



Le président central

Département fédéral des finances
Monsieur Hans-Rudolf Merz
Président de la Confédération
Bundesgasse 3
3003 Berne

GS / EFD
+ 16. Juli 2009 +
Reg.-Nr.

Eidg. Finanzdepartement
+ 17. JULI 2009 +
Reg.-Nr.

Genève, le 15.07.2009

Procédure de consultation sur le projet LCA

Monsieur le Président de la Confédération,
Monsieur le Vice-Directeur,
Madame, Monsieur,

Le Touring Club Suisse (TCS) prend part à la procédure de consultation portant sur le projet de loi fédérale sur le contrat d'assurance et des lois annexes avec beaucoup d'intérêt et vous prie de trouver ci-après sa prise de position.

1. REMARQUES GENERALES

S'agissant de l'avant-projet de la LCA, le TCS salue de manière générale les modifications proposées en vue de renforcer la position des assurés. Le TCS est toutefois d'avis que la loi manque de définitions et que cette option, voulue par les auteurs du projet, n'est pas soutenable dès lors que cette lacune laisse subsister une insécurité juridique intolérable en de nombreux points.

Le TCS est d'avis que toute loi doit contenir les définitions principales des termes qu'elle contient, dans le but de limiter autant que possible toutes les divergences d'interprétations. Le TCS exige dès lors une refonte du projet dans ce sens.

2. REMARQUES DE DETAILS

2.1 Modifications de la loi sur le contrat d'assurance (P-LCA)

Art. 5 al. 2 Proposition émanant de l'entreprise d'assurance (P-LCA)

Le but de cet article est de protéger le consommateur. Afin d'assurer cette finalité, il sied de rendre cet article semi-impératif. En d'autres termes, le TCS suggère une modification de l'annexe 1 al. 2 en ce sens qu'il soit complété comme suit:

Art. 2 Droit semi-impératif

Art. 5 al. 2 La durée de la proposition émanant de l'entreprise d'assurance est au minimum de trois semaines.

Art. 7 Droit de révocation (P-LCA)

L'art. 7 P-LCA instaure un droit quasi absolu permettant au preneur d'assurance de révoquer la proposition de conclure. Comme il est spécifié dans le rapport explicatif, le projet de loi va plus loin que le droit européen. Un droit aussi étendu ne se justifie pas, dès lors qu'un contrat d'assurance est conclu suite à une négociation menée entre le preneur d'assurance et l'assureur pendant laquelle le preneur a le loisir de se retirer à tout moment. D'autre part, le TCS peine à comprendre cette extension, d'autant que dans le droit européen le droit de révocation est limité, à juste titre, au domaine de l'assurance-vie. Aussi, le TCS peut accepter l'introduction de l'art. 7 uniquement sous réserve de la modification suivante (figurant en gras):

Droit de révocation

*1) Le preneur d'assurance peut révoquer sa proposition de conclure, de modifier ou de prolonger le contrat ou son acceptation du contrat **exclusivement dans le domaine de l'assurance-vie**, par une déclaration établie en la forme écrite. Cette disposition ne s'applique pas aux conventions d'une durée inférieure à un mois.*

Art. 8 al. 3 Effet de la révocation (P-LCA)

La formulation proposée est trop générique et risquée pour l'assureur. En effet, il suffira au preneur d'assurance, qui aura révoqué son assurance, de laisser croire au tiers qu'il est assuré pour que ce tiers soit de bonne foi. Autrement dit, cet article permet au preneur d'assurance d'être couvert par l'assurance sur simple déclaration et alors même qu'il l'aura préalablement révoquée. De plus, les exceptions déjà prévues dans d'autres lois (par ex. le droit direct selon art. 65 LCR contre l'assurance RC, malgré une révocation) risquent de devenir lettre morte. C'est pourquoi le TCS propose que l'art. 8 al.3 du projet soit modifié comme suit:

Effet de la révocation

"Aussi longtemps que des tiers lésés peuvent faire valoir de bonne foi et sur la base d'une loi spéciale des prétentions à l'endroit de l'entreprise d'assurance malgré une révocation, (...)"

Art. 11 al. 1 Police (P-LCA)

L'alinéa 1 de l'article 11 ne figure pas sur la liste de l'annexe 1, ni en tant que droit semi-impératif ni comme droit impératif. Or, la formulation de l'article indique plutôt qu'il s'agit de droit impératif ("*est tenue*"). Le TCS propose que cet article soit inscrit comme droit semi-impératif en complétant l'annexe 1 ch. 2 comme suit:

Art. 2 Droit semi-impératif

Art. 11 al. 1 Obligation de remettre une police d'assurance.

Art. 11 al. 2 Police (P-LCA)

L'art. 11 al. 2 P-LCA supplante l'actuel art. 12 al. 1 LCA selon lequel le preneur d'assurance doit demander la rectification de la police dans les quatre semaines après sa réception, faute de quoi même un contenu de la police s'écartant des conventions

conclues est considéré comme accepté. Selon la nouvelle norme proposée, l'entreprise d'assurance ne peut plus se prévaloir du contenu de la police ou d'un avenant à la police qui ne correspond pas à ce qui a été préalablement convenu. Cette nouvelle règle crée sans aucun doute une insécurité juridique, car les conventions conclues entre les parties avant l'émission de la police peuvent systématiquement faire l'objet d'interprétation. Le TCS est dès lors contre l'introduction de ce nouvel article et propose le maintien de l'actuel art. 12 al. 1 LCA.

Art. 12 al. 2 a Contenu (du devoir d'information pré-contractuel de l'assurance) (P-LCA)

L'article porte à confusion. Conformément à l'art. 32 LSA, l'art. 12 al. 2 a P-LCA doit s'appliquer uniquement lorsque l'entreprise d'assurance pratique en même temps l'assurance protection juridique et d'autres branches d'assurances. Or, cela ne ressort pas clairement de l'article proposé. Le TCS est d'avis que cela doit être spécifiquement indiqué dans l'article de loi dont est discussion. Aussi, le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Contenu (du devoir d'information pré-contractuel de l'assurance)

"Elle doit en outre le renseigner en particulier sur les points suivants:

*a. dans l'assurance protection juridique: **en cas de pratique simultanée de protection juridique et d'autres branches d'assurances sur le transfert du règlement des sinistres à une entreprise juridiquement indépendante et sur la possibilité de choisir un mandataire;**"*

Art. 15 al. 3 Contenu (de l'obligation de déclaration pré-contractuelle du preneur d'assurance) (P-LCA)

Une légère modification de l'article du projet permettrait, en cas de déclarations manifestement fausses au sujet de faits futurs déterminables, d'invoquer la réticence. Le TCS exige donc la modification suivante du texte de loi:

Contenu (de l'obligation de déclaration pré-contractuelle du preneur d'assurance)

"Sont des faits importants pour l'appréciation du risque les faits **actuels existants ou concrètement identifiables** ou passés qui sont, de par leur nature, propres à influencer sur l'évaluation du risque à assurer."

Art. 24 Couverture provisoire (P-LCA)

La notion de couverture provisoire n'est pas clairement déterminée par la loi. A la lecture du rapport explicatif, on comprend qu'il s'agit d'une couverture qui s'appliquerait de plein droit au cours des négociations, ce qui créerait une insécurité juridique non négligeable. La question relative à la couverture provisoire est réglée, ce jour à satisfaction, par les CGA topiques aux domaines d'assurances. L'introduction de cet article n'est donc d'une part, pas nécessaire et risque, d'autre part, de créer des droits auxquels l'assuré ne peut pas légitimement prétendre. Le TCS est par conséquent contre l'introduction de ce nouvel article.

Art. 25 Assurance rétroactive (P-LCA)

L'art. 25 P-LCA est censé suppléer à l'actuel article 9 LCA qui stipule:

"Le contrat d'assurance est nul (...) si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu."

La suppression pure et simple de cette norme ouvre, sans aucun doute, la porte à la fraude à l'assurance. Le principe selon lequel il n'est plus possible de s'assurer lorsque le risque est réalisé est un fondement du droit de l'assurance et doit être maintenu. Le TCS exige par conséquent la réintroduction de l'actuel art. 9 LCA.

Qui plus est, l'article 25 P-LCA propose l'introduction de contrats à effets rétroactifs. Ceci n'est pas acceptable, car source de conflit notamment en ce qui concerne la survenance d'un sinistre avant la prise de couverture et ce, malgré l'al. 2 de l'art. 25 P-LCA. Il va sans dire que ce concept, par ailleurs méconnu en droit général des contrats, introduit une très

grande incertitude dans un domaine complexe qui doit être géré avec rigueur. Le TCS s'oppose dès lors avec véhémence à cette proposition qui sera inévitablement source de nombreux litiges.

Art. 41 al. 1 Frais de prévention, de diminution et de détermination du dommage (P-LCA)

L'art. 41 al. 1 P-LCA remplace l'actuel art. 70. al. 1 et introduit la notion de prévention du dommage qui peut, en langue française, donner lieu à une interprétation trop extensive. Le TCS demande de supprimer purement et simplement la notion "prévention":

Frais de ~~prévention~~, de diminution et de détermination du dommage

Les frais occasionnés par la ~~prévention~~ et la diminution du dommage d'après l'art. 34 doivent être supportés par l'entreprise d'assurance même si les mesures prises ont été infructueuses, pour autant que le preneur d'assurance ou l'ayant droit ait pu les juger opportunes.

Art. 47 al. 1 Diminution du risque (P-LCA)

L'art. 47 al. 1 remplace en partie l'actuel art. 23 LCA qui stipule: "Si la prime a été fixée en considération de faits déterminés qui aggravaient le risque, et que ces faits, au cours de l'assurance, disparaissent ou perdent leur importance, le preneur d'assurance est en droit d'exiger que, pour le périodes ultérieures d'assurance, la prime convenue soit réduite conformément au tarif."

La nouvelle formulation est vague et risque donc laisser libre cours à des interprétations qui ne sont pas souhaitables. Ainsi, si p.ex. un assuré d'Assista, anciennement locataire et employé, achète un appartement et devient indépendant, il pourra très probablement, sur la base de l'art. 47 al. 1 P-LCA, exiger une baisse de prime. Or, ceci n'est clairement pas envisageable sous la loi actuelle. Qui plus est dans le cadre de produits standards

tels que la protection juridique privée, un tel changement n'est pas souhaitable et pratiquement ingérable. Le TCS demande donc de ne pas introduire l'art. 47 al. 1 P-LCA tel que proposé et de maintenir en lieu et place l'actuel art. 23 LCA.

Art. 66 al. 1 Prescription (P-LCA)

Tout d'abord, le TCS salue l'introduction d'une prescription à 5 ans. Il s'oppose toutefois catégoriquement à la formulation du dies a quo. Actuellement la prescription commence à courir selon 46 LCA: "*à dater du fait d'où naît l'obligation*". Il s'agit là d'un point de départ objectivement déterminable pour l'ensemble des risques assurés, à savoir dans le domaine du remboursement aux assurés, le moment du sinistre. Le projet prévoit que la prescription de la prestation d'assurance commence à courir 4 semaines après que l'ayant droit ait **suffisamment étayé sa prestation** (l'art. 66 al. 1 renvoi à 39 al. 1 P-LCA). Cela signifie que le début de la prescription devient **subjectif**. En effet, le dies a quo varierait selon l'action du preneur d'assurance. Lorsque l'assuré étaye sa prétention rapidement, le délai commence à courir aussitôt et inversement. Cette proposition ne résiste pas à l'examen. On ne saurait laisser courir un délai aussi fondamental qu'une prescription à partir d'un moment qui dépend de l'action volontaire du preneur d'assurance. Le TCS propose la suppression de la deuxième partie de l'art. 66 al. 1 P-LCA tel que proposé et le maintien de la deuxième partie de l'actuel art. 46 LCA:

Prescription

Les créances découlant du contrat d'assurance se prescrivent par cinq ans à compter de la date de leur échéance à dater du fait d'où naît l'obligation.

Art. 82 al. 2 Répartition du sinistre (en cas d'assurance multiple dans l'assurance dommage (P-LCA))

Le projet de loi ne définit nulle part spécifiquement le terme "assurance au premier risque" auquel se réfère l'art. 82 al. 2 P-LCA. D'ordinaire, ces distinctions sont opérées

exclusivement dans le domaine de l'assurance choses. Toutefois, étant donné qu'il manque une définition légale claire, le doute subsiste quant à savoir si, par exemple, la couverture frais sauvetage comprise dans le livret ETI, constitue une telle assurance. Le TCS demande à ce que la P-LCA définisse, les termes assurances au premier risque et assurance à valeur totale. Ces définitions devraient figurer sous le Titre 2, Chapitre 2, Section 1 (assurance chose) et stipuler:

Répartition du sinistre (en cas d'assurance multiple dans l'assurance dommage)
"Dans le domaine de l'assurance chose, il est distingué entre l'assurance à valeur totale et l'assurance au premier risque. Dans l'assurance à valeur totale, la couverture s'étend à la valeur globale de l'inventaire, en cas de sous-assurance, l'art. 89 est applicable. Dans l'assurance premier risque la somme d'assurance peut être librement convenue indépendamment de la valeur des choses assurées. En cas de sinistre, l'art. 89 n'est pas applicable."

Qui plus est, on ne comprend pas pourquoi, en cas d'assurance au premier risque, la répartition se fait à parts égales. Le TCS demande la suppression de la distinction de répartition du dommage entre assurance valeur totale et au premier risque:

Répartition du sinistre (en cas d'assurance multiple dans l'assurance dommage):
Elles répartissent la compensation du dommage entre elles de la façon suivante:
a. dans l'assurance à la valeur totale: proportionnellement aux sommes assurées.
b. dans l'assurance au premier risque: à parts égales.

Art. 84 b Exceptions (P-LCA)

L'article est mal rédigé et semble contradictoire. En effet, selon l'art. 79 P-LCA le cas d'assurance multiple implique l'assurance du même intérêt économique. Or, l'art. 84 b P-LCA stipule le contraire. Qui plus est, si l'on comprend que dans le cas de couvertures secondaire le devoir de déclaration n'est pas exigé, la répartition des frais en cas de

sinistre devrait avoir lieu, car plusieurs assureurs ont encaissé des primes pour la couverture du même risque. Le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Exceptions

"Les articles 79 à 81 82 ne s'appliquent pas:

b. aux assurances au premier risque ~~qui couvrent des risques différents~~, si l'assurance multiple se limite à une couverture qui n'a qu'une importance secondaire dans tous les contrats concernés".

Art. 92 al. 3 Couverture d'assurance insuffisante (P-LCA)

Vu la rédaction de l'article 92 al. 3 P-LCA, il peut être laissé au libre choix du plaignant, de faire intervenir les autres lésés dans le cadre du procès contre l'assurance du responsable ou d'y renoncer. Or, cela peut clairement constituer un avantage pour le plaignant que les autres lésés n'interviennent pas dans la procédure. Il y a dès lors lieu d'obliger le juge d'éclaircir cette question d'office. De plus, selon le rapport explicatif, la fixation du délai par le juge, pourrait intervenir par le biais de publication dans la feuille officielle ou cantonale. Cependant l'on connaît l'inefficacité de telles publications. Le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Couverture d'assurance insuffisante

*"Lorsqu'une action est intentée contre l'entreprise d'assurance, le tribunal fixe, à la demande de l'une ou l'autre des parties plaignantes ou d'office (...) **Dans la mesure du possible, le juge adresse ces communications aux lésés personnellement.**"*

Art. 95 Champ d'application (P-LCA)

Cette disposition est trop floue et diffère de manière importante de l'actuel art. 162 OS, comme par ailleurs du droit européen. Est surtout problématique la délimitation entre l'assurance protection juridique et la protection juridique passive accordée dans le cadre d'un contrat de responsabilité civile. Le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Champ d'application

*"Les dispositions de la présente section et de l'art. 32 al. 1 LCA ne s'appliquent pas à l'activité que l'entreprise d'assurance exerce pour défendre ou représenter les personnes assurées auprès d'elle contre les prétentions en responsabilité civile **dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, dans la mesure où cette activité est exercée également dans son intérêt au titre de cette assurance.**"*

Art. 97 Droits et devoirs de l'entreprise gestionnaire des sinistres (P-LCA)

La portée de cette nouvelle disposition est insatisfaisante. S'il est acceptable que l'entreprise gestionnaire de sinistres superpose la compagnie d'assurance dans tout ce qui concerne la gestion du sinistre (p.ex. droit à un conseil juridique, accord de la couverture d'assurance), tel n'est pas le cas pour les problèmes liés directement à la conclusion d'assurance (p.ex. résiliation en cas de sinistre, violation du devoir d'information), cette disposition n'a pas de sens. Aussi, le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Droits et devoirs de l'entreprise gestionnaire des sinistres

*"A l'endroit de l'assuré, l'entreprise gestionnaire des sinistres exerce les droits et les obligations de l'entreprise d'assurance **dans le domaine de la gestion des sinistres.**"*

Art. 98 Choix d'un mandataire (P-LCA)

L'art. 98 P-LCA ne fait plus référence à un représentant juridique, mais à un tiers qui représente les intérêts de la personne assurée. Cette terminologie doit être rejetée. De plus, les protections juridiques doivent, également à l'avenir, pouvoir gérer les cas avant le procès par le biais de leurs avocats internes. A défaut, les primes protection juridique augmenteraient, ce qui n'est pas dans l'intérêt des assurés. Le TCS exige donc la modification suivante de l'art. 98 al. 1 let. a P-LCA:

Choix d'un mandataire

"lorsqu'il faut est de par la loi nécessaire de faire appel à un mandataire en raison d'une procédure judiciaire ou administrative."

Il est dérangeant que l'assurance doive couvrir les frais ressortant d'une convention entre l'assuré et l'avocat. Pour éviter que l'accord entre ces deux parties n'engage l'assurance protection juridique de manière insensée il convient d'encadrer l'accord de couverture. Le TCS exige la modification suivante de l'art. 98 al. 4 P-LCA:

Choix d'un mandataire

*"(...) coût du représentant choisi par l'assuré. **Le représentant est soumis au même devoir de diminution de dommage que l'assuré selon art. 34 LCA.***

Art. 100 Levée du secret professionnel (P-LCA)

Ici également se fait sentir le défaut de définitions. Il manque plus spécifiquement la détermination de terme "conflit d'intérêt". En tout état de cause l'assurance protection juridique doit être informée des faits qui lui permettent de déterminer le cadre du devoir de prêter (p.ex. les chances des succès). Le TCS exige la modification suivante du texte de loi:

Levée du secret professionnel

*"Lorsqu'une convention par laquelle l'assuré s'engage à délier son représentant du secret professionnel à l'égard de l'entreprise d'assurance a été conclue, cette convention 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 **et si l'information n'est pas nécessaire pour la détermination du cadre du devoir de prêter.**"*

Art. 102 Honoraires dépendant du résultat (P-LCA)

Cet article correspond à l'actuel art. 170 OS. Le titre de l'article et son contenu ne correspondent pas. Le titre se réfère à l'honoraire d'un avocat indépendant, or le contenu se réfère à l'entreprise d'assurance. Le TCS propose d'adapter le titre comme suit:

~~Honoraires dépendant du résultat~~ **Pacte sur une quote-part du litige**

2.2 Modifications de la loi sur la surveillance des assurances (P-LSA)

Art. 32 al. 2^{ème} phrase (P-LSA)

Par l'abrogation de cette délégation, sont consécutivement abrogés les articles 161-170 OS. Cela est gênant, dans la mesure où le contrat d'assurance protection juridique ne sera plus défini par la loi. Le TCS exige dès lors l'introduction de l'actuel 161 OS au niveau du P-LCA.

Art. 41a Activités d'intermédiaire prohibées (P-LSA)


Le P-LCA ne définit pas clairement les notions de courtier et d'agent d'assurance. En se basant sur les définitions qu'en donne le CO (art. 412 et 418a CO) l'on ne saurait exclure que le TCS est actif dans les deux domaines, sans que cela soit un désavantage pour le consommateur. Le TCS s'oppose donc purement et simplement à l'introduction de cet article.

3. REMARQUES CONCLUSIVES

Le TCS est d'avis que le projet présenté constitue une excellente base de discussion, mais nécessite de nombreuses adaptations qui ont fait l'objet de remarques explicatives.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Président de la Confédération, Monsieur le Vice-Directeur, Madame, Monsieur, en l'assurance de notre haute considération.

Touring Club Suisse



Niklaus Lundsgaard Hansen

Président central