridiques applicables à ces garanties sont disputés ; de surcroît, il s'agit de domaines qui posent nombre de problèmes spécifiques (fiscaux et successoraux notamment) auquel l'auteur s'attaque courageusement.
- Le droit international n'est pas en reste. Là encore, l'approche est originale. Elle lie les aspects de surveillance et ceux du droit applicable. L'auteur pose d'abord la question de l'admissibilité d'une activité d'assurance internationale au regard du droit de surveillance national. Puis il discute les questions de compétences et de droit applicable. Il faut remarquer, avec l'auteur, que le droit de surveillance étant national et non harmonisé, les questions qui portent sur l'admissibilité d'une activité transnationale peuvent justifier diverses appréciations, au gré de l'application des droits nationaux. En même temps, le problème se relativise au sein de l'Union Européenne dans la mesure où l'activité transfrontière, au moins dans ses grandes lignes, est encadrée par les trois générations de directives « établissement », « libre prestation de services », et « licence unique ». La Suisse n'étant cependant pas directement partie prenante, elle se trouve face à des problèmes difficiles s'agissant d'apprécier les conditions d'une activité internationale d'assurance.
- Quelques réflexions sont consacrées, en fin d'ouvrage, aux problèmes du droit des cartels. Il est vrai qu'il s'agit là d'un chapitre important pour l'activité des assureurs privés. Les évolutions légales et les nouvelles conceptions qui prévalent dans ce domaine ont considérablement influencé l'attitude des assureurs et les attentes des consommateurs (d'assurance). Cela est bel et bon, et s'il s'imposait sans aucun doute d'abandonner les ententes contraignantes de naguère. Pour autant, tout arrangement n'est pas *a priori* nocif pour le marché. Que l'on songe par exemple aux modalités de recours entre compagnies d'assurance : une libéralisation totale peut induire d'énormes difficultés pratiques. Il existe en effet un très grand nombre de ces cas parfaitement banals qui pourraient faire très avantageusement l'objet de règlements conventionnels simples, un procédé préférable à celui qui tend à la mise sur pied, dans chaque compagnie, d'équipe de gestionnaires spécialisés dont les efforts, sans doute justifiés considérés du seul point de vue des affaires en cause, exercent cependant un effet d'ensemble défavorable sur la communauté des assurés ; ils génèrent en particulier des coûts souvent hors de proportion avec les créances réclamées. Et l'on ne voit guère, dans ce registre, l'effet néfaste que pourrait avoir un régime conventionnel sur la concurrence. D'autres ont pu cependant défendre un avis différent. Il est sans doute permis de relancer la discussion.

Dans l'ensemble, le contenu de cet ouvrage est à l'image de son apparence : il saisit par son poids et son volume. Le poids des arguments et le volume des questions traitées. On dira dorénavant que l'on a consulté le « FUHRER » quand il s'agira de convaincre ou d'assurer que l'on a bien pesé tous les aspects d'une question que pose le droit suisse des assurances privées. Un nouveau classique, en somme.

VINCENT BRULHART
professeur (Lausanne/Genève)