

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 133 (2014)

Artikel: Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées

Autor: Dupont, Anne-Sylvie

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896336>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées

ANNE-SYLVIE DUPONT¹

1 Dr en droit, avocate spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances à Lausanne, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.
L'auteure remercie Mme Maeva Martinez, BLaw, pour l'aide apportée à l'élaboration de l'appareil critique et à la mise en forme du manuscrit. Elle remercie également M. Frédéric Krauskopf, Professeur à la Faculté de droit de Berne, M. Benoît Chappuis, Professeur aux Facultés de droit de Fribourg et Genève, et M. Jean-François Neu, juge auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois, d'avoir partagé leurs vues avec elle.

Table des matières

Introduction	351
A. Quelques remarques préliminaires	352
I. La notion de sécurité sociale	352
II. Assurances sociales et assurances privées	354
1. Les assurances sociales	354
2. Les assurances privées	355
3. Points communs	356
a. Le principe de l'assurance	357
b. L'obligation de diminuer le dommage	357
4. Distinctions	358
a. L'empreinte historique	358
b. La réglementation applicable	359
c. Le financement de l'assurance	360
d. Le rapport entre cotisations (ou primes) et prestations	362
e. La sélection des risques	363
f. La prévention	363
g. Synthèse	364
B. Assurances sociales et assurances privées en contact	364
I. L'identité des risques assurés	365
1. Un nécessaire parallélisme des définitions?	366
a. L'origine du débat	366
b. Discussion	367
c. Propositions	370
2. Deux problèmes particuliers	371
a. La notion d'exigibilité	372
aa. En général	372
bb. En cas de SPECDO en particulier	373
cc. Discussion	374
b. La causalité adéquate entre un accident et des troubles psychiques subséquents	379
3. Synthèse	381
II. Les relations entre assurances sociales, assurances privées et droit de la responsabilité civile	383
1. L'interdiction de la surindemnisation: mythe et réalités	383
2. L'organisation des relations entre les intervenants	386
a. Les relations entre assurances sociales et responsabilité civile	386
aa. Généralités	386
bb. Le droit préférentiel du lésé	388
cc. La révision du droit aux prestations sociales à long terme	390
b. Les relations entre assurances privées et responsabilité civile	394
c. Les relations entre assurances sociales et assurances privées	396
3. Bilan	398
C. La couverture de la perte de travail en cas de maladie	399
I. La pratique actuelle	400
1. Les indemnités journalières facultatives selon la LAMal	401
2. Les produits LCA	402
3. Les problèmes en pratique	403

a.	L'incapacité de travail de longue de durée	403
b.	L'imputation des prestations sociales	406
c.	La convention de libre-passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie	408
4.	L'intervention des assurances sociales	411
5.	Synthèse	412
II.	Interventions politiques et initiatives cantonales	414
1.	Interventions politiques	414
2.	Initiatives cantonales	415
III.	Bilan et proposition	417
Conclusion	419

Introduction

La Suisse est réputée pour être un pays sûr. De manière bien plus pragmatique que les aspirations sécuritaires qu'incarnent les mythes fondateurs de son identité nationale, les statistiques révèlent que *les résidents helvétiques comptent parmi les personnes les plus assurées au monde*². Ce score réjouissant est dû en premier lieu à l'existence d'une protection sociale étendue, supérieure au standard que l'on trouve dans d'autres pays, y compris dans les autres Etats européens. Ceci vaut tant à l'égard de la diversité des risques couverts que de l'étendue des prestations sociales.

L'existence d'une bonne couverture sociale n'empêche par ailleurs pas les résidents suisses de conclure volontairement, *auprès d'établissements d'assurance privés, des assurances qui complètent la protection offerte par le régime étatique*, soit en assurant d'autres risques, soit en prévoyant des prestations supplémentaires ou complémentaires.

Le but de cette contribution est de *dresser un bilan de la coexistence des assurances sociales et des assurances privées*. Si, à première vue, elle devrait être synonyme d'une sécurité accrue³, il se peut aussi que l'absence, parfois, de frontières claires soit au contraire source d'insécurité (B). Ce bilan serait incomplet s'il ne prenait pas en compte les répercussions de l'intervention d'assurances sociales et d'assurances privées sur le calcul du préjudice civil. Derrière le responsable civil se cache en règle générale l'assureur responsabilité civile, dont l'activité relève de l'assurance privée. C'est par ce biais-là que bon nombre de réflexions conduites dans le domaine des assurances sociales ont trouvé leur chemin jusqu'en droit civil.

Sur un plan de politique sociale, se pose encore la question de l'opportunité de confier à l'un plutôt qu'à l'autre des régimes l'assurance de risques déterminés (C). Cette question a fait l'objet de réflexions très abouties à l'occasion des travaux préliminaires à la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance⁴, dont nous nous inspirerons. Elle a également fait l'objet d'interventions au niveau politique, dont il est utile de faire la synthèse à l'occasion de cette recher-

2 En 2009, seuls les résidents des Pays-Bas avaient payé plus de primes, pour un total de 6554,6 USD par habitant, contre 6257,6 USD pour les résidents suisses (source: http://www.assuralia.be/index.php?id=432&L=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=1688, consulté le 15 mars 2014).

3 Sur la notion de sécurité sociale, et sa délimitation d'avec la notion d'assurance sociales, cf. A/I.

4 Entre autres: JEAN-LOUIS DUC, Assurance sociale et assurance privée. Rapport du Groupe de travail de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances institué pour examiner les tâches dévolues à l'assurance privée, d'une part, et celles incombant à l'assurance sociale, d'autre part, Berne 2003; BETTINA KAHIL-WOLFF, VVG und Schnittstellen zum Sozialversicherungsrecht, in: Anton K. Schnyder/Stephan Weber (édits), Totalrevision VVG: ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, Zurich 2006, p. 117–130; BETTINA KAHIL-WOLFF/EMMANUELLE SIMONIN, Révision totale de la LCA: l'avant-projet et les assurances sociales, in: Quoi de neuf en droit social?, Berne 2009, p. 117–147.

che. Nous tirerons de ce bilan les enseignements nécessaires à la formulation de quelques propositions susceptibles d'améliorer encore la sécurité sociale en Suisse.

Notre étude suppose, au préalable, que nous définissions les notions que nous emploierons dans cette contribution, l'emploi de moins en moins différencié de notions telles que «sécurité sociale», «assurances sociales» ou «droit social» rendant parfois difficile la compréhension de la doctrine spécialisée (A).

A. Quelques remarques préliminaires

L'usage, en Suisse, de la notion de *sécurité sociale* est de plus en plus fréquent, bien que la signification que l'on entend donner à ces termes ne soit pas toujours claire. Assimilée, le plus souvent, à la couverture sociale par le biais des assurances, elle englobe aussi, pour certains, les mesures relevant de l'assistance publique. Nous consacrerons donc un premier chapitre à la définition de cette notion telle que nous la comprenons (I). Compte tenu de l'objectif de cette étude, nous la délimiterons ensuite les assurances sociales d'avec les *assurances privées* (II).

I. La notion de sécurité sociale

Concept vraisemblablement hérité des Etats-Unis⁵, par l'intermédiaire des innombrables textes internationaux qui l'ont repris⁶, la notion de sécurité sociale est diversement utilisée dans les législations nationales, *sans qu'une définition uniforme ne se dégage*.

En Suisse, l'expression est uniquement utilisée dans la Constitution fédérale⁷, qui inscrit au nombre des buts sociaux de la Confédération et des cantons le bénéfice, pour chacun, de la sécurité sociale⁸. On la retrouve en intitulé du chapitre fondant les compétences de la Confédération en matière sociale⁹. Elle

5 L'utilisation des termes de sécurité sociale (*Social Security*) pour désigner les mesures prises par l'Etat pour protéger ses citoyens de la nécessité économique et de la pauvreté est attribuée au Président Franklin D. Roosevelt (1882–1945). C'est sous son impulsion qu'a été promulgué, le 14 août 1935, le *Social Security Act*, premier texte légal à traiter de sécurité sociale (cf. ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 4^e éd., Bâle 2012, § 2 N 4. Cf. également PIERRE-YVES GREBER, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Lausanne 1982, p. 46 s.). Le *Plan Beveridge*, publié en Angleterre en 1942, proposait aussi d'éliminer la pauvreté par la création d'une protection sociale universelle (cf. PIERRE-YVES GREBER/BETTINA KAHIL-WOLFF, *Introduction au droit suisse de la sécurité sociale*, 4^e éd., CGSS n° 43–2009, N 24 ss).

6 En particulier la Convention concernant la sécurité sociale (norme minimum) du 28 juin 1952 par l'Organisation internationale du travail (Convention OIT n° 102).

7 RS 101.

8 Art. 41 al. 1 let. a Cst.

9 Titre 3, chapitre 2, section 8: «Logement, travail, sécurité sociale et santé».

n'apparaît en revanche pas dans la législation fédérale. Dans le langage courant, l'expression est souvent utilisée pour désigner les différents régimes d'assurances sociales. Ce phénomène est plus fréquent en Suisse romande, probablement sous l'influence des usages français, qu'en Suisse alémanique, où l'expression n'est presque pas utilisée¹⁰.

Dans la doctrine scientifique, il existe un consensus sur le fait que la notion de «sécurité sociale» ne se limite pas au droit des assurances sociales, mais comprend également, dans l'esprit du *Social Security Act* de 1935¹¹, les autres mesures prises par l'Etat pour assurer la sécurité de ses citoyens. De manière générale¹², les auteurs considèrent que l'assistance sociale (ou aide sociale) participe aussi à la sécurité sociale; pour certains auteurs¹³, il en va de même du droit du travail et de l'aide aux victimes d'infractions, ou encore de l'accès à l'éducation¹⁴.

De fait, la notion de sécurité sociale est héritée de textes politiques ayant pour vocation d'instaurer, ou à tout le moins d'encourager l'instauration d'un programme étatique pour garantir aux citoyens d'un Etat un niveau d'existence minimum. Il s'agit donc bien moins d'une discipline juridique que d'un objectif politique, dont la concrétisation varie en fonction des époques, des besoins et des courants de pensée.

Pour marquer cette distinction, nous préférons au «droit de la sécurité sociale» la notion de «droit social», de plus en plus fréquemment utilisée, notamment dans l'enseignement, pour désigner la législation qui tend à concrétiser les objectifs de l'Etat procédant de la sécurité sociale. Au sens large, ces objectifs comprennent notamment la protection sociale par le biais des assurances¹⁵, mais aussi l'accès au logement, à l'emploi et aux systèmes de soins¹⁶.

10 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 2 N 6.

11 Cf. note 5.

12 Peu clairs toutefois, PIERRE-YVES GREBER/BETTINA KAHIL-WOLFF/GHISLAINE FRÉSARD-FELLEY/ROMOLO MOLO, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. I, Berne 2010, p. 3, N 1 ss et p. 13 ss, N 17 ss.

13 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 2 N 6. Cf. également PASCAL MAHON, *L'évolution du droit social (1874–1998) et ses perspectives*, in: *Arbeit in der Schweiz des Jahrhunderts*, Berne 1998, p. 293 ss, p. 294.

14 Le droit à l'éducation fait partie des droits fondamentaux qualifiés de «sociaux» (cf. THOMAS FLEINER/LIDIA R. BASTA FLEINER, *Allgemeine Staatslehre: über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*, 3^e éd., Berlin 2004, p. 186; PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon [édits], Zurich 2003, N 5 ad art. 19 Cst.).

15 Cf. A/II/1.

16 Le droit des étrangers est parfois également intégré dans les branches du droit qualifiées de sociales.

II. Assurances sociales et assurances privées

Il ne fait pas de doute que les assurances sociales participent à la réalisation de la sécurité sociale, au sens où nous l'avons définie ci-dessus¹⁷. Le titre de notre contribution pose en revanche la question, premièrement, du rôle des assurances privées dans ce contexte et, deuxièmement, de la manière dont ces dernières interagissent avec le régime d'assurances sociales. L'examen de ces différents points suppose que nous circonscrivions d'avantage les caractéristiques des unes et des autres (1 et 2), avant de mettre en évidence ce qui les éloigne (3), respectivement ce qu'elles peuvent avoir en commun (4).

1. Les assurances sociales

Les assurances sociales peuvent être définies comme des régimes d'assurance instaurés par l'Etat, qui ont pour objectif de prémunir les assurés contre certains risques de l'existence¹⁸.

Le choix des risques couverts par des assurances étatiques dépend précisément des objectifs de politique sociale¹⁹. De fait, les assurances sociales ne peuvent être définies de manière précise que par l'énumération des régimes d'assurances existant en droit positif. Le législateur helvétique a en effet renoncé à une législation unique, *au profit d'une juxtaposition de réglementations sectorielles qui ont été élaborées au fil du temps, en réponse à l'évolution des besoins sociaux*²⁰.

Au niveau fédéral, nous connaissons actuellement les régimes suivants: l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI), complétée par un régime de prestations complémentaires (PC); la prévoyance professionnelle obligatoire; l'assurance obligatoire des soins²¹; l'assurance-accidents; l'assurance-militaire; l'assurance perte de gain en cas de service et de maternité; l'assurance-chômage; les allocations familiales.

*La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales*²², entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003, fait office de liant entre ces différents régimes, dont elle a pour objectif de définir les principes, les notions et les institutions communs, et d'harmoniser les prestations²³.

17 Cf. A/I.

18 Cf. également MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 2 N 15.

19 Cf. BERNARD VIRET, *Droit des assurances privées*, Berne 1983, p. 14.

20 Cette évolution est décrite de manière très complète par PHILIPPE GNAEGI, *Histoire et structure des assurances sociales en Suisse*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 45 ss. Cf. également A/II/4/a.

21 Sur la nature du régime facultatif d'indemnités journalières prévu par les art. 67 ss LAMal, cf. C/II/1.

22 LPGa; RS 830.1.

23 Cf. art. 1 LPGa.

Ces assurances ont été créées dans le cadre des compétences attribuées à la Confédération en la matière²⁴. Certains cantons ont fait usage de leurs compétences résiduelles pour renforcer encore la protection offerte à leurs résidents²⁵, ce qui permet d'affirmer que la couverture sociale n'est, à l'heure actuelle, pas uniforme sur le territoire de la Confédération helvétique.

2. *Les assurances privées*

Le mécanisme d'assurance peut être décrit comme *le transfert du risque d'un agent économique (l'assuré) à un ou plusieurs autres groupes d'assurés constituant une mutualité (mutualisation des risques)*²⁶. Dans l'assurance privée, ce transfert s'opère par la conclusion d'un contrat, soumis aux règles générales de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance²⁷ et du Code des obligations²⁸.

L'activité d'assurance ne peut être pratiquée que par des *entreprises d'assurance soumises à la surveillance de l'Etat*, conformément à la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance²⁹. Elle suppose l'agrément de la FINMA³⁰.

Il existe, dans ce cadre, d'innombrables produits d'assurance, qu'il serait fastidieux de décrire ici. Pour la bonne compréhension de ce qui suit, nous précisons simplement quelques distinctions que nous utiliserons dans notre étude³¹, étant précisé que ces distinctions ne reprennent pas nécessairement la terminologie actuellement utilisée dans la LCA³²:

- *l'assurance de choses, l'assurance de patrimoine et l'assurance de personne*. Dans le premier cas, le risque assuré est susceptible de menacer une chose ou un ensemble de choses déterminé. Dans le deuxième cas, le risque

24 Art. 111 à 117 Cst.

25 Citons, par exemple, les régimes de prestations complémentaires pour les familles mis en place dans certains cantons, les rentes-pont pour les chômeurs âgés en fin de droit, ou encore les régimes d'assurance perte de gain pour les chômeurs, que l'on trouve notamment dans les cantons de Genève et de Vaud (cf. C/III/2). Certaines assurances fédérales prévoient des minima, les cantons restant libres d'améliorer la couverture de leurs résidents (c'est le cas, par exemple, du montant des allocations familiales, ou encore de la durée du congé maternité).

26 Cf. VINCENT BRULHART, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, N 16. Pour une représentation schématique, cf. STEPHAN FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2011, N 2.6.

27 LCA; RS 221.229.1.

28 CO; RS 220.

29 LSA; RS 961.01.

30 Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

31 Pour d'autres distinctions, cf. FUHRER (note 26), N 2.78 ss.

32 Pour une critique de cette terminologie, cf. BRULHART (note 26), N 308 ss, en particulier N 311. Cf. également le rapport explicatif de la commission d'experts pour la révision totale de la LCA (*Gesamtrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag [VVG], Erläuternder Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf*, 31 juillet 2006, p. 12. Texte disponible sur le site Internet du Département fédéral des finances, <http://www.efd.admin.ch>).

- menace le patrimoine de l'assuré, compris comme un tout³³. Dans le troisième, le risque assuré est susceptible de se matérialiser chez une personne³⁴;
- *l'assurance de dommage et l'assurance de somme*. Dans le premier cas, les prestations convenues sont calculées en fonction de la perte financière effective supportée par l'assuré du fait de la réalisation du risque. Dans le second, la prestation convenue est due indépendamment de toute perte financière³⁵;
 - *l'assurance individuelle et l'assurance collective*. Dans le premier cas, le contrat d'assurance porte sur un seul objet ou une seule personne. Dans le second, il porte sur un ensemble de choses ou une communauté de personnes. La particularité d'une assurance collective réside dans le fait que le preneur d'assurance et les personnes assurées ne sont pas les mêmes. Par exemple, dans l'hypothèse d'une police d'assurance perte de gain conclue par un employeur en faveur de ses employés, le premier est le preneur d'assurance, les seconds sont les assurés³⁶.

Nous aurons l'occasion, dans cette contribution, de parler plus spécifiquement de *l'assurance responsabilité civile* (ou assurance RC)³⁷. Précisons simplement, à ce stade, qu'il s'agit d'une assurance de patrimoine³⁸ dont le but est de protéger, précisément, le patrimoine de l'assuré contre d'éventuelles prétentions élevées à son encontre par un tiers envers lequel il aurait engagé sa responsabilité. Une assurance de ce type est notamment obligatoire pour quiconque conduit un véhicule automobile, en raison du régime de responsabilité objective dont la loi assortit cette pratique³⁹. L'assurance RC, nous le verrons⁴⁰, fait office de *porte communicante entre les assurances sociales et le droit de la responsabilité civile*, les relations entre les prestations sociales et le préjudice civil⁴¹ faisant souvent l'objet de vives discussions au moment de l'intervention de l'assureur du tiers responsable, y compris depuis l'adoption d'une réglementation légale *ad hoc*⁴².

3. Points communs

Nous avons vu ci-dessus⁴³ qu'assurances privées et assurances sociales reposent, idéologiquement, sur des considérations d'ordres différents. Le fait que, historiquement, les assurances privées précèdent les assurances sociales a

33 Pour des exemples, cf. BRULHART (note 26), N 314.

34 Cf. FUHRER (note 26), N 2.70.

35 Cf. FUHRER (note 26), N 2.73 ss.

36 Cf. FUHRER (note 26), N 2.72.

37 Cf. B/I/2 et B/II/2/a et b.

38 BERNARD VIRET, *Droit des assurances privées*, 3^e éd., Zurich 1991, p. 150.

39 Art. 63 LCR (RS 741.01).

40 Cf. B/I/2 et B/II/2/a et b.

41 Cf. art. 41 et 45 à 49 CO.

42 Art. 72 à 75 LPGa.

43 Cf. A/II/4/a.

permis aux secondes d'utiliser les mécanismes des premières à des fins de politique sociale. Ainsi, *le mécanisme de mutualisation*, consistant à former des communautés d'assurés qui assumeront ensemble les conséquences de la réalisation, chez quelques-uns d'entre eux, des risques assurés, leur est commun. On applique donc aussi bien à l'assurance privée qu'aux assurances sociales les principes indispensables au bon fonctionnement de ce mécanisme.

a. *Le principe de l'assurance*

En vertu du principe de l'assurance, l'octroi de prestations est réservé aux *personnes qui sont assurées au moment où le risque se réalise*⁴⁴. Si ce principe est absolu en droit des assurances privées⁴⁵, il fait l'objet de quelques aménagements en droit des assurances sociales, toujours à des fins de politique sociale. C'est en particulier le cas dans l'assurance-invalidité, où le moment pertinent pour juger de la réalisation de la condition d'assurance est celui auquel l'assuré a pour la première fois objectivement besoin des prestations qu'il demande⁴⁶. L'analyse est alors différenciée pour chaque type de prestations⁴⁷.

Le principe de l'assurance commande que la situation déterminante pour fixer le droit aux prestations soit *celle qui existe au moment de la réalisation du risque*. Précisément, la couverture de ce risque doit avoir été prévue dans le contrat, respectivement doit être prévue par la loi. Les prestations versées sont celles qui étaient convenues au moment de la réalisation du risque, respectivement celles qui étaient prévue par la loi à ce moment-là⁴⁸.

b. *L'obligation de diminuer le dommage*

La mise en commun des risques suppose que chaque assuré ait en tête, au-delà de son propre intérêt, l'intérêt de tous les membres de sa classe de risque. Aussi doit-il, lorsque le risque s'est réalisé, *faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour circonscrire son dommage*. Le Tribunal fédéral reconnaît à ce principe une portée générale en droit des assurances⁴⁹. Il est d'ailleurs expressément consacré dans la loi, tant pour les assurances privées⁵⁰ que pour les assurances sociales⁵¹.

44 TF, arrêt I 36/00 du 13 décembre 2000, c. 2c.

45 Cf. art. 9 LCA.

46 TF, arrêt 9C_1042/2008 du 23 juillet 2009, c. 3.2 et 3.3.

47 A titre d'exemple, l'octroi d'une allocation pour impotent suppose que les conditions du droit soient remplies au moment où l'assuré la revendique. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'il ait été assuré au moment où est survenue l'invalidité, ni à celui auquel l'atteinte à la santé à l'origine de l'invalidité (cf. art. 7 LPG) s'est manifestée.

48 Sous réserve d'une réglementation particulière sous l'angle du droit transitoire.

49 ATF 114 V 281 c. 3. Cf. ANNICK ACHTARI, Le devoir du lésé de minimiser son dommage, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008, N 32, et les références citées en note 31.

50 Art. 61 LCA.

51 Art. 21 al. 4 LPG.

La mesure de l'obligation de diminuer le dommage, en particulier de l'exigibilité des mesures attendues de l'assuré, diffère cependant selon que l'on raisonne sous l'angle de l'assurance privée ou des assurances sociales. C'est particulièrement vrai lorsqu'il est question de la couverture de la perte de travail ou de la perte de gain, thématique que nous abordons ci-dessous de manière plus détaillée⁵².

4. Distinctions

a. L'empreinte historique

Les assurances privées et les assurances étatiques se distinguent tout d'abord les unes des autres par leurs origines. Comme telles, les premières précèdent les secondes, puisque *la naissance du mécanisme d'assurance* peut être rapportée à l'intensification des échanges commerciaux, dès le quinzième siècle. Il s'agissait, à l'époque, de sécuriser la prise de risque commerciale que constituait l'expédition de marchandises, le plus souvent outre-mer⁵³. Les premiers schémas d'assurance ressemblaient ainsi davantage à un pari (celui de voir la cargaison arriver à bon port) plutôt qu'à un mécanisme de mutualisation.

L'exploitation commerciale systématique de l'assurance, appuyée sur les sciences statistiques, en particulier sur le calcul des probabilités⁵⁴ et la loi des grands nombres⁵⁵, remonte au dix-huitième siècle⁵⁶. On assiste alors à la naissance d'entreprises dont l'objectif est de tirer un profit économique de l'activité d'assurance. Ces entreprises sont les compagnies d'assurance que nous connaissons aujourd'hui.

La naissance de l'assurance sociale, dans le sens d'une *utilisation du principe de mutualisation à des fins de politique sociale*, est postérieure à cette évolution. On attribue la paternité de cette idée au chancelier Bismarck, à la fin du dix-neuvième siècle. Soucieux de canaliser les mouvements sociaux initiés par le parti social-démocrate, qu'il a d'ailleurs fait interdire⁵⁷, il décide de donner

52 Cf. C/I/3/a. Sur toute cette question, cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres? Commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A_529/2012), REAS 2/2013, p. 124 ss.

53 Cf. VINCENT BRULHART, Petite histoire de l'assurance: du commerce maritime à la protection du consommateur, in: Mélanges de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances à l'occasion de son 50^e anniversaire, Stephan Fuhrer (éd.), Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 59 ss, p. 64. Cf. également HEINZ ERB, Nozioni elementari di assicurazione, Zurich 1991, p. 19.

54 Sur la base des travaux de Blaise Pascal.

55 La loi des grands nombres est une loi statistique exprimant le fait que plus la taille d'un échantillon aléatoire est grande, plus les caractéristiques de cet échantillon aléatoire se rapprochent des caractéristiques statistiques de l'ensemble de la population.

56 Cf. BRULHART (note 53), p. 65 s.

57 Sozialistengesetz de 1875.

suite aux revendications qui lui paraissent légitimes et réalisables, notamment pour promouvoir «le bien-être des travailleurs»⁵⁸.

La création, dans un premier temps, de l'*assurance-maladie sociale*, puis de l'*assurance-accidents*, financées selon des mécanismes imposés par l'Etat⁵⁹, permet à ce dernier de se substituer aux initiatives privées, le plus souvent religieuses ou corporatistes, qui avaient cours jusque-là pour répondre aux besoins des personnes démunies ou exposées à des risques particuliers du fait de leur activité professionnelle⁶⁰. L'évolution de la législation en matière d'assurances sociales reflète ainsi les réponses de l'Etat aux besoins de sa population, *en fonction d'une part des risques auxquels celle-ci est exposée, et d'autre part du coût social de ces risques*.

La comparaison des origines de l'assurance privée et des assurances sociales indique déjà *une finalité différente*: alors que la première s'est développée par la volonté de profit d'agents économiques individuels, les secondes sont une réponse planifiée de l'Etat aux besoins de sa population. Cette distinction se traduit aujourd'hui par une différence essentielle: les assurances privées sont des produits commerciaux, proposés par un prestataire de services qui entend en retirer un profit, dans un marché de libre concurrence. Les assurances sociales répondent au besoin d'internaliser le coût de la réalisation de certains risques de l'existence, dans un but d'ordre social. La notion de profit leur est étrangère. Cette différence exclut que l'on qualifie de «social» l'assureur privé, même lorsque – incidemment – les prestations qu'il offre coïncident avec un objectif social⁶¹.

b. *La réglementation applicable*

Une autre différence essentielle entre les assurances sociales et les assurances privées tient à la *nature de la réglementation applicable*. Alors que les assurances sociales sont instaurées par la loi, les assurances privées reposent sur une base contractuelle, dont le cadre législatif est défini par la LCA et, à titre supplétif, par les règles générales du droit privé⁶².

Pour les premières, la loi décrit de manière impérative le cercle des assurés, les éventualités couvertes et, en tout cas s'agissant de leur mode de calcul, les prestations servies ainsi que le financement⁶³. Pour les secondes, le contenu

58 ALEXANDRE BERENSTEIN, *L'assurance-vieillesse suisse, son élaboration et son évolution*, Lausanne 1986, p. 15 s.

59 Cf. GNAEGI (note 20), p. 46 s.

60 Pour plus de détails à ce sujet, cf. GNAEGI (note 20), p. 14 ss.

61 C'est dans cet ordre d'idée que les experts, dans le cadre de la révision totale de la LCA, n'ont pas souhaité «mélanger les genres», laissant aux assurances sociales le soin d'améliorer la protection sociale des personnes en incapacité de travail à la suite d'une maladie (cf. rapport de la commission d'experts [note 32], p. 10 s.). Cf. également BETTINA KAHIL-WOLFF, *Révision totale de la LCA: quelques points de contact entre le droit des assurances sociales et celui des assurances privées*, CGSS 38–2007, p. 81 ss, p. 84.

62 Cf. art. 100 al. 1 LCA. FUHRER (note 26), N 2.105.

63 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 2 N 14.

des obligations réciproques de l'assureur et de l'assuré sont définies par *le contrat*, étant précisé que la venue à chef de ce contrat relève de la liberté individuelle, tant de l'assureur que de l'assuré⁶⁴.

Afin de créer la communauté de risques nécessaire à la gestion d'un produit d'assurance⁶⁵, l'assureur privé recourt à *l'usage de conditions générales*, qui lui permettent de conclure un grand nombre de contrats similaires. Ces conditions sont intégrées individuellement à chaque contrat, pour autant que l'assuré ait pu en prendre connaissance au moment de la conclusion de la police⁶⁶.

Les conditions générales d'assurance (CGA) font l'objet de *critiques répétées*, par les défenseurs des consommateurs notamment, leur unilatéralité leur conférant un caractère quasi-normatif, sans mécanisme de régulation. Malgré ces critiques, l'idée d'un contrôle abstrait des CGA, soit avant la survenance de tout litige⁶⁷, n'est pas parvenue à s'imposer. Pour certains, les assurés bénéficieraient d'une protection accrue depuis la révision de l'art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 sur la concurrence déloyale⁶⁸. Jusqu'ici, la démonstration de l'efficacité de cette nouvelle disposition n'a pas été démontrée, à tout le moins pas dans le domaine des assurances⁶⁹.

c. *Le financement de l'assurance*

Conséquence logique de la différence entre un régime étatisé et une solution privée d'assurance, le mode de financement diffère dans l'un et l'autre cas⁷⁰. Dans l'assurance privée, les produits sont *exclusivement financés par le pre-*

64 Le fait que la loi impose une obligation d'assurance, comme en matière de circulation routière, par exemple, ne change rien au fait que la venue à chef de la police d'assurance reste un acte relevant de l'autonomie des parties.

65 La mutualisation suppose en effet la création d'une communauté de risques la plus vaste possible, en application de la loi des grands nombres, principe statistique qui exprime le fait que plus un échantillon aléatoire de la population est grand, plus ses caractéristiques sont proches des caractéristiques statistiques de la population dans son ensemble (cf. BRULHART [note 26], N 19 ss).

66 Cf. BRULHART (note 26), N 263 ss et 280 ss. Cf. également TF, arrêt 4A_332/2010 du 22 février 2010, c. 5.2.2. Pour un exemple de clause jugée insolite, cf. ATF 138 III 411.

67 Cf. PHILIPPE NORDMANN, *Le contrat d'adhésion. Abus et remèdes*, Thèse Lausanne, Fribourg 1974, p. 125 ss. Cf. également ANNE-SYLVIE DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, p. 99 ss, N 82 ss.

68 LCD; RS 241. L'art. 8 révisé, entré en vigueur au 1^{er} juillet 2012, a la teneur suivante, sous l'intitulé «Utilisation de conditions commerciales abusives»: «Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat».

69 Sur toute cette question, cf. DUPONT (note 67), p. 101 ss. Cf. toutefois B/I/1/b et note 115.

70 DUC (note 4) dit que le financement n'est pas un critère de distinction entre les régimes d'assurance, mais qui retient pourtant bien que l'intervention des pouvoirs publics dans le financement des régimes d'assurances sociales (p. 21 ss).

neur d'assurance, par le biais de primes dont le montant et les modalités de paiement sont convenus avec l'assureur.

Les régimes d'assurances sociales ont tous pour caractéristique de n'être que *partiellement financés par les contributions des assurés*⁷¹. Les assurances sociales dites du premier pilier, soit celles qui sont destinées à offrir une protection «de base» à l'ensemble de la population⁷², selon le principe de l'universalité, sont en principe financées sur une base tripartite, les assurés et leurs employeurs versant des cotisations paritaires⁷³, le financement étant pour le surplus complété par une intervention de l'Etat⁷⁴.

Les assurances sociales du deuxième pilier⁷⁵, réservées aux personnes exerçant une activité lucrative, en principe dépendante⁷⁶, sont *exclusivement financées par les cotisations des travailleurs et de leurs employeurs*, sans intervention complémentaire de l'Etat. En matière de prévoyance professionnelle, le caractère paritaire des cotisations est postulé par la loi⁷⁷, étant précisé que l'employeur reste libre d'offrir à son employé, dans le cadre des relations de travail, des conditions plus avantageuses. Dans le régime de l'assurance-accidents, les primes pour les accidents professionnels sont exclusivement supportées par les employeurs⁷⁸, alors que celles afférentes aux accidents non professionnels⁷⁹ sont en principe à la charge des travailleurs, l'employeur restant, une fois encore, libre de prévoir une solution plus favorable pour ses employés⁸⁰.

71 Il se peut aussi que les pouvoirs publics financent seuls le régime d'assurance. C'est le cas des prestations complémentaires à l'AVS/AI (cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER [note 5], § 2 N 12).

72 Sont traditionnellement rangées dans les assurances du premier pilier l'AVS/AI et les PC, l'APG, les AFam, la LAMal et la LACI.

73 Les personnes sans activité lucrative cotisent seules, selon un barème particulier (cf. art. 10 LAVS).

74 Par exception, les primes dans l'assurance obligatoire des soins sont à la charge de l'assuré, sans participation (obligatoire) de l'employeur (cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER [note 5], § 2 N 14). L'intervention des pouvoirs publics peut viser aussi bien le financement des prestations en espèces que celui de programmes de prévention, comme dans l'assurance-chômage avec les mesures relatives au marché de l'emploi (cf. art. 59 ss LACI). Dans l'assurance-maladie, l'Etat est contraint de participer au financement des primes des assurées de condition modeste (art. 65 al. 1 LAMal). En outre d'un point de vue structurel, les soins de santé ne sont que partiellement financés par l'assurance sociale, l'Etat en supportant le solde (art. 49a al. 2 LAMal).

75 Il s'agit de l'assurance-accidents obligatoire (AA) et de la prévoyance professionnelle (PP).

76 Une affiliation facultative est possible pour les indépendants, dans l'assurance-accidents que dans la prévoyance professionnelle (cf. art. 4 LAA et 4 LPP).

77 Cf. art. 61 al. 1 LPP.

78 Art. 91 al. 1 LAA.

79 Sur la distinction entre accidents professionnels et non professionnels, cf. art. 7 et 8 LAA.

80 Art. 91 al. 2 LAA.

d. *Le rapport entre cotisations (ou primes) et prestations*

Les différences constatées au chapitre précédent entre les différents modes de financement se traduisent aussi par une différence entre le rapport entre les primes, respectivement les cotisations versées⁸¹, et les prestations que l'on peut espérer obtenir si le risque se réalise.

En assurance privée, il existe en principe une *corrélation directe entre la prime payée par l'assuré et la prestation assurée*. Cette prime (dite prime brute) se compose en effet principalement de la prime technique (dite prime nette), qui est fonction du coût statistique du risque garanti⁸², lui-même étant calculé sur la base de la probabilité de la réalisation du risque et de son intensité. A cela s'ajoutent les chargements, incluant d'une part les frais de l'assureur et d'autre part une marge de sécurité pour le cas où la sinistralité effective s'avérerait supérieure aux prévisions faites au moment de la fixation de la prime⁸³.

En matière d'assurances sociales, le rapport entre les cotisations versées et les prestations octroyées si le risque se réalise *est influencé par le principe de solidarité*. Dans certains régimes d'assurance ou pour certains types de prestations, *la corrélation entre ces deux paramètres est totalement absente*. Le régime de l'assurance obligatoire des soins, par exemple, fait dépendre le montant des primes du coût total des soins de santé, indépendamment des soins effectivement reçus par l'assuré individuellement⁸⁴. Autre exemple, les prestations dites à caractère non contributif sont précisément calculées sans égard aux cotisations versées par l'assuré⁸⁵.

Dans d'autres régimes d'assurances sociales, *la corrélation entre cotisations et prestations est atténuée*. Le calcul des rentes dans l'AVS/AI en est un exemple particulièrement parlant: alors que les cotisations sont prélevées sur la totalité du salaire déterminant⁸⁶, les rentes sont échelonnées entre deux valeurs correspondant, respectivement, au revenu annuel déterminant minimum et maximum. L'assuré dont le revenu annuel moyen n'atteint pas le seuil inférieur a de toute manière droit à une rente minimale. A l'inverse, une fois atteint le revenu annuel moyen maximum, le revenu de l'assuré n'est plus générateur de rente, le plafond de la rente maximale étant atteint.

81 En principe, on parlera de «primes» en matière d'assurances privées, et de «cotisations» en matière d'assurance sociales. On recourt cependant à la notion de prime dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins, ou encore dans l'assurance-accidents sociale.

82 BRULHART (note 26), N 134. Cf. également FUHRER (note 26), N 9.2 et 22.14.

83 BRULHART (note 26), N 134 s.

84 Cf. art. 61 al. 1 LAMal. Cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 16 N 240.

85 Il s'agit en particulier des prestations complémentaires, qui sont intégralement financées par le biais de l'impôt (cf. art. 13 LPC), ou encore, dans le régime de l'assurance-invalidité, de l'allocation pour impotence ou des rentes extraordinaires. On peut encore considérer, à ce titre, les indemnités journalières versées aux chômeurs libérés de la condition d'une période de cotisation suffisante (art. 13 et 14 LACI).

86 Cf. art. 5, 8 et 9 LAVS et 7 RAVS.

Dans les régimes d'assurances du deuxième pilier, la corrélation est plus proche de celle que l'on trouve en matière d'assurances privées. L'objectif du deuxième pilier étant de permettre à l'assuré de maintenir autant que possible son niveau de vie antérieur, les prestations assurées, tout comme les primes, sont souvent fonction du salaire assuré⁸⁷.

e. La sélection des risques

Conçues comme des assurances obligatoires, du moment que les conditions légales de l'affiliation sont remplies, *les assurances sociales excluent toute possibilité de sélection des risques*. Il n'est pas possible de refuser l'affiliation à un assuré entrant dans le champ d'application personnel du régime au motif qu'il serait un «mauvais risque», soit une personne chez qui le risque assuré a une forte probabilité de se réaliser dans un avenir plus ou moins proche. On pense, par exemple, à une personne déjà malade qui prendrait son domicile en Suisse. Il ne serait pas possible à la caisse-maladie qu'elle aurait choisie de refuser sa demande d'affiliation, ou encore de lui imposer des réserves.

Dans l'assurance privée au contraire, la conclusion d'une police d'assurance relève de la liberté des partenaires contractuels. L'assureur est ainsi en droit de refuser, sans avoir à se justifier, un assuré jugé «à risque», ou de lui proposer de conclure en excluant de la couverture l'élément constituant son point faible.

f. La prévention

Au-delà de prestations financières destinées à compenser un désavantage économique subi par l'assuré du fait de la réalisation du risque, *les assurances sociales sont souvent conçues comme un programme global* destiné à prévenir, en amont, la réalisation du risque assuré, ou à favoriser l'élimination des conséquences. Par exemple, l'assurance-chômage est conçue comme un véritable programme de prévention, et prévoit des mesures destinées à accompagner les assurés concernés vers un retour à l'emploi, en plus d'indemnités journalières destinées à couvrir, pendant un temps limité, la perte financière découlant du chômage. La dimension préventive n'est pas nécessairement présente dans tous les régimes d'assurances sociales.

Les assurances privées, quant à elles, sont organisées selon un paradigme réactif, consistant uniquement à *verser les prestations convenues lorsque le risque se réalise*. Elles n'ont pas pour vocation de prévenir sa survenance, et ne sont pas organisées pour le faire. Une exception peut être mentionnée, en matière d'assurance perte de gain⁸⁸. Dans la mesure où, en cas d'incapacité durable, l'assureur peut être amené à verser des prestations sur une longue durée,

⁸⁷ Cf. art. 15 et 92 al. 1 LAA et 14 ss LPP.

⁸⁸ Cf. C.

il peut être utile de recourir au *Case Management*, soit à un suivi personnalisé de l'assuré, dans le but de favoriser son retour à l'emploi⁸⁹. Il s'agit toutefois de démarches purement volontaires, qui n'obéissent pas à des règles codifiées, de sorte qu'il n'y a aucune notion d'égalité de traitement entre les assurés pour ce type de prise en charge.

g. *Synthèse*

Sur la base des critères examinés ci-dessus, nous retenons trois caractéristiques essentielles qui représentent, selon nous, le plus petit dénominateur commun des régimes d'assurances sociales:

- *premièrement*, un régime d'assurance sociale est régi par une législation de droit public, impérative, qui détermine le cercle des personnes assurées et les risques couverts⁹⁰. Elle doit en outre permettre de déterminer les prestations et les cotisations, au moins dans leurs bases de calcul. L'assureur social, quelle que soit sa forme juridique, est en principe délégataire de la puissance publique et statue par la voie de décisions⁹¹;
- *deuxièmement*, il doit revêtir un caractère obligatoire, pour tout ou partie de la population, ce qui exclut toute sélection des risques du moment que les conditions d'assurance sont remplies. Si la couverture n'est pas automatique, il faut prévoir un contrôle de l'affiliation⁹²;
- *troisièmement*, le financement de l'assurance doit au moins partiellement être assumé par un tiers, qui n'est pas l'assuré.

Bien que des mesures tendant à la prévention du risque ne soient pas indispensables pour que l'assurance puisse être qualifiée de sociale, il s'agit d'une caractéristique souvent présente, qui fournit un indice supplémentaire quant à la nature du régime d'assurance.

B. Assurances sociales et assurances privées en contact

Du fait du champ d'application des assurances sociales, les points de contact entre les assurances sociales et les assurances privées ont principalement pour cadre *l'assurance de personne*, soit le domaine de l'assurance qui se préoccupe des risques se produisant sur la personne de l'assuré, et des conséquences qui en découlent⁹³. Comme nous l'avons dit en introduction de cette étude,

89 Cf. également note 359.

90 *Contra*: DUC (note 4), p. 218, qui se réfère toutefois à la notion de sécurité sociale, telle que nous l'avons définie ci-dessus (cf. A/I), cf. p. 217.

91 Par exception, les caisses de pension, qui ne sont pas soumises à la procédure prévue par la LPGa, faute pour celle-ci de s'appliquer en matière de prévoyance professionnelle, ne rendent pas de décisions. La procédure est celle de l'action administrative, à l'initiative de l'assuré.

92 Comme dans l'assurance-maladie, par exemple (cf. art. 6 LAMal).

93 Cf. A/II/2.

l'assureur privé peut aussi être, si la réalisation du risque est le fait d'un tiers, l'assureur RC de ce dernier. Par ce biais-là, le droit de la responsabilité civile entre également dans la constellation des régimes indemnitaires dont les règles sont susceptibles de s'appliquer à un cas d'espèce. Il est donc possible, pour une situation donnée, de voir trois régimes d'indemnisation entrer en ligne de compte.

Même dans l'assurance de personne, *la coexistence de plusieurs régimes d'indemnisation ne signifie pas encore qu'ils soient amenés à intervenir concomitamment*. Pour que, véritablement, on puisse parler de contact entre ces régimes, il faut avant toute chose que les risques couverts soient identiques (I). S'ils le sont, une intervention simultanée est possible, à certaines conditions toutefois (II).

I. L'identité des risques assurés

Les éventualités couvertes par les différents régimes d'assurances sociales *sont définies dans la loi*⁹⁴ et concrétisées, chacune, par une abondante jurisprudence. S'agissant d'une législation fédérale de droit public, ces définitions s'imposent à l'ensemble des acteurs de la relation d'assurance.

En matière d'assurance privée, la définition du risque assuré *se trouve dans le contrat*. La définition du risque est habituellement contenue dans les CGA. En cas de litige sur la portée de la définition, il reviendra au juge de définir, selon les règles habituelles applicables à l'interprétation des contrats⁹⁵, quels contours lui donner.

Depuis plusieurs années, la question de la référence, par les assureurs privés, aux définitions prévues par la législation en matière d'assurances sociales, fait débat (1). Cette discussion a contaminé le droit de la responsabilité civile, qui ne raisonne pourtant pas en termes de risque, mais fonde l'obligation de réparer sur l'existence d'un chef de responsabilité. Dans ce cadre, la question est de savoir si, dans l'analyse des conditions d'un chef de responsabilité, en particulier s'agissant du préjudice et de la causalité, on peut transposer les réflexions

94 Dans la LPGA et/ou dans les lois spéciales.

95 Art. 18 CO. En cas de litige sur l'interprétation du contrat, dans son ensemble ou s'agissant d'une clause en particulier, le juge doit «rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention». Si la volonté commune des parties ne peut pas être établie ou s'il est établi que leurs volontés divergent, le juge doit, dans ce cas, interpréter les déclarations faites par les parties, et le comportement qu'elles ont adopté au moment de conclure, selon la théorie de la confiance. En d'autres termes, il doit examiner comment, compte tenu de l'ensemble des circonstances, leurs déclarations ou leur attitude pouvait de bonne foi être comprise par l'autre partie (cf. BERNARD CORBOZ, Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente, SJ 2011 II 247, p. 256; CR CO I-WINIGER, N 25 ss ad art. 18 CO).

conduites en matière d'assurances sociales (2). Le durcissement de la jurisprudence des deux cours de droit social du Tribunal fédéral sur des problèmes particuliers a aiguisé le débat.

1. *Un nécessaire parallélisme des définitions?*

Afin de prendre position dans la discussion opposant, d'une part, ceux qui souhaitent transposer à l'assurance privée les définitions des risques retenues pour la mise en œuvre des lois d'assurances sociales et, d'autre part, ceux qui s'y opposent, il s'agit tout d'abord de comprendre l'origine de la discussion (a), puis d'en reprendre les différents éléments (b) avant de formuler quelques propositions (c).

a. *L'origine du débat*

De manière volontairement simpliste, on peut résumer la discussion sur le parallélisme des définitions des risques assurés comme un débat entre, d'une part, des assureurs privés désireux de bénéficier des limites claires tracées en droit public pour circonscrire leur obligation de prêter et, d'autre part, les partisans d'une distinction claire entre droit privé et droit public, le second étant commandé par les impératifs d'une justice distributive qui n'existent pas pour le premier.

Si l'on tente de nuancer le propos, *trois éléments méritent d'être soulignés* pour expliquer la dispute. Les deux premiers peuvent être qualifiés d'endogènes, car propres au commerce de l'assurance. Le troisième, en revanche, est exogène et relève de l'organisation judiciaire.

- *La rentabilisation des produits d'assurance.* Sans vouloir verser dans le manichéisme décrit ci-dessus, il faut rappeler que l'assurance privée reste un négoce, dont l'objectif premier pour celui qui le pratique est d'en retirer un profit⁹⁶. Cette logique commerciale commande une limitation des dépenses, et donc la limitation des prestations versées. C'est particulièrement le cas lorsque la rentabilité du produit d'assurance est insatisfaisante⁹⁷.
- *L'optimisation de la créance récursoire.* Selon les produits d'assurance, il se peut que les CGA prévoient, en cas de concours de prestations sociales et de prestations d'assurance privée, que l'assureur privé soit remboursé à concurrence des prestations versées pour une période correspondante⁹⁸. Dans la même logique que ce qui a été décrit ci-dessus, les assureurs voudront, dans ce cas, maximiser leurs chances d'obtenir un remboursement, au moins partiellement, par le biais des assurances sociales. Cela commande de calquer autant que possible les éventualités assurées dans le cadre de la police

96 Cf. A/II/4/a.

97 Il en irait ainsi, en particulier, des polices d'assurance perte de gain, collectives ou individuelles.

98 Cf. B/II/2/c.

d'assurance privée sur celles qui donnent droit à des prestations des assurances sociales. Dans les relations entre assurances sociales et droit de la responsabilité civile, on tient un raisonnement similaire, car on impute sur la créance du lésé en réparation de son dommage corporel les prestations qu'il touche des assurances sociales⁹⁹.

- *L'organisation judiciaire*. En application de l'art. 7 CPC, les cantons ont la possibilité de soumettre les litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire à une instance cantonale unique. La notion de litige relevant de l'assurance-maladie complémentaire est interprétée largement. Au-delà des assurances complémentaires pour les soins, il s'agit aussi, selon le Tribunal fédéral, des assurances perte de gain en cas de maladie¹⁰⁰. De fait, la majorité des cantons a recouru à ce mode de faire, et confié le contentieux de l'assurance-maladie complémentaire au tribunal compétent pour connaître, dans le canton, du contentieux en matière d'assurances sociales¹⁰¹. Saisis de pareils litiges, les juges de la juridiction administrative doivent s'improviser juges civils et revenir, pour un instant, à l'application des règles du Code des obligations sur l'interprétation des contrats¹⁰² lorsque la portée des clauses définissant l'éventualité assurée fait débat entre l'assureur et l'assuré. Ce faisant, ils doivent s'extraire de définitions issues du droit public, ne s'imposant pas au reste de l'ordre juridique. L'exercice étant naturellement assez ardu, il n'est pas étonnant que l'interprétation des notions de droit privé soit influencée par les définitions données en droit public et par leur concrétisation dans la jurisprudence rendue par les deux cours de droit social du Tribunal fédéral.

b. Discussion

D'un point de vue idéologique, on aura tendance, selon que l'on est favorable à la restriction des prestations versées par l'assureur privé ou, au contraire, à leur étendue la plus large possible, à privilégier le parallélisme des définitions ou, au contraire, à le rejeter. Pour mettre à ce débat un terme qui soit justifié du point de vue de la science du droit, il est nécessaire d'oublier les intérêts (économiques) en présence.

D'un point de vue dogmatique, les éléments suivants permettent d'esquisser une réponse:

99 Cf. B/II/2/a sur les relations entre le droit de la responsabilité civile et les assurances sociales.

100 Y compris lorsqu'elles sont soumises à la LCA (cf. C/I/1 et 2 pour la distinction).

101 En application de l'art. 57 LPGA, les cantons ont l'obligation d'instituer un tribunal spécial chargé de connaître en instance unique du contentieux en matière d'assurances sociales. Ont fait usage de cette faculté, pour la Suisse latine: les cantons du Valais (art. 5 al. 1 let. a LACPC-VS), de Genève (art. 134 al. 1 let. c LOJ-GE), de Fribourg (art. 53 al. 1 LJ-FR) et du Tessin (art. 75 LACAMal-TI).

102 Art. 18 CO (cf. note 95).

- *Premièrement*, il faut rappeler qu’assurances sociales et assurances privées relèvent de deux ordres différents¹⁰³. Les premières relèvent du droit public, et s’inscrivent donc dans la relation verticale entre l’Etat et ses citoyens. Les secondes relèvent du droit privé et s’inscrivent dans la relation horizontale entre deux sujets de droit. De ce fait, elles sont soumises à des réglementations différentes: législation impérative pour les premières, relation contractuelle pour les secondes.
- *Deuxièmement*, il découle de cette différence que les prestations d’assurance n’ont pas la même nature dans les assurances sociales et dans l’assurance privée. Dans le premier cas, l’assuré bénéficie de droits acquis conformément aux règles légales, en fonction notamment des cotisations versées. Dans le second cas, les prestations sont «achetées» moyennant paiement d’un prix, soit la prime d’assurance. Le fait que les prestations proposées par les assureurs privés puissent avoir un but convergent ou complémentaire à celles que garantissent les assurances sociales ne change rien à cette différence essentielle de nature.
- *Troisièmement*, les assureurs privés étant des acteurs de l’économie libre, ils ont la possibilité, dans les limites du cadre posé par la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d’assurance¹⁰⁴ et la LCA, d’offrir les produits qu’ils souhaitent. De la même manière, ils ont la faculté, en application du principe de la liberté contractuelle¹⁰⁵, de refuser de contracter avec un assuré dont ils ne veulent pas, ou à des conditions qui ne leur conviennent pas. L’assuré, pour sa part, n’a pas l’obligation de souscrire une police d’assurance dont les termes lui déplaisent.

Il découle de cette différence de nature entre assurances sociales et assurances privées que *dogmatiquement, rien ne justifie, per se, l’application sans autres aux secondes des principes régissant les premières*. En revanche, la nature contractuelle des assurances privées a pour conséquence que les parties sont libres du contenu qu’elles entendent donner à leur accord. En réalité, le risque étant défini, pour les raisons exposées ci-dessus¹⁰⁶, dans les CGA, *l’assureur privé est maître de la définition du risque assuré*. Il peut donc se référer aux définitions applicables en matière d’assurances sociales.

Le risque assuré étant un élément essentiel du contrat, *il est alors nécessaire que le partenaire contractuel – l’assuré en l’espèce – ait pu et dû comprendre*, à la lecture des CGA, que le risque contre lequel il s’assurait serait identique au risque couvert par les assurances sociales. A défaut d’accord sur l’étendue du risque couvert, il s’agira d’interpréter le contrat selon les règles de la bonne foi¹⁰⁷.

¹⁰³ Cf. A/II/3/b.

¹⁰⁴ LSA; RS 961.01.

¹⁰⁵ BRULHART (note 26), N 260 ss.

¹⁰⁶ Cf. A/II/3/b.

¹⁰⁷ Cf. note 95. Sur la controverse au sujet de l’interprétation des CGA, cf. DUPONT (note 67), N 83 s.

Dans ce cadre, le fait que les CGA utilisent, sans autre précision, les mêmes notions que celles que l'on trouve dans les lois d'assurances sociales (par exemple «invalidité», «incapacité de gain», etc.) n'est pas suffisant pour admettre un parallélisme des notions. Il faut à notre sens au minimum, compte tenu de la spécificité des notions employées dans le domaine des assurances sociales, *un renvoi exprès à la définition légale, ainsi que la reproduction de cette définition dans les CGA*.

A la rigueur de l'art. 18 CO, la mention de ces indications ne dispense pas encore le juge civil de *prendre en considération les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat* pour procéder à l'interprétation conforme au principe de la bonne foi¹⁰⁸. Ainsi, les indications données par un courtier ou un agent peuvent amener le juge à retenir une interprétation s'écartant de la définition des assurances sociales, malgré un renvoi exprès dans les CGA.

Il faut en outre considérer que l'interprétation du contenu du contrat vaut *pour le moment auquel il a été conclu*. Ainsi, si les CGA se réfèrent aux notions utilisées en assurances sociales, cela ne vaut de toute manière que pour les définitions qui en étaient données au moment de la souscription de la police d'assurance. Du point de vue contractuel, il serait en effet tout à fait singulier d'admettre que l'assuré a accepté de conclure un contrat portant sur une prestation dont l'ampleur peut varier¹⁰⁹, sans diminution de sa propre contre-prestation.

L'assureur privé qui entend invoquer, *après la conclusion du contrat*, une jurisprudence nouvellement rendue en matière d'assurances sociales pour restreindre la couverture de ses assurés, doit proposer à l'assuré, qui doit l'accepter, de modifier la police d'assurance. A défaut d'accord, l'assureur ne saurait à notre sens invoquer un déséquilibre induit par le changement des circonstances (*clausula rebus sic stantibus*¹¹⁰), dès lors que le rapport entre la prestation et la contre-prestation (la prime et les prestations assurées) ne change pas. On pourrait à la limite envisager le recours à la théorie de l'imprévisibilité si l'assureur parvenait à démontrer que la probabilité d'obtenir un remboursement par l'assureur social a à ce point influencé la fixation de la prime que la diminution de l'assiette subrogatoire rend le maintien du contrat contraire à la bonne foi. Dans tous les cas, la modification contractuelle doit alors s'accompagner d'une réduction correspondante de la prime.

Une clause qui permettrait à l'assureur de modifier unilatéralement la couverture d'assurance en cours de contrat sans diminuer la contre-prestation demandée à l'assuré doit être *qualifiée d'insolite* et, partant, réputée non écrite. En effet, le déséquilibre qu'une telle clause induirait entre les parties justifie

108 CR CO I-WINIGER, N 34 ad art. 18 CO.

109 En l'occurrence, la restriction de la définition du risque assuré diminue la probabilité statistique, pour l'assuré, de toucher des prestations d'assurance.

110 Sur cette question, cf. CR CO I-WINIGER, N 193 ss ad art. 18 CO.

que, d'un point de vue objectif, elle soit jugée étrangère à la nature de l'affaire. Subjectivement, l'assuré ne peut qu'être surpris par une modification unilatérale du contrat qui interviendrait en sa défaveur uniquement¹¹¹.

Le déséquilibre ainsi créé peut, selon les circonstances, également être qualifié de «*disproportion*» au sens de l'art. 8 LCD. Savoir si elle est notable et injustifiée au sens de cette disposition est une question d'appréciation, compte tenu de l'équilibre global du contrat. Une clause permettant à l'assuré, par exemple, de résilier le contrat en cas de modification peut éventuellement suffire à garantir cet équilibre¹¹². En matière d'assurance de personne, il faut à notre sens être prudent avant de l'admettre, la résiliation du contrat s'avérant souvent bien plus dommageable pour l'assuré que le maintien de la police avec le contenu modifié¹¹³. Cela confère un pouvoir de fait à l'assureur, dont on ne peut pas admettre facilement qu'il puisse être compensé par d'autres avantages. Dès lors, l'assureur qui intègre pareille clause dans ces CGA s'expose à une action fondée sur l'art. 8 LCD, et aux sanctions qui peuvent en découler¹¹⁴.

c. Propositions

Les réflexions qui précèdent nous amènent à faire deux constats: *premièrement*, entre assurances sociales et assurances privées¹¹⁵, le parallélisme des définitions des risques assurés par les assureurs privés et par les assurances sociales dépendra, en définitive, du contenu des CGA auxquelles les polices d'assurance privées sont soumises; *deuxièmement*, un tel parallélisme n'est, en soi, pas problématique, du moment que le contenu du contrat est clairement compris par l'autre partie, soit par l'assuré, et approuvé en toute connaissance de cause.

Sur ce deuxième point, les appréciations divergeront à nouveau selon la capacité que l'on prête à l'assuré de comprendre le contenu des CGA qui lui sont soumises. Chargé d'interpréter le contrat selon les règles de la bonne foi, le juge doit garder à l'esprit que *le rapport de force, lors de la conclusion d'un contrat d'assurance, est très inégal*. Tout d'abord, l'assuré n'a, s'agissant du risque couvert en particulier, *aucune possibilité de négociation*. Il se voit proposer des conditions, qu'il doit accepter ou refuser. Ensuite, l'assuré «moyen» ne dispose *pas de connaissances particulières en matière d'assurances sociales*, qui lui permettraient de saisir les enjeux d'un parallélisme des définitions. Finale-

111 Sur la notion d'insolite dans l'interprétation des CGA, cf. DUPONT (note 67), N 55.

112 Sur toute cette question, cf. DUPONT (note 67), N 35 ss.

113 En réalité, il n'y a guère que pour une police d'assurance-vie avec valeur de rachat que la résiliation peut, éventuellement, s'avérer un moindre mal. En revanche, la résiliation de polices prévoyant des prestations périodiques ou en capital en cas d'invalidité n'est jamais une solution favorable à l'assuré.

114 Notamment un contrôle abstrait de ses CGA (art. 9 al. 1 let. c LCD). Cf. DUPONT (note 67), N 63 ss.

115 L'intervention du droit de la responsabilité civile pose d'autres problèmes (cf. B/I/2).

ment, la fixation du prix du contrat, soit les primes d'assurances, répond à des principes complexes, opaques pour le non-initié. *Le candidat à l'assurance est dans l'impossibilité de vérifier, sans engager des frais déraisonnables, l'adéquation entre la prestation offerte et le prix demandé.*

Il découle de ce qui précède que le juge civil, confronté à l'exercice de l'interprétation des clauses contractuelles circonscrivant le risque assuré selon les principes décrits ci-dessus¹¹⁶, *doit se montrer très sévère à l'égard de l'assureur qui n'a pas pris les précautions nécessaires* pour vérifier que l'assuré avait compris la couverture qu'il souscrivait. Autrement dit, il convient de s'en tenir strictement au principe de l'interprétation *in dubio contra stipulatorem*¹¹⁷. Ce n'est que lorsque des circonstances tout à fait particulières seront réunies que l'assuré devrait se voir opposer, en vertu des règles de la bonne foi, une interprétation des CGA qui le désavantage.

L'exercice serait probablement facilité si l'on *rendait au juge civil exclusivement la compétence de se prononcer*, en cas de litige, sur l'interprétation des contrats d'assurance privée. Il est en effet singulier que les polices concernant des assurances complémentaires à l'assurance-maladie soient, dans certains cantons¹¹⁸, interprétées par le tribunal compétent en matière d'assurances sociales en vertu de l'art. 57 LPGa. Ce tribunal est familier avec les notions de droit public, et la jurisprudence qui les concrétise. Il est donc naturel que son appréciation de la bonne foi du justiciable moyen s'en trouve influencée. Notre proposition tend à éviter tout risque à ce propos. Elle n'empêche par ailleurs pas que les autres règles particulières prévues par le Code de procédure civile pour ce type de litiges s'appliquent¹¹⁹, comme c'est le cas d'ailleurs dans les cantons qui n'ont pas attribué ce contentieux à une autorité spéciale¹²⁰.

2. Deux problèmes particuliers

Dans le contexte de la discussion sur le parallélisme des définitions des risques assurés, deux sujets méritent une attention particulière parce qu'ils suscitent un débat nourri, dans les interactions entre assurances sociales, assurances privées et droit de la responsabilité civile¹²¹. *La notion d'exigibilité* (a) concerne les

116 Cf. B/I/1/b, et la note 95.

117 Cf. CR CO I-WINIGER, N 148 ad art. 18 CO. Selon ce principe, le juge peut, s'il ne parvient pas à dégager clairement la volonté des parties, suivre l'interprétation que fait le destinataire de conditions contractuelles préformulées.

118 Cf. B/I/1/a, et la note 101.

119 Pas de frais de justice (art. 113 al. 2 let. f et 114 let. e CPC), procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. f CPC) et établissement des faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC), absence de conciliation préalable (ATF 138 III 558 c. 4.5 et 4.6).

120 C'est notamment le cas du canton de Vaud.

121 Cf. notamment le forum consacré à ce sujet dans REAS 3/2013, p. 271 ss. Cf. également VINCENT BRULHART, Les lésions bénignes du rachis cervical: les enjeux pour le responsable et l'assureur, in: Christine Chappuis/Benedict Winiger (édits), Les causes du dommage, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 131 ss; ROLAND SCHAER, Unerträglich faszinierend: Borderline-syndrom

trois régimes d'indemnisation; l'analyse de la *causalité adéquate entre un accident et des troubles psychiques subséquents* (b) concerne plus spécifiquement les relations entre le droit de la responsabilité civile et les assurances sociales.

En droit des assurances sociales, ces deux questions font l'objet de développements restrictifs, pour des raisons qui seront exposées plus loin. Le droit de la responsabilité civile n'ayant pas la même approche, le préjudice s'en trouve augmenté, faute pour le lésé de toucher des prestations sociales qui viendraient réduire le préjudice indemnisable. Les assureurs couvrant la responsabilité civile souhaiteraient donc voir les mêmes règles s'appliquer en droit des assurances sociales et pour le calcul du préjudice civil.

a. *La notion d'exigibilité*

aa. En général

Qu'il s'agisse d'obtenir des prestations des assurances sociales, d'un assureur privé ou, plus particulièrement, de la personne civilement responsable du préjudice qu'il subit, l'assuré (respectivement le lésé) est tenu de faire *tout ce qui est raisonnablement exigible de lui pour diminuer son dommage*¹²².

Si l'obligation de diminuer le dommage a valeur de principe général, *la mesure de ce que l'on attend de l'assuré n'est pas la même* selon qu'on l'analyse en droit de la responsabilité civile ou en lien avec un cas d'assurances privées ou sociales:

- *En droit civil*, la mesure de l'exigibilité est celle de l'art. 44 CO, qui permet au juge de réduire l'indemnité, soit les dommages-intérêts, lorsque le lésé, par des faits dont il est responsable, participe à la création de son dommage, l'augmente ou aggrave sa situation. S'agissant, plus particulièrement, de réduire la perte de gain¹²³ en changeant d'activité professionnelle, dans l'hypothèse d'une personne qui, atteinte dans sa santé, ne pourrait plus exercer sa profession habituelle, il faut, selon le Tribunal fédéral, examiner concrètement les efforts exigibles du lésé, en fonction de toutes les circonstances personnelles¹²⁴.
- La même analyse vaut *dans l'assurance privée de personne*. Le Tribunal fédéral l'a rappelé à l'occasion de deux affaires concernant des polices d'assurance perte de gain dans lesquelles les assureurs arguaient de l'exigibilité d'un changement d'activité professionnelle pour justifier l'arrêt des pres-

der Adäquanz oder soll das zivile Haftpflichtrecht Auffangbecken für intensitätsarme Adäquanz im Sozialversicherungsrecht sein?, in: Mélanges Assista, Genève 1998, p 554 ss.

122 Cf. A/II/3/b.

123 Sur cette notion en droit civil, cf. CHRISTOPH MÜLLER, la responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013, N 584 ss.

124 Le Tribunal fédéral cite, comme critères pertinents, la personnalité du lésé, son âge et son niveau de formation, son intelligence et ses capacités d'adaptation, ses aptitudes professionnelles et son habileté manuelle (TF, arrêt 4C.83/2006 du 26 juin 2006, c. 4, et les références citées).

tations¹²⁵. Notre Haute Cour a reproché aux assureurs d'avoir évalué l'exigibilité d'un changement d'activité d'un point de vue médico-théorique. Elle a rappelé que cette méthode d'analyse, utilisée pour l'évaluation de l'invalidité en droit des assurances sociales, n'était pas applicable pour juger de l'incapacité de travail en droit civil. Les assureurs ne pouvaient ainsi mettre un terme aux prestations qu'après avoir déterminé, tout à fait concrètement, si l'exercice d'une autre activité professionnelle était raisonnablement exigible de l'assuré, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce.

- *En droit des assurances sociales*, la réflexion est différente. Il s'agit cette fois d'un régime étatique, appliquant les mécanismes de la justice distributive et commandant de répartir de manière équitable des ressources limitées¹²⁶. L'impératif d'égalité de traitement entre les assurés¹²⁷ commande d'encadrer l'octroi des prestations aussi objectivement que possible. Dans ce contexte, l'analyse de l'exigibilité tient peu compte des circonstances de vie propres à l'assuré qui ne se traduisent pas par une atteinte à la santé identifiable comme telle, et encore moins de ses aspirations. En matière d'assurance-invalidité, par exemple, l'analyse de l'exigibilité d'un changement de profession pour limiter ou éviter l'incapacité de gain est ainsi, comme nous l'avons mentionné au paragraphe précédent, exclusivement examinée sur la base d'une l'analyse médico-théorique, c'est-à-dire des limitations fonctionnelles induites par l'état de santé de l'assuré, sans considération pour les facteurs dits «bio-psycho-sociaux»¹²⁸, soit les éléments qui relèvent du parcours de vie de l'assuré¹²⁹.

bb. En cas de SPECDO en particulier

La notion d'exigibilité mérite une attention plus particulière encore en lien avec les *syndromes et pathologies dont l'étiologie n'est pas claire et sans constat de déficit organique* (SPECDO¹³⁰). Il s'agit de pathologies à l'origine de plaintes

125 TF, arrêts 4A_304/2012 du 14 novembre 2012, et 4A_529/2012 du 31 janvier 2013. Pour un commentaire de ces deux arrêts, cf. DUPONT (note 52), p. 126 ss.

126 Le financement des assurances sociales est, rappelons-le (cf. A/II/4/c), en principe fixé en proportion du revenu de l'assuré. La modification du taux de cotisation pour augmenter les recettes suppose une modification législative, ce qui rend l'assurance très peu réactive, contrairement aux assurances privées, dans lesquelles l'adaptation des primes pour tenir compte d'une modification des risques est plus aisée.

127 Dès lors que nous avons affaire à une législation de droit public, les garanties constitutionnelles s'appliquent, et en particulier l'art. 8 Cst., qui impose à l'Etat de traiter les citoyens de manière égalitaire.

128 On parle également, dans la doctrine médicale, de «*yellow flags*». Cf. également note 386.

129 Cette analyse est toutefois relativisée pour certaines catégories d'assurés, comme les assurés proche de l'âge de la retraite au moment de demander des prestations, ou encore les assurés appartenant à la communauté des gens du voyage (cf. référence des arrêts. Cf. également ANNE-SYLVE DUPONT/GUY LONGCHAMP, Jurisprudence récente en matière d'assurances sociales: morceaux choisis, in: Plaidoyer 4/2012, p. 43 ss, p. 43 s.).

130 Sont à ce jour considérés comme tels les troubles somatoformes douloureux (ATF 130 V 352), la fibromyalgie (ATF 132 V 65), les anesthésies dissociatives et atteintes sensorielles (TF, arrêt I 9/07

dont l'authenticité est reconnue, mais dont on ne peut déterminer clairement la cause. Les seuls éléments de référence, pour juger de la gravité du cas, sont les plaintes des patients, éléments par définition hautement subjectifs. Devant la nécessité d'encadrer l'octroi de prestations sociales dans ce genre de situations, et s'agissant plus précisément de juger de leur caractère invalidant¹³¹, le Tribunal fédéral a défini une méthode d'analyse schématisée, sur la base de critères particuliers (dits «critères de Foerster»)¹³².

Ainsi, le caractère invalidant d'un SPECDO n'est admis que s'il est accompagné d'une *comorbidité psychiatrique* d'une intensité et d'une durée particulières, ou si, à défaut, on doit admettre l'existence d'une atteinte physique chronicisée et d'un processus maladif de longue durée, avec une symptomatologie inchangée ou s'aggravant, sans rémission de longue durée, d'un isolement social dans toutes les manifestations de la vie, d'un état psychique cristallisé et que l'on doit constater l'échec des traitements médicaux effectués dans les règles de l'art, malgré la coopération de l'assuré¹³³.

Du fait de ces conditions particulières, le caractère invalidant de pathologies de ce type est difficilement admis, le droit aux prestations d'assurances sociales en cas d'invalidité¹³⁴ étant ainsi nié.

cc. Discussion

La question est régulièrement soulevée de savoir si l'on peut transposer aux assurances privées et au droit de la responsabilité civile l'analyse objective de l'exigibilité à laquelle on se réfère en droit des assurances sociales, et en particulier les conditions supplémentaires prévues dans ce domaine pour juger du caractère invalidant d'un SPECDO¹³⁵.

En droit des assurances privées, comme nous l'avons dit ci-dessus¹³⁶, l'assureur est libre de définir le risque assuré comme il l'entend. Il est donc éga-

du 9 février 2007), le syndrome de fatigue chronique et la neurasthénie (TF, arrêts 9C_662/2009 du 17 août 2010 et 9C_98/2010 du 28 avril 2010), ou encore les distorsions cervicales («coup du lapin») sans lésions objectivées (ATF 136 V 279) et l'hypersomnie non organique (ATF 137 V 64).

131 Au sens de l'art. 7 LPGA, «est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles».

132 Pour un exposé détaillé, cf. ULRICH MEYER, *Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung*, in: Thomas Gächter (édit.), Ulrich Meyer – *Ausgewählte Schriften*, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 265 ss.

133 TF, arrêts I 554/98 du 19 janvier 2000 et 9C_776/2010 du 20 décembre 2011.

134 Dans l'assurance-invalidité, il s'agit non seulement de la rente, mais aussi des prestations dont l'octroi dépend d'un taux d'invalidité minimum, comme l'aide au placement (10%) ou le reclassement (20%). Cf. SILVIA BUCHER, *Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung*, Berne 2011, N 605 et 703.

135 Cf. Forum «Responsabilité civile et assurance – Quel système doit-il être le plus restrictif?», in: REAS 3/2013, p. 271 ss.

136 Cf. B/I/1/b.

lement libre de se référer, dans ses CGA, aux notions utilisées en droit des assurances sociales. L'assuré, de son côté, est libre d'accepter ou de refuser la conclusion d'un contrat dont les risques seraient définis de manière trop étroite à son goût. Cela dit, il faut tout de même souligner deux points:

- *Premièrement*, l'approche médico-théorique¹³⁷, telle qu'elle a été développée dans le cadre de l'examen du droit aux prestations de l'assurance-invalidité, intervient pour concrétiser le risque «invalidité»¹³⁸. *Un parallèle n'est donc possible que dans la mesure où la police d'assurance privée couvre ce même risque*. Si le risque assuré n'est pas la perte de gain au sens de l'art. 7 LPGA, mais la perte de travail, soit l'incapacité temporaire d'exercer une activité professionnelle¹³⁹, comme c'est le cas des polices d'assurance prévoyant des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie¹⁴⁰, la référence à l'analyse médico-théorique développée pour l'examen de l'invalidité, et en particulier au caractère invalidant d'un SPECDO, reviendrait à adopter une définition plus restrictive en droit de l'assurance privée qu'en droit des assurances sociales. Même en matière d'assurances sociales, le Tribunal fédéral a estimé que les critères de *Foerster* n'entraient pas en considération pour juger du droit aux indemnités journalières dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire, soit précisément en cas de perte de travail au sens de l'art. 6 LPGA¹⁴¹.
- *Deuxièmement*, si la police d'assurance privée a effectivement pour vocation de servir des prestations en cas d'invalidité, la spécificité de la jurisprudence rendue à propos du caractère invalidant des SPECDO posera problème au moment d'interpréter le contrat¹⁴². *A défaut de trouver dans les CGA une référence explicite et les informations nécessaires*, le juge civil pourra difficilement imputer à l'assuré, en application du principe de la bonne foi, la connaissance de cette restriction apportée à la notion d'invalidité dans une autre branche du droit. Dans tous les cas, *les polices d'assurance conclues avant l'adoption de la jurisprudence sur les SPECDO*¹⁴³, soit avant la restriction jurisprudentielle de la notion d'invalidité en droit des assurances so-

137 Cf. B/I/1/b.

138 Soit une perte de gain au sens de l'art. 7 LPGA (cf. note 131), permanente ou de longue durée (art. 8 LPGA).

139 Cf. art. 6 LPGA.

140 Une confusion découle de ce que ces polices sont habituellement dénommées «perte de gain». Elles n'ont toutefois pas pour vocation de verser des prestations en cas d'invalidité au sens des art. 7 et 8 LPGA, mais en cas d'incapacité de travail au sens de l'art. 6 LPGA.

141 ATF 137 V 199.

142 Cf. B/I/1/b, et la note 95.

143 On peut faire remonter cette jurisprudence au plus tôt au 12 mars 2004 (ATF 130 V 352), date du premier arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que les troubles somatoformes douloureux ne pouvaient donner droit à une rente d'invalidité qu'à des conditions très strictes. A notre sens, il faut tenir compte de la pathologie concernée et de la date à laquelle elle a été inclue par le Tribunal fédéral dans le cercle des SPECDO (cf. note 130) pour interpréter la volonté de l'assuré au moment de conclure la police d'assurance privée.

ciales, ne peuvent pas être interprétées de telle manière que le risque assuré aurait été restreint après la conclusion du contrat, par le biais d'une modification unilatérale, à moins éventuellement que l'assuré n'en ait été expressément informé et que l'assureur ait consenti une adaptation de la prime en conséquence. Ainsi, à défaut de baisse de la prime depuis l'entrée en vigueur du contrat, il y aura lieu d'exclure l'application de la jurisprudence SPECDO pour juger du droit aux prestations prévues par la police d'assurance privée.

En droit de la responsabilité civile, vouloir s'approprier les réflexions conduites en assurances sociales paraît plus singulier encore. D'un point de vue dogmatique, préjudice civil et prestations sociales sont en effet deux choses tout à fait distinctes, liées entre elles uniquement par les mécanismes de la subrogation¹⁴⁴. Comme nous l'avons déjà esquissé plus haut¹⁴⁵, les prestations sociales dont bénéficie la victime, même lorsque la réalisation d'un risque est le fait d'un tiers, influencent directement le montant du dommage au sens des art. 46 ss CO et, par conséquent, l'obligation du responsable, respectivement de son assureur RC, d'indemniser la victime. Pour éviter que l'assuré ne soit indemnisé deux fois pour la même perte, *on impute sur le préjudice civil le montant des prestations sociales reçues de l'Etat, pour autant que ces dernières soient de même nature et se rapportent à la même période dans le temps*¹⁴⁶. Moins les prestations sociales sont étendues, plus le dommage direct¹⁴⁷ est important¹⁴⁸.

Dans la doctrine, un courant – majoritaire à ce jour – s'oppose à la transposition, en droit civil, de l'analyse menée dans le domaine des assurances sociales. Les tenants de cette ligne mettent principalement en avant les objectifs indemnitaires différents des deux régimes¹⁴⁹. S'agissant de l'analyse objective (médico-théorique) de l'invalidité dans le cadre de l'AI, il ne faut pas oublier que cette assurance fait partie de celles du premier pilier, dont l'objectif n'est pas d'indemniser complètement l'assuré devenu invalide ou menacé d'invalidité, *mais uniquement de »couvrir ses besoins vitaux de manière appropriée«*¹⁵⁰. Dans ce contexte, et compte tenu de la mission confiée à la Confédération de voir la prévoyance vieillesse, invalidité et survivant remplir ses fonctions de

144 Cf. B/II/2/a.

145 Cf. B/I.

146 Cf. art. 73 al. 1 et 74 LPGA.

147 Soit le dommage résiduel de la victime, après imputation des prestations sociales.

148 A noter que cela ne change rien à l'obligation totale du responsable, respectivement de son assureur, puisque l'assureur social qui a versé des prestations et se trouve, de ce fait, subrogé aux droits de la victime, dispose d'une action récursoire contre le responsable civil (cf. B/II/2/a).

149 Cf. les contributions de HARDY LANDOLT, PETER KAUFMANN et THOMAS GÄCHTER dans le forum mentionné en note 135, ou encore UELI KIESER, Unklare und nicht objektivierbare Beschwerdebilder – was kann und soll das Versicherungsrecht tun?, in: REAS 1/2013, p. 12 ss. Pour des opinions contraires, cf. principalement VITO ROBERTO/SEBASTIAN REICHLE, Haftung für »Phantom-Beschwerden«?, in: REAS 1/2013, p. 3 ss; VINCENT BRULHART, Regard critique sur quelques évolutions récentes en droit des assurances privées, SJ 2014 II 73, p. 92 ss.

150 Art. 112 al. 2 let. b Cst.

manière durable¹⁵¹, l'analyse objective de l'exigibilité est tolérable, dans son principe à tout le moins.

A l'inverse, l'imputation à un tiers du préjudice subi par la victime d'un acte ou d'un fait dommageable repose sur l'idée que quiconque cause à autrui un préjudice qui lui est civilement imputable *doit replacer le lésé autant que possible dans la situation qui serait la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit*¹⁵². Dans cet ordre d'idée, l'obligation de réparer s'étend, en droit civil, à l'intégralité des conséquences patrimoniales¹⁵³ de l'acte ou du fait dommageable¹⁵⁴.

Il est en revanche nécessaire que *le dommage soit en lien de causalité avec l'acte ou le fait imputable* au tiers civilement responsable. Ainsi, si d'autres éléments participent au dommage, dans son principe ou dans sa quotité, le calcul du préjudice s'en trouvera influencé, respectivement le montant de l'indemnité allouée à la victime. Il en va notamment ainsi lorsque cette dernière présente une prédisposition constitutionnelle, soit une fragilité particulière qui participe au dommage¹⁵⁵. Cet élément interviendra alors, soit dans le calcul du dommage¹⁵⁶, soit dans la fixation des dommages-intérêts¹⁵⁷.

Dans ce contexte, l'obligation du lésé de diminuer le dommage découle de l'obligation générale de se comporter conformément au principe de la bonne foi, au sens de l'art. 2 CC¹⁵⁸. Il existe une controverse, en doctrine, au sujet de savoir si la violation par le lésé de son obligation influe sur le calcul du préjudice ou sur le montant de l'indemnité allouée¹⁵⁹. Indépendamment de la réponse à cette question, l'obligation de diminuer le dommage *se limite aux mesures raisonnables*, ce qui suppose une pesée des intérêts en présence. Plus une mesure est incisive et constitue une ingérence dans la personnalité du lésé, plus

151 Cf. art. 111 al. 2 Cst.

152 GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N 579 ss.

153 Le dommage est traditionnellement défini par la différence entre le patrimoine de la victime avant et après l'accident dommageable (théorie de la différence). Pour une analyse critique, cf. BENOÎT CHAPPUIS, Le moment du dommage: analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Zurich 2007, N 89 ss; BENOÎT CHAPPUIS, Quelques dommages dits irréparables: réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, SJ 2010 II 165, N 57 ss; ANNE-SYLVIE DUPONT, Le dommage écologique: le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2005, N 423 ss.

154 Il existe, en droit de la responsabilité civile, l'idée communément admise que l'on ne choisit pas sa victime. Ainsi, le responsable ne peut pas se référer à une sorte de «victime-type» pour calculer.

155 Sur la notion de prédisposition constitutionnelle, notamment sur la distinction selon qu'elle est indépendante ou liée, cf. FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011, N 1268 ss; MÜLLER (note 123), N 683 s.

156 Si la prédisposition constitutionnelle est indépendante.

157 Si la prédisposition constitutionnelle est liée (cf. art. 44 CO).

158 ACHTARI (note 49), N 35 et 42. Cf. également TF, arrêt 4C.275/2006 du 8 décembre 2006, c. 2.1.

159 Cf. ACHTARI (note 49), N 43. Cet auteur penche, à juste titre selon nous, pour la deuxième solution, pour des raisons exposées aux N 1142 ss de son ouvrage.

il y a lieu de tenir compte de critères subjectifs¹⁶⁰. Dans cet ordre d'idée, le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que s'agissant de décider de l'exigibilité d'une réadaptation professionnelle pour diminuer la perte de gain, il fallait tenir compte des circonstances telles que «la personnalité du lésé, son âge et son niveau de formation, son intelligence et ses capacités d'adaptation, ses aptitudes professionnelles et son habileté manuelle»¹⁶¹. *De fait, l'analyse médico-théorique adoptée en droit des assurances sociales dans un souci de saine gestion des prestations étatiques n'est pas transposable en droit de la responsabilité civile*, où l'exigibilité d'une réduction du dommage ne doit pas faire perdre de vue qu'à l'origine de ce dommage, il y a un comportement ou un fait imputable à un tiers tenu à réparation¹⁶².

En guise de synthèse, rappelons encore une fois qu'assurances sociales, assurances privées et droit de la responsabilité civile sont trois régimes indemnitaires différents, reposant sur des principes distincts. Il y a lieu de tenir compte de cette différence aussi au moment d'analyser l'obligation faite à l'assuré de diminuer son dommage:

- *En matière d'assurances privées*, compte tenu des mécanismes contractuels qui interviennent, l'assureur privé a la possibilité de définir lui-même son niveau d'exigence à cet égard. Il est toutefois nécessaire, pour que des clauses particulières puissent être interprétées conformément à ses souhaits, qu'elles soient opposables à l'assuré en application du principe de la bonne foi.
- *En droit de la responsabilité civile*, il est dogmatiquement erroné de faire dépendre l'existence d'un dommage civil du droit aux prestations d'assurances sociales. L'existence d'un chef de responsabilité précède l'obligation contractuelle de l'assureur RC, et non l'inverse. Dans ce cadre, le calcul du préjudice civil et la fixation des dommages-intérêts obéissent à des règles propres et ne sont pas subordonnés à la possibilité d'une créance subrogatoire. L'argument, souvent mis en avant pour tenter de justifier l'adoption des restrictions propres aux assurances sociales, du poids que supporte la communauté des assurés RC¹⁶³, n'est pas suffisant dès lors que les CGA des polices d'assurance RC font précisément référence au préjudice civilement indemnisable, et que les primes prélevées sont calculées en fonction. L'assureur RC connaît les postes du dommage admis par la loi et la jurisprudence, et élabore des produits en conséquence¹⁶⁴.

160 Cf. ACHTARI (note 49), N 327.

161 TF, arrêts 4C_888/2010 du 21 janvier 2011, c. 4.2 et 4C.83/2006 du 26 juin 2006, c. 4.

162 Dans le même sens, ACHTARI (note 49), N 791.

163 Cf. par exemple BRULHART (note 149), p. 92 s.

164 Les assureurs RC semblent par ailleurs parfaitement en mesure de s'adapter aux évolutions jurisprudentielles, par exemple à la «création», en 1982 (cf. ATF 108 II 434), du dommage ménager.

b. *La causalité adéquate entre un accident et des troubles psychiques subséquents*

L'analyse de la causalité adéquate¹⁶⁵ entre un événement dommageable, respectivement un accident au sens de l'art. 4 LPG, et l'apparition de troubles psychiques subséquents¹⁶⁶ fait également l'objet de nombreuses discussions, la pomme de discorde étant, une fois encore, la transposition au droit de la responsabilité civile de la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en matière d'assurances sociales, plus spécifiquement d'assurance-accidents¹⁶⁷.

L'analyse de la causalité adéquate étant une question de droit¹⁶⁸, elle est soumise à l'appréciation de l'administration, respectivement du juge. *Dans un souci de saine gestion de l'assurance sociale*, le Tribunal fédéral a posé des jalons pour encadrer cette analyse, afin de *garantir autant que possible l'égalité de traitement entre les assurés*¹⁶⁹.

Selon une méthode désormais bien établie, il s'agit ainsi de *déterminer le degré de gravité de l'accident*; en cas d'accident de faible gravité, l'adéquation de la causalité sera en principe niée. En cas d'accident grave, elle sera en principe admise. Si l'accident doit être qualifié de moyennement grave, il s'agira d'examiner si un certain nombre de critères sont remplis¹⁷⁰ de manière à pouvoir, finalement, admettre la causalité naturelle. Une méthode identique, quoiqu'avec quelques variantes, est appliquée pour juger de la causalité entre un accident et le tableau clinique typique d'une distorsion cervicale¹⁷¹.

165 Alors que la causalité naturelle est l'expression d'une relation factuelle de cause à effet, la causalité adéquate est une délimitation normative, procédant de choix de politique juridique, afin de contenir les conséquences juridiques d'un fait dans des limites socialement acceptables (cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER [note 5], § 11 N 39; MÜLLER [note 123], N 214)).

166 Il faut distinguer les troubles psychiques subséquents, soit les troubles psychiques qui surviennent quelques temps après un accident qui a causé en premier lieu une atteinte physique, des chocs psychologiques, c'est-à-dire de la terreur éprouvée immédiatement pendant l'accident, ou à l'annonce de l'accident.

167 Cf. THOMAS PROBST, La causalité aujourd'hui, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édits), Les causes du dommage, Genève 2007, p. 15 ss, et les références citées en note 66.

168 Cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 11 N 39; MÜLLER (note 123), N 216.

169 Pour un exposé historique et critique, cf. SCHAEER (note 121), p. 568 ss.

170 Ces critères sont: les circonstances concomitantes particulièrement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant de l'accident, la gravité ou la nature particulière des lésions; l'administration prolongée d'un traitement médical spécifique et pénible; l'intensité des douleurs; les erreurs dans le traitement médical entraînant une aggravation notable des séquelles de l'accident; les difficultés apparues au cours de la guérison et des complications importantes; l'importance de l'incapacité de travail en dépit des efforts reconnaissables de l'assuré (cf. TF, arrêt 8C_115/2011 du 26 janvier 2012, c. 4.3.2).

171 Pour plus de détails sur l'élaboration de cette jurisprudence, cf. ULRICH MEYER, Kausalitätsfragen aus dem gebiet des Sozialversicherungsrechts, in: Thomas Gächter (édit.), Ulrich Meyer – Ausgewählte Schriften, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 167 ss, p. 170 ss. Cf. également PIERRE ANGELOZZI, La dualité de la causalité adéquate en assurance accident et en responsabilité civile sous l'angle des traumatismes de la colonne cervicale et des troubles psychiques, SJ 2009 II 181, p. 189 ss.

Ce cadre est étranger au droit de la responsabilité civile. Si, comme en matière d'assurances sociales, la causalité adéquate a pour fonction de contenir la causalité naturelle dans les limites du socialement acceptable¹⁷², elle s'apprécie différemment dans ces deux domaines. L'appréciation de l'adéquation procédant d'un jugement de valeur, elle suppose de la part du juge qu'il tienne compte des «objectifs de politique juridique poursuivis par les normes applicables au cas concret»¹⁷³. Ces objectifs ne sont pas les mêmes en droit des assurances sociales et en droit de la responsabilité civile¹⁷⁴. Aussi, dans ce second domaine, l'appréciation de la causalité adéquate doit-elle tenir compte de toutes les circonstances du cas concret¹⁷⁵. Le droit de la responsabilité civile dispose par ailleurs de ses propres instruments pour tenir compte des diverses difficultés qui peuvent se poser en lien avec la causalité¹⁷⁶.

Le débat existe aussi de savoir si, au-delà des assureurs RC, *les assureurs privés couvrant, notamment, la perte de gain ou l'invalidité* peuvent ou non se référer à la jurisprudence mise en place par le Tribunal fédéral en matière d'assurances sociales pour juger de la causalité entre un accident et des troubles psychiques, ou le tableau clinique d'une distorsion cervicale sans constat de lésion organique.

Il convient, une fois encore, de rappeler que le contrat d'assurance est soumis aux règles habituelles du Code des obligations¹⁷⁷ s'agissant de sa conclusion et de la détermination de son contenu. On ne peut donc pas répondre à cette question une fois pour toutes, mais uniquement en référence à la police qui a été conclue et aux circonstances dans lesquelles elle l'a été.

De la même manière que pour le caractère invalidant des troubles sans étiologie claire¹⁷⁸, limiter la couverture d'assurance (privée) en faisant application de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans le contexte des assurances sociales *suppose l'accord des parties*. Il ne peut donc pas en être question lorsque la police d'assurance a été conclue avant que cette jurisprudence ait été adoptée¹⁷⁹, à moins que le contrat n'ait fait l'objet d'une adaptation subséquente, qui suppose une réduction de prime en conséquence. Si la police d'assurance a été conclue après que cette jurisprudence a été rendue, encore faut-il s'assurer de ce que l'assuré a été rendu attentif à la particularité de la restriction de la causalité en cas de troubles psychiques subséquents à un accident. En effet, compte tenu de sa spécificité et du fait qu'elle a été développée en

172 Cf. note 165.

173 WERRO (note 155), N 239.

174 Cf. A/II/4/a.

175 MÜLLER (note 123), N 215.

176 THOMAS GÄCHTER, *Falsche Frage – falsche Antwort*, in: REAS 3/2013, p. 276 ss, p. 278.

177 Sous réserve des dispositions particulières de la LCA, qui ne changent rien sur cette question.

178 Cf. B/I/2/a/bb.

179 La jurisprudence sur la causalité adéquate entre troubles psychiques et accident remonte au 16 juin 1989 (ATF 115 V 133 – jurisprudence *Garcia*). Elle a été adaptée pour les distorsions cervicales le 4 février 1991 (ATF 117 V 359 – jurisprudence *Salanitri*).

droit des assurances sociales, on ne peut s'attendre à ce qu'un candidat à l'assurance de bonne foi en ait conscience au moment de conclure une police d'assurance privée. Une mention expresse dans les conditions générales est ainsi la condition *sine qua non* de l'intégration de cette jurisprudence. A notre sens, elle n'est toutefois pas suffisante, de sorte qu'à défaut, pour l'assureur, de parvenir à prouver qu'il a dûment informé l'assuré sur la particularité du risque assuré, il conviendra de lui opposer une définition plus large, indépendante de l'analyse prévalant en matière d'assurances sociales.

3. Synthèse

Les éléments mis en avant dans ce chapitre montrent que même si l'on parle dans les deux cas d'un mécanisme d'assurance, les assurances sociales et les assurances privées n'ont ni la même origine, ni les mêmes fondements. En particulier, il est essentiel de garder à l'esprit que la relation entre l'assureur et l'assuré est nouée de manière totalement différente dans l'un et l'autre cas: *la relation de l'assuré à l'assureur social repose sur la loi*. Elle est régie par des conditions identiques pour tous les assurés, qui doivent se voir garantir un traitement égal¹⁸⁰. Les ressources des assurances sociales sont limitées, et l'adaptation des régimes suppose l'aboutissement du processus démocratique¹⁸¹, ce qui rend le système peu flexible.

La relation à l'assureur privé repose sur une base contractuelle et, donc, sur l'accord des parties s'agissant des termes du contrat. Si la conclusion d'une police d'assurance laisse en général peu de place à la négociation, dès lors que son contenu est principalement défini par les CGA¹⁸², il n'en demeure pas moins que l'assuré est libre de ne pas conclure avec un assureur dont les conditions ne lui plaisent pas, pour s'adresser à un autre, dont les conditions lui conviennent mieux. L'intégration des notions utilisées en matière d'assurances sociales dans une police d'assurance privée suppose l'existence d'un accord à ce sujet entre les parties, condition qui doit être examinée à la lumière des règles générales sur l'interprétation des contrats.

On relèvera *l'absence de logique des assureurs privés* qui, d'une part, s'opposent à un contrôle abstrait de leurs conditions générales, motif pris que cela conduirait à l'uniformisation des produits d'assurance, au détriment d'une saine concurrence, et qui, d'autre part, revendiquent l'utilisation des définitions standardisées utilisées dans les assurances sociales¹⁸³.

180 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 45 ss, p. 29 ss.

181 Augmenter les ressources d'une assurance sociale, notamment par le biais de cotisations plus élevées, suppose une révision législative, sujette à référendum. Il en va de même pour

182 BRULHART (note 26), N 264.

183 De manière un peu étonnante, BRULHART, qui plaide en faveur d'une unification des normes de droit social et de droit privé, motif pris de leur finalité convergente et de «valeurs politico-sociales communes», dans sa contribution aux Mélanges en l'honneur de Roland Brehm (Faute et

Dans le même ordre d'idée, le fait que la réparation d'un préjudice – au sens où on l'entend en droit de la responsabilité civile – entraîne souvent, en fin de compte, l'intervention d'un assureur ne doit pas faire oublier que ce sont les règles du droit civil qui définissent ce qu'est un préjudice, qu'il incombera dans un deuxième temps à l'assureur de prendre en charge. *Ce n'est pas à l'assureur de définir ce qui relève du préjudice indemnisable, mais bien le préjudice indemnisable selon les règles du droit civil qui contraint l'assureur à intervenir.* Dans ce sens, le parallélisme des définitions ne pourrait résulter que d'une restriction, légale ou jurisprudentielle, de la notion de préjudice en droit civil.

A ce jour, les tribunaux, y compris le Tribunal fédéral, ont toujours refusé de reprendre en droit civil les restrictions opérées en droit des assurances sociales. Leur réflexion tient compte des finalités différentes des deux régimes: les assurances sociales, en particulier celles du premier pilier, qui ont pour mission essentielle de procurer aux assurés les moyens suffisants pour assurer leur subsistance, doivent tenir compte, nous l'avons dit, d'une répartition égalitaire de ressources limitées. La réparation du préjudice civil, elle, est fondée sur l'objectif de *restitutio in integrum*¹⁸⁴, soit d'une réparation la plus complète possible. Le fait que la victime ne réponde pas au modèle standard de la victime moyenne ne doit pas profiter au responsable. *Transposer en droit de la responsabilité civile les réflexions conduites à ce sujet en droit des assurances sociales ouvre la porte à des débats éthiquement insupportables*¹⁸⁵ qui, en droit de la responsabilité civile, ont précisément été évités par un calcul individualisé du préjudice et la possibilité de tenir compte d'une prédisposition lors de la fixation des dommages-intérêts.

A notre sens, une clarification de la distinction entre les trois régimes d'indemnisation profiterait d'une *séparation claire des compétences judiciaires*, dans ce sens que la résolution de litiges découlant de l'exécution de contrats d'assurances privées devrait relever exclusivement de la compétence des tribunaux civils, et non pas de la compétence du tribunal des assurances sociales, au sens de l'art. 57 LPGA. Cette solution est d'ores et déjà pratiquée dans les cantons qui n'ont pas fait usage de la compétence que l'art. 7 CPC leur confère. Elle ne fait pas obstacle aux autres aménagements favorisant l'accès à la justice, en particulier la dispense de frais¹⁸⁶. *En d'autres termes, l'abrogation de l'art. 7 CPC semble la solution adéquate.*

causalité: petit essai sur de grandes notions, in: Stephan Fuhrer/Christine Chappuis, Droit de la responsabilité et assurances – Liber amicorum Roland Brehm, p. 53 ss, p. 63 s.), demande dans une publication plus récente (note 149) qu'il soit clairement distingué entre compétences étatiques et compétences des acteurs de l'économie libre, le mélange des genres étant difficile (p. 89 s.). Il ne serait pas cohérent d'imposer des règles contraignantes aux assureurs offrant des prestations à caractère social, par exemple en matière de perte de gain, par l'adaptation de la LCA, «laquelle relève fondamentalement du droit privé».

184 Cf. note 153.

185 Ainsi, on se demandera s'il convient de soigner la personne âgée, malade ou handicapée victime d'un accident.

186 Cf. B/I/1/c, et la note 119.

II. Les relations entre assurances sociales, assurances privées et droit de la responsabilité civile

Si, en raison de la réalisation d'un risque déterminé, un assureur social et un assureur privé, cas échéant aussi un tiers responsable, sont tenus de verser des prestations, respectivement de réparer un dommage, se pose la question de *l'éventuel impact des prestations versées par l'un sur les obligations de l'autre*. En soi, cette question ne relève pas de la science juridique. D'un point de vue dogmatique, rien ne s'oppose en effet à ce que chacun des systèmes d'indemnisation fonctionne selon les mécanismes qui lui sont propres, indépendamment de l'intervention d'autres prestataires.

Décider que les prestations sociales versées par l'Etat peuvent, cas échéant doivent, venir en déduction du dommage civil ou de prestations d'assurances privées, de même que l'ordre dans lequel ces différents acteurs interviennent, relève d'un choix politique. Nous verrons que le législateur a, dans certains cas, adopté une réglementation précise qui traduit ce choix. Dans d'autres cas, il n'y a pas de réglementation (2). Ces règles, lorsqu'elles existent, ont pour objectif d'éviter la surindemnisation de l'assuré (1).

1. *L'interdiction de la surindemnisation: mythe et réalités*

Si l'on admet que la victime de la réalisation d'un risque soit indemnisée de manière appropriée, l'idée qu'elle puisse en profiter économiquement – autrement dit qu'elle se trouve avantagée du fait de la survenance de l'événement – est, empiriquement, ressentie comme inéquitable et souvent assimilée, dans l'opinion publique à tout le moins, à un abus. *L'interdiction de la surindemnisation* est ainsi souvent mise en avant par les différents acteurs amenés à intervenir, qui voudraient en faire un principe général, absolu et intangible.

En la matière, la difficulté provient, une fois encore, de ce que la réalisation d'un événement dommageable *peut entraîner l'intervention conjointe de plusieurs systèmes d'indemnisation*. Pour ajouter encore à la difficulté, au sein des seules assurances sociales, la réalisation d'une éventualité peut entraîner l'intervention de plusieurs régimes d'assurance.

On trouve, en doctrine, *des opinions très différentes quant à la valeur de l'interdiction de la surindemnisation*, tantôt principe général, tantôt non, tantôt limitée au droit des assurances sociales, parfois n'ayant même pas valeur de principe général dans ce domaine-là. C'est le lieu de tenter de redéfinir la véritable portée de cette interdiction, en rappelant les principes qui président aux différents régimes d'indemnisation.

En droit de la responsabilité civile, la victime d'un fait ou d'un comportement imputable à un tiers a droit à la réparation de son préjudice. Ce préjudice est défini par référence à la théorie de la différence, et correspond ainsi à la différence entre l'état du patrimoine de la victime après la survenance de l'événement dommageable et ce patrimoine tel qu'il serait si cet événement

n'avait pas eu lieu¹⁸⁷. *Comme telle, cette définition exclut par principe que la victime reçoive du responsable davantage que ce dont elle a été privée.* C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le Tribunal fédéral lorsqu'il admet l'existence, en droit de la responsabilité civile, d'un principe général interdisant l'enrichissement du lésé (*Bereicherungsverbot*)¹⁸⁸. Dans ce contexte, la seule question qui se pose est celle de savoir s'il faut tenir compte ou non, dans le calcul qui vient d'être décrit, de prestations versées par les deux autres régimes d'indemnisation, soit les assurances sociales et les assurances privées. Nous le verrons¹⁸⁹, le législateur a répondu à cette question, qui procède d'un choix de politique juridique, en indiquant précisément dans quelle mesure les prestations versées par l'un ou l'autre de ces systèmes d'indemnisation interviennent dans le calcul du préjudice civil. *L'imputation n'étant totale ni dans un cas ni dans l'autre, il n'est pas exact de dire que le droit de la responsabilité civile serait gouverné par une interdiction absolue de surindemnisation.*

L'interdiction de la surindemnisation n'a pas non plus valeur de principe général en matière d'assurances privées¹⁹⁰. Il serait en effet contraire au principe de la liberté contractuelle et du respect des engagements pris d'envisager que l'assureur privé puisse refuser de prêter au motif que l'assuré, par hypothèse prévoyant, aurait souscrit plusieurs polices dont les prestations, cumulées, dépasseraient la perte qu'il éprouve du fait de la réalisation du risque¹⁹¹. De fait, la LCA se borne à coordonner l'intervention de l'assureur privé et du responsable civil dans l'hypothèse où la réalisation du risque est imputable à un tiers, réglementation sur laquelle nous reviendrons ci-dessous¹⁹². Nous verrons que, là encore, seules certaines prestations d'assurance doivent être imputées sur le préjudice civil.

En droit des assurances sociales, l'interdiction de la surindemnisation n'a valeur de principe général que depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), au 1^{er} janvier 2003¹⁹³. Avant cela, le Tribunal fédéral avait rappelé à plusieurs reprises que le droit des assurances sociales ne connaissait pas d'interdiction générale de la surindemnisa-

187 Cf. également note 153 et les références citées.

188 Cf. ATF 132 III 321 c.2.2.1; ATF 131 III 12 c.7.1. Cf. également ATF 96 II 133 c.3e: l'employeur tenu de verser le salaire faute d'avoir prévu un régime dérogatoire conforme aux réquisits de l'art. 324a al. 4 CO peut imputer sur le montant dû les prestations reçues par un assureur social pour la même période.

189 Cf. B/II/2/a et b.

190 *Contra*: GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 54, p. 99. Cf. BRULHART (note 26), N 832.

191 Cela est confirmé par l'art. 51 LCA, qui règle, précisément, les effets de la surassurance dans l'assurance de dommage. Sur la surassurance en général, cf. RAPHAËL TATTI, *La surassurance, la sous-assurance et la double assurance*, thèse, Lausanne 2005, p. 163 ss.

192 Cf. B/II/2/b.

193 Sur l'historique de l'adoption de cette disposition, cf. UELI KIESER, *ATSG-Kommentar*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, N 1 ss ad art. 69 LPGA.

tion, dont il n'existait d'ailleurs pas de définition uniforme¹⁹⁴, et qu'il convenait dès lors de se référer aux dispositions prévues dans les différentes lois spéciales¹⁹⁵. L'art. 69 al. 1 LPGa empêche désormais que le concours des prestations versées par les différentes assurances sociales ne conduise à une surindemnisation de l'ayant droit. *La surindemnisation est également définie dans la loi*, et correspond à la mesure dans laquelle les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches¹⁹⁶. Les lois spéciales d'assurances sociales prévoient de nombreuses dérogations à cette définition générale, en fixant par exemple un plafond de surindemnisation inférieur¹⁹⁷.

*La portée de l'interdiction de la surindemnisation en assurances sociales doit être relativisée dès lors que l'art. 69 LPGa n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de concours de prestations versées par plusieurs assurances sociales*¹⁹⁸. Elle ne s'applique ainsi qu'à des situations qui relèvent de la coordination intersystémique. La coordination des prestations au sein d'un même régime d'assurance (coordination intrasystémique) relève de la législation spéciale¹⁹⁹ et, dans ce cadre, toutes les constellations sont envisageables.

Il découle de ce qui précède qu'il est erroné de *conférer à l'interdiction de la surindemnisation la valeur d'un principe général, s'étendant à notre ordre juridique dans son ensemble*. Chaque régime d'indemnisation définit, selon les règles qui lui sont propres, ce qu'il admet être juste d'accorder à la personne concernée. Si l'on considère chacun des régimes pour lui-même, c'est à l'assurance privée que l'idée de surindemnisation est la plus étrangère, puisqu'il s'agit finalement d'un commerce, mettant en présence un assuré qui achète, moyennant paiement d'un prix, la possibilité de toucher des prestations dans certaines hypothèses données. A l'inverse, dans le cadre d'un régime d'assurance de droit public, financé partiellement par les deniers publics et, pour le reste, par des cotisations fixées selon des principes égalitaires pour tous les assurés, l'interdiction de la surindemnisation est essentielle pour assurer une saine gestion de l'assurance, et éviter de rendre par trop attractif le statut de bénéficiaire de prestations sociales. Entre les deux, le droit de la responsabilité civile repose sur l'idée que celui qui cause du tort à autrui doit l'indemniser intégralement pour les conséquences (*restitutio in integrum*), mais pas au-delà.

194 ATF 126 V 468 c. 6a et les références citées. Cf. également KIESER (note 193), N 5 ad art. 69 LPGa; FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 422 ss et 435 ss.

195 Cf. KIESER (note 193), N 45 ss ad art. 69 LPGa.

196 Art. 69 al. 2 LPGa.

197 C'est le cas notamment en cas de cumul de rentes, LAI, LAA et LPP (cf. art. 20 al. 2 LAA et 20 al. 1 OPP2). Sur cette question cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 59 ss, p. 102 s.

198 KIESER (note 193), N 4 ad art. 69 LPGa; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 57, p. 101.

199 KIESER (note 193), N 4 ad art. 69 LPGa.

Le droit civil encadre ainsi aussi l'octroi de prestations financières, par des mécanismes qui lui sont propres. *Les réflexions qui ont présidé à l'adoption de ces mécanismes sont différentes de celles qui imposent l'interdiction de la surindemnisation dans le cadre d'un régime public d'indemnisation.* Ne serait-ce que parce que la définition du préjudice civil et les mécanismes de l'assurance privée sont, de très loin, antérieurs aux assurances sociales et à l'interdiction de la surindemnisation consacrée dans ce cadre²⁰⁰, on ne peut transposer cette dernière à l'intégralité des régimes indemnitaires que connaît notre ordre juridique. La seule question qui demeure alors est celle de savoir comment organiser les rapports entre les différents régimes, question qui ne relève pas du dogme, mais d'un choix de politique juridique.

2. *L'organisation des relations entre les intervenants*

En fonction de la précision de la réglementation légale prévue à ces fins, nous examinerons tour à tour la manière dont les relations entre assurances sociales et responsabilité civile (a), assurances privées et responsabilité civile (b), et assurances sociales et assurances privées (c) sont organisées.

a. *Les relations entre assurances sociales et responsabilité civile*

L'entrée en vigueur de la LPGA a permis de clarifier l'articulation des prestations versées par les assureurs sociaux et du préjudice civil, en généralisant le principe de la subrogation (aa) qui, auparavant, s'était frayé un chemin discret en droit social²⁰¹. Le droit préférentiel du lésé intervient dans des constellations plus complexes (bb). Le mécanisme de la subrogation, bien rôdé, doit toutefois être remis en question lorsque des prestations pour lesquelles l'assureur social a été subrogé ne sont finalement pas allouées. La récente sixième révision de l'AI a rendu cette question tout à fait actuelle (cc).

aa. Généralités

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, *la coordination des prestations des assurances sociales et du préjudice civil* fait l'objet d'une réglementation claire²⁰². En vertu de l'art. 72 al. 1 LPGA, l'assureur est subrogé, dès la survenance de l'événement dommageable, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable, à concurrence

200 Cf. A/II/4/a.

201 Cf. KIESER (note 193), N 8 ss ad art. 72 LPGA. Pour un exemple en matière d'assurance-maladie, cf. ATF 129 V 396 c. 1 et 2.

202 En matière de prévoyance professionnelle, les mêmes principes s'appliquent depuis l'adoption de l'art. 34b LPP, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2005, qui transpose dans ce domaine les dispositions de la LPGA, dans la mesure nécessaire.

des prestations légales²⁰³. La subrogation ne vaut toutefois que dans la mesure où les prestations sont effectivement versées. Si l'assuré renonce aux prestations sociales auxquelles il a théoriquement droit, il n'y a pas de subrogation²⁰⁴.

Juridiquement, *la subrogation est un cas de cession légale de créance*, au sens de l'art. 166 CO²⁰⁵. Dès la réalisation du risque, les droits de l'assuré contre un tiers responsable passent ainsi automatiquement à l'assureur social, sans autres formalités²⁰⁶. Cela signifie que l'assuré ne peut pas, conformément à ce qui a été dit plus haut²⁰⁷, profiter économiquement de la réalisation du risque en touchant à la fois des prestations sociales et une réparation civile pour le même poste de son préjudice²⁰⁸. Cela veut aussi dire que le responsable civil n'est pas pour autant libéré de son obligation de réparer; au bénéfice de la créance subrogatoire, l'assureur social pourra, de son côté, le rechercher pour obtenir le remboursement des prestations sociales versées²⁰⁹.

La subrogation a pour effet de placer l'assureur social dans la même situation que l'assuré. Ainsi, il bénéficiera aussi d'un éventuel droit d'action directe contre l'assureur RC²¹⁰, et les exceptions découlant du contrat d'assurance qui ne peuvent être opposées à l'assuré ne peuvent pas non plus l'être à l'assureur social²¹¹. Il est également prévu que les délais de prescription auxquels les droits du lésé sont soumis soient applicables à la créance récursoire de l'assureur social, avec cette précision toutefois que les délais ne commencent alors pas à courir avant que ce dernier ait eu connaissance, outre de l'identité du responsable, des prestations qu'il doit allouer²¹². On admet que cela correspond au moment où il statue sur le droit de l'assuré aux prestations sociales²¹³.

La subrogation de l'assureur social suppose *une concordance personnelle, fonctionnelle, temporelle et événementielle entre les prestations sociales et les*

203 Sur l'étendue de la subrogation, cf. KIESER (note 193), N 13 ad art. 72 LPGA.

204 cf. KIESER (note 193), N 14 ad art. 72 LPGA.

205 ATF 126 III 36 c. 2b/bb. FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 270; CR CO I-PROBST, N 5 ad art. 166 CO.

206 Pour un exposé détaillé des effets de la subrogation, cf. FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 271 ss.

207 Cf. B/II/1.

208 Par exemple, la perte de gain est partiellement compensée par une rente AI. A concurrence de la rente versée, les droits de l'assuré passent à l'assurance-invalidité fédérale.

209 Cf. ég. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 88 ss, p. 496 ss.

210 Art. 72 al. 4, 1^{re} phrase LPGA. C'est notamment le cas en matière de responsabilité fondée sur la LCR (cf. art. 65 al. 2 LCR).

211 Art. 72 al. 4, 2^e phrase LPGA.

212 Art. 72 al. 3 LPGA.

213 Cf. KIESER (note 193), N 19 ad art. 72 LPGA. A noter que le régime de la prescription est ainsi plus favorable pour l'assureur social subrogé que pour le lésé. S'agissant du *dies a quo* du délai relatif de prescription, qui court depuis la connaissance du dommage (cf. art. 60 al. 1 CO), on retient qu'il suffit que le lésé ait une connaissance approximative de toutes les conséquences de l'acte dommageable. Le délai de prescription court ainsi même si les droits de la victime à l'égard des assureurs sociaux n'ont pas encore été fixés (cf. TF, arrêt 4A_329/2009 du 1^{er} décembre 2010, c. 3).

*postes du dommage civil*²¹⁴. Pour aider à l'examen de la concordance des droits, sous l'angle fonctionnel, la loi dresse un catalogue non exhaustif des prestations réputées de même nature. L'art. 74 LPGa précise ainsi, par exemple, que les frais de traitement pris en charge par l'assureur social (assureur-accidents ou assureur-maladie principalement) sont de même nature que ceux qui doivent, à défaut d'intervention étatique, être pris en charge par le responsable civil, conformément à l'art. 46 al. 1 CO²¹⁵. Il en va de même pour l'indemnité pour l'atteinte à l'intégrité versée par l'assureur-accidents et l'indemnité pour tort moral due par le responsable civil en vertu des art. 47 et 49 LPGa²¹⁶.

bb. Le droit préférentiel du lésé

Le régime de subrogation décrit au chapitre précédent est complété par un mécanisme tendant à privilégier le lésé *lorsque l'indemnité civile (les dommages-intérêts) est réduite* en raison d'une faute ou, plus généralement, d'un fait concomitant qui lui est imputable²¹⁷. L'indemnité civile à charge du tiers responsable ne suffira ainsi en principe pas pour honorer à la fois la créance directe de la victime²¹⁸ et la créance subrogatoire des assureurs sociaux. Se pose alors la question de savoir qui, du lésé ou de l'assureur social, doit supporter la perte. *La solution actuelle prévoit de privilégier le lésé*, qui est indemnisé en priorité, l'assureur social ne pouvant faire valoir sa créance subrogatoire que s'il a été totalement désintéressé²¹⁹. *Ce droit préférentiel du lésé*, dans ses différentes variantes, fait l'objet de l'art. 73 LPGa.

Le choix – politique – de privilégier le lésé ne va pas nécessairement de soi, et représente *l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle et législative* qui s'étend sur une cinquantaine d'années. Dans les années 1920, le Tribunal fédéral avait admis que l'assureur social devait être remboursé en priorité, l'indemnisation de la victime n'intervenant alors qu'à concurrence du solde disponible, sans égard pour la couverture de l'intégralité du préjudice civil²²⁰. Il s'est ensuite prononcé pour une répartition proportionnelle de la perte entre l'assureur social et la victime²²¹, avant d'en revenir au privilège de l'assureur

214 Art. 74 al. 1 CO. Cf. FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 1156 ss; CORINNE MONNARD SÉCHAUD, Coordination intersystémique, in: REAS 3/2012, p. 279 ss, p. 281 ss.

215 Art. 74 al. 2 let. a LPGa.

216 Art. 74 al. 2 let. e LPGa.

217 Cf. art. 43 et 44 CO. Outre l'exemple de la faute concomitante, on pense à celui d'une prédisposition constitutionnelle.

218 Cette créance correspond à la part du préjudice civil qui n'est pas compensée par des prestations d'assurances sociales.

219 Pour une présentation claire et détaillée du droit préférentiel du lésé et de ses aménagements, cf. PASCAL PICHONNAZ, Le droit préférentiel du lésé, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édits), Le préjudice corporel, Berne 2009, p. 151 ss.

220 ATF 47 II 484. Cf. PICHONNAZ (note 219), p. 155 et les références citées en note 12.

221 ATF 58 II 230.

social, limité toutefois par la concordance des droits²²². Le droit préférentiel du lésé s'est imposé dans les années 1960, à la faveur de l'entrée en vigueur de l'art. 88 LCR, qui inscrit cette solution dans la loi.

La question est régulièrement posée de savoir *s'il est équitable que le lésé soit pleinement indemnisé*, alors même que l'indemnité civile qui lui est due n'est pas censée couvrir la totalité de son préjudice. La réponse est simple si l'on considère les éléments suivants: *premièrement*, la possible réduction des dommages-intérêts en application des art. 43 et 44 CO n'a pas tant pour objectif de sanctionner la victime que de délimiter les conséquences patrimoniales mises à charge du responsable²²³. L'analyse relève ainsi, en réalité, de la causalité entre l'acte imputable au responsable civil et le dommage éprouvé par la victime, pour circonscrire l'obligation financière du responsable. *Deuxièmement*, les prestations versées par les assurances sociales à l'assuré ont été financées par des cotisations. Dans la mesure où, sous l'angle du droit des assurances sociales, le droit aux prestations a été acquis, conformément aux règles légales²²⁴, il n'est pas cohérent, d'un point de vue systémique, que des mécanismes de droit privé destinés à circonscrire l'obligation financière du responsable civil interfèrent avec la mise en œuvre du droit public des assurances sociales.

Cette réponse doit être nuancée lorsque l'assureur social, sur la base des dispositions légales régissant son intervention, procède de son côté à une *réduction des prestations sociales*²²⁵. En droit des assurances sociales, une telle réduction implique une notion de sanction à l'encontre de l'assuré qui a causé ou aggravé la réalisation du risque. Dans une telle hypothèse, l'effet de la sanction serait nul si l'assuré, par le jeu du droit préférentiel, parvenait malgré tout à obtenir du responsable civil réparation de la totalité de son préjudice, au détriment de l'assureur social. Le législateur a tenu compte de cette difficulté en prévoyant, dans des cas de figure de ce genre, *un droit préférentiel pondéré*²²⁶. La différence entre l'indemnité civile et le préjudice est alors répartie entre l'assureur social et le lésé, de telle sorte que ce dernier voit son dommage couvert, à l'exception du montant dont les prestations sociales ont été réduites²²⁷. Du point de vue des assurances sociales, cette solution est juste, dans la mesure où elle permet, d'une part, de répercuter pleinement sur l'assuré le poids de sa faute et, d'autre part, de ne pas reporter sur la collectivité des assurés sociaux l'avantage retiré par le lésé de l'intervention d'un tiers responsable.

222 ATF 85 II 256.

223 Dans le même sens, PICHONNAZ (note 219), p. 181.

224 Cf. PICHONNAZ (note 219), p. 155.

225 Une telle réduction peut intervenir, notamment, en application de l'art. 21 LPGA, ou, en matière d'assurance-accident, en application de l'art. 37 LAA.

226 Art. 73 al. 2 LPGA.

227 Pour un exemple chiffré, cf. PICHONNAZ (note 219), p. 165.

cc. La révision du droit aux prestations sociales à long terme

L'ancrage législatif du régime de la subrogation a validé un système qui, globalement, n'est pas remis en question, dans ses principes en tout cas. *L'entrée en vigueur de la révision 6A de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité*, au 1^{er} janvier 2012²²⁸, a pourtant révélé une faille dans ce mécanisme s'agissant de l'octroi, par l'assureur social, de prestations à long terme (rentes).

Le débat a surgi à l'occasion de cette révision parce qu'elle a introduit dans une loi une disposition finale²²⁹ qui contraint l'assurance-invalidité fédérale à réviser, dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la révision, soit jusqu'au 31 décembre 2014, *toutes les rentes octroyées en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique* (SPECDO²³⁰). Si les conditions restrictives d'exigibilité, selon les critères de Foerster²³¹, ne sont pas remplies, la rente doit être supprimée, indépendamment de savoir si la situation de fait s'est modifiée depuis la date de l'octroi des prestations, condition sinon indispensable à la révision d'une rente²³².

Dans l'hypothèse où l'apparition, chez l'assuré, d'une telle pathologie est consécutive au fait d'un tiers et qu'elle a donné lieu à une indemnisation civile, l'assureur-invalidité a pu, au moment de faire valoir sa créance récursoire, obtenir un montant correspondant, en plus des rentes déjà versées, à la valeur des rentes futures capitalisées, sur la base des prestations versées au moment de l'exercice de la créance subrogatoire.

Si la rente AI est supprimée avant le terme retenu pour la capitalisation des prestations, soit en règle générale avant l'âge légal de la retraite²³³, *l'assureur social aura reçu de l'assureur RC un montant qui excède sa créance subrogatoire effective*²³⁴, et se trouve ainsi enrichi. La suppression de la rente AI entraînant, dans son sillage, la suppression de la rente d'invalidité versée par la prévoyance professionnelle²³⁵, pour laquelle cette dernière a aussi pu faire valoir une créance subrogatoire²³⁶, l'institution de prévoyance se trouve elle aussi enrichie.

Si cette question a été empoignée par la doctrine²³⁷ à l'occasion de l'entrée en vigueur de la sixième révision de l'AI, *elle se pose en réalité d'une manière*

228 RO 2011 5659; FF 2010 1647.

229 Disposition finale de la modification du 18 mars 2011 LAI.

230 Cf. B/I/2/a/bb.

231 Cf. B/I/2/a/bb.

232 Art. 17 al. 1 LPGa.

233 Actuellement, 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (art. 21 al. 1 LAVS).

234 Rappelons que la créance subrogatoire est limitée aux prestations légales (art. 72 al. 1 LPGa; cf. B/I/2/a/aa).

235 Cf. LPP, disposition finale de la modification du 18 mars 2011 (6^e révision de l'AI, premier volet).

236 Art. 34b LPP.

237 Cf. principalement les auteurs mentionnés en note 252.

*générale dans l'hypothèse d'une révision*²³⁸ *du droit aux prestations versées par un ou plusieurs assureurs sociaux après que le litige a été réglé sur le plan civil*, en particulier après que le ou les assureurs sociaux concernés ont fait valoir leur créance subrogatoire.

Y trouver une réponse suppose de rappeler les quelques éléments suivants:

- *Premièrement*, nous l'avons dit à plusieurs reprises, les conditions du droit aux prestations sociales et celles de l'obtention d'un dédommagement civil ne sont pas les mêmes. S'agissant des SPECDO en particulier, l'analyse de l'exigibilité est fondamentalement différente en droit des assurances sociales et en droit civil²³⁹. Le fait que les rentes versées par les assureurs sociaux soient supprimées ensuite d'une révision, que ce soit en application de l'art. 17 LPGa ou de la disposition finale introduite par la sixième révision de la loi sur l'assurance-invalidité, ne signifie pas encore que la perte de gain subie par la victime d'un fait ou d'un comportement civilement imputable à un tiers ne soit pas indemnisable sur ce plan-là.
- *Deuxièmement*, le règlement d'un cas en droit de la responsabilité civile suppose que l'on arrête, à un moment déterminé²⁴⁰, le calcul du préjudice. Les postes du dommage dit futur²⁴¹ sont ainsi capitalisés à la date du jugement, respectivement à la date retenue d'un commun accord par les parties dans le cadre d'une transaction²⁴². Cette manière de procéder tient compte, en faveur de la sécurité du droit, de la nécessaire imprévisibilité de l'avenir. Parfois, elle profitera à la victime, si par hypothèse son état de santé s'améliore après le règlement du sinistre et s'il retrouve une capacité de travail; parfois, elle profitera au tiers responsable, respectivement à son assureur RC, si l'état de santé de la victime se dégrade et que cette dernière perd, par hypothèse, une capacité de travail résiduelle dont on avait tenu compte pour calculer la perte de gain.
- *Troisièmement*, la cession de créance au sens de l'art. 166 CO ne déploie d'effets à l'égard du débiteur cédé que si la créance cédée existe. La subrogation prévue à l'art. 72 al. 1 LPGa n'opère ainsi que dans la mesure où des prestations légales d'assurances sont dues²⁴³. Si les prestations sociales sont réduites ou supprimées après coup, la subrogation n'opère pas à concurrence

238 Au sens de l'art. 17 LPGa.

239 Cf. B/I/2/a/bb.

240 Cf. BENOÎT CHAPPUIS, Le moment de la fixation du dommage, in: Franz Werro (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 1 ss, p. 8 s.; GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, La coordination entre assurances sociales et responsabilité civile, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édits), Le préjudice corporel: bilan et perspectives, Berne 2009, p. 233 ss, p. 242 s.

241 En particulier la perte de gain future, dans le contexte qui nous occupe.

242 FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 593 et N 885 ss.

243 FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 342. Cf. également TF, arrêt 6B_646/2011 du 12 décembre 2011, c. 2.3: faute pour le responsable civil d'avoir établi la subrogation de l'assureur, il a été débouté de son recours qui tendait à voir imputé sur le montant alloué à titre de tort moral une éventuelle IPAI due par l'assureur LAA.

de la réduction, respectivement de la suppression, et le lésé bénéficie alors d'une pleine prétention à l'encontre du responsable civil.

La difficulté découle de ce que si, au moment d'arrêter les postes du dommage pour le futur, *il est tenu compte de prestations sociales versées sur le long terme*, la valeur capitalisée de ces prestations est déduite, en application de l'art. 72 al. 1 LPGA, du préjudice civil réclamé par la victime, l'assureur social bénéficiant d'une créance subrogatoire correspondante. Si le droit aux prestations sociales est modifié par la suite, cette modification devrait, logiquement, être reportée sur le calcul du préjudice civil, et la créance subrogatoire de l'assureur social s'en trouverait modifiée dans la même mesure. Or, au moment où le droit aux prestations sociales est révisé, que cette révision intervienne en application de la disposition finale de la sixième révision LAI ou en application de l'art. 17 LPGA²⁴⁴, le jugement civil qui fixe la créance de la victime pour son dommage direct²⁴⁵, éventuellement celui qui statue sur la créance subrogatoire de l'assureur social, est généralement entré en force²⁴⁶. Si le litige civil a été réglé par transaction, la convention ne peut être remise en cause qu'à la condition d'être entachée d'un vice du consentement au sens des art. 23 ss CO²⁴⁷. S'agissant d'une erreur sur des faits futurs, soit des faits postérieurs à la conclusion de la convention, le Tribunal fédéral se montre restrictif pour admettre qu'elle en justifie l'invalidation. Les faits futurs doivent être prévisibles et considérés comme sûrs et certains²⁴⁸. Ces conditions paraissent difficiles à plaider au regard de droits dont, précisément, la loi prévoit qu'ils peuvent être révisés. De fait, la probabilité de pouvoir adapter, sur le plan civil, le règlement du litige à la modification du droit aux prestations sociales est *pratiquement nulle*²⁴⁹.

Cela signifie que l'assureur social qui a obtenu, en exerçant sa créance subrogatoire, un montant supérieur à celui des prestations qu'il verse effectivement, parce qu'il supprime ou réduit après coup les prestations légales, se trouve enrichi d'un montant auquel il n'aurait pas eu droit si l'on n'avait pas recouru à la capitalisation des prestations futures.

244 Art. 26 al. 3 LPP pour la prévoyance professionnelle.

245 Cf. note 218.

246 Au mieux prévoit-il une réserve de deux ans à compter de la date du prononcé (cf. art. 46 al. 2 CO). Sur cette problématique, cf. également FRÉSARD-FELLAY (note 152), N 940 ss.

247 FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, N 1362 ss. Si la convention a été passée en justice (transaction judiciaire), son invalidité doit être invoquée dans le cadre d'une procédure de révision au sens de l'art. 328 al. 1 let. c CPC (CPC-SCHWEIZER, N 37 ss ad art. 328 CPC). Le motif de révision doit alors être invoqué dans un délai de 90 jours à partir du moment où il a été découvert (CPC-SCHWEIZER, N 17 ad art. 329 CPC).

248 CR CO I-SCHMIDLIN, N 36 ad art. 23 et 24 CO, et les références citées en note 32.

249 Autre est la situation dans laquelle l'assureur RC découvre postérieurement au jugement des faits existants au moment où il a été rendu (en l'espèce, la suppression du droit aux prestations AI sur la base d'une nouvelle expertise médicale dont la mise en œuvre lui avait été sciemment cachée), cf. TF, arrêt 4A_99/2008 du 1^{er} avril 2008.

Dans les rapports entre assureurs sociaux et responsables civils, on peut admettre que ces situations s'équilibrent avec celles dans lesquelles le responsable civil paie moins que ce qu'il aurait dû, parce qu'il ne peut plus être recherché pour des prestations sociales supplémentaires versées en raison de l'aggravation de la situation de l'assuré. *Dans les rapports entre lésé et responsable civil*, en revanche, cette situation induit un effet pervers puisqu'elle revient à privilégier celui qui ne reçoit pas de prestations sociales. Pour ce dernier en effet, le préjudice civil est calculé au moment du jugement, respectivement de la transaction, sans égard pour l'évolution future, à moins qu'elle ne soit déjà prévisible. De fait, la victime profite, selon le mécanisme décrit ci-dessus, de l'incertitude quant à une amélioration future de sa situation. Ces circonstances pourraient donc conduire, soit à ce que la victime renonce à demander des prestations sociales, soit à ce que le lésé retarde autant que possible le règlement d'un litige civil, ce qui est contraire à la prohibition de différer le jugement déduite de l'art. 42 al. 2 CO²⁵⁰, qui commande que l'on mette un terme aux litiges civils dans un horizon temporel raisonnable.

Dans le cas de figure envisagé ici, nous sommes en présence d'un assureur social enrichi, au détriment non pas du responsable civil ou de son assureur RC, mais de l'assuré, respectivement du lésé. En effet, l'assureur social n'étant subrogé à l'assuré que dans la mesure des prestations légales, la diminution de la créance subrogatoire augmente d'autant le préjudice civil, selon un modèle de vases communicants. Se pose donc la question de savoir si l'assuré est en droit de réclamer à l'assureur social la contre-valeur de ce qu'il a perdu dans l'opération.

Il est constant que le transfert à l'assureur social des prétentions que le lésé possède contre le responsable civil intervient de par la loi²⁵¹. La cause de l'attribution patrimoniale faite par le lésé en faveur de l'assureur social ne réside ainsi pas dans un acte volontaire (contrat), mais à la faveur d'une réglementation légale qui définit le moment de l'attribution et sa quotité. *Si l'attribution patrimoniale excède ce qui est légalement prévu, l'attribution intervient sans cause juridique*. Cela vaut également lorsque la quotité de l'attribution est modifiée après coup, en l'espèce parce que l'assureur social a diminué les prestations sociales versées, et donc l'assiette de la subrogation.

En présence d'une attribution patrimoniale intervenue sans cause, ou dont la cause a disparu, une restitution peut être envisagée *sur la base de la figure de l'enrichissement illégitime*. L'art. 62 al. 1 CO contraint précisément à restitution celui qui, sans cause, s'est enrichi aux dépens d'autrui. Contrairement à ce que soutiennent SCHAER et DOLF²⁵², l'absence de cause au sens de cette disposi-

250 Cf. ATF 95 II 255 c. 6. Cf. également CHAPPUIS (note 240), p. 8 s.

251 Cf. B/I/2/a/aa.

252 ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensausgleichssystemen, Bâle/Francfort 1984, N 815 ss; REMO DOLF, Auswirkungen der IVG-Schlussbestimmung auf regressrechtliche Fragen, in: REAS 2/2012, p. 150 ss, p. 158 s.

tion ne se réfère pas uniquement à l'absence d'un contrat au sens des art. 1 ss CO, mais, de manière générale, à *l'absence de toute cause juridique, quelle que soit sa nature*²⁵³. Les conditions d'un enrichissement illégitime étant ainsi remplies dans l'hypothèse où l'attribution patrimoniale excède ce que la loi prévoit, l'assuré peut exiger, sur la base des règles de l'enrichissement illégitime²⁵⁴, que l'assureur social lui restitue le montant qu'il a obtenu du responsable civil et qui excède les prestations sociales versées. Recourir, comme le proposent SCHAER²⁵⁵ et DOLF²⁵⁶, à la figure d'une reprise de dette paraît inutilement compliqué et ne présente, au fond, pour seul avantage que de prolonger le délai durant lequel l'assuré pourrait s'adresser à l'assureur social afin de demander le paiement de ce qui lui est dû²⁵⁷.

b. Les relations entre assurances privées et responsabilité civile

Comme indiqué plus haut²⁵⁸, la notion de surindemnisation est, en tant que telle, étrangère au droit civil et, par conséquent, aux relations entre l'intervention d'un assureur privé et celle d'un responsable civil. *S'agissant de savoir si les prestations versées par un assureur privé en exécution d'une police conclue par le lésé doivent ou non être imputées sur le préjudice civil*, la LCA règle spécifiquement cette question en opérant une distinction selon que les prestations d'assurance ont ou non un caractère indemnitaire, c'est-à-dire selon qu'elles visent ou non à compenser un désavantage économique effectif²⁵⁹.

Si tel est le cas (assurance de dommage), l'art. 72 LCA prévoit la *subrogation de l'assureur privé* dans les droits que l'assuré possède contre le responsable civil, selon un mécanisme similaire à celui qui s'applique dans les relations entre assureur social et responsable civil²⁶⁰. *De facto*, le lésé ne peut donc être indemnisé par le responsable civil pour un poste de son préjudice qui a déjà donné lieu à des prestations versées par un assureur privé, qui dispose à son tour d'une créance subrogatoire contre le tiers responsable.

253 A titre d'exemple, cf. ATF 129 III 646. Le Tribunal fédéral a admis l'action, fondée sur l'enrichissement illégitime, du père présumé qui avait fourni des aliments à l'encontre du père biologique, finalement reconnu comme tel, dès lors que la cause de l'entretien avait disparu, avec effet rétroactif à la naissance de l'enfant.

254 En particulier dans le délai de prescription prévu par l'art. 67 CO.

255 SCHAER (note 252), N 815 ss.

256 DOLF (note 252), p. 158 s.

257 Si l'on admet un contrat de reprise de dette, l'assuré bénéficierait d'un délai de prescription de dix ans, découlant du rapport de liquidation contractuel, contre un délai d'une année pour agir en vertu des règles de l'enrichissement illégitime. Cet avantage, tout relatif, ne nous semble pas suffisant pour justifier le recours à une construction juridique complexe, dès lors que les règles sur l'enrichissement illégitime sont précisément conçues pour ce genre de situation.

258 Cf. B/II/1.

259 Cf. BRULHART (note 26), N 833.

260 Art. 72 al. 1 LCA: «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». Cf. également B/II/2/a.

Comme dans les relations entre assurances sociales et responsabilité civile²⁶¹, la subrogation prévue par l'art. 72 LCA n'opère que *dans la mesure où les droits sont matériellement et temporellement concordants*²⁶². Il faut en outre que l'action récursoire ne soit pas mise en échec par la hiérarchie instaurée par l'art. 51 al. 2 CO en présence de différents responsables solidaires. Selon la pratique du Tribunal fédéral, constante depuis l'arrêt *Gini c. Durlemann*²⁶³, l'assureur ne dispose d'un recours subrogatoire *qu'à l'encontre du responsable pour faute*, à l'exclusion de celui qui répond en vertu d'une responsabilité causale²⁶⁴. Cette solution paraît aujourd'hui dépassée: l'art. 72 al. 1 CO se réfère, il est vrai, à la responsabilité «en raison d'actes illicites». D'autres textes légaux utilisent une même formulation, que l'on interprète, de manière incontestée, de telle sorte qu'elle désigne la responsabilité délictuelle dans son ensemble, indépendamment de savoir si le responsable se voit imputer une faute ou répond en vertu d'une responsabilité causale²⁶⁵.

Au-delà de cet argument sémantique, il est à notre sens dogmatiquement erroné de faire dépendre l'indemnisation du lésé, au plan civil, de la nature du chef de responsabilité imputable au responsable. L'impossibilité, pour l'assureur privé, de recourir contre celui qui répond en vertu d'un chef de responsabilité causale permet *de facto* au lésé de toucher à la fois les prestations d'assurance convenues avec son assureur et l'indemnisation de la totalité de son préjudice civil. Outre le fait que cette solution est contraire à ce qu'a voulu le législateur en adoptant l'art. 72 LCA, *elle est étrangère aux mécanismes du droit de la responsabilité civile, qui ne font pas dépendre l'étendue de la réparation de la nature du chef de responsabilité*.

Nous rejoignons donc les rangs des auteurs qui estiment que lorsque les prestations d'assurance ont un caractère indemnitaire (assurance de dommage), l'assureur privé est subrogé dans les droits de l'assuré contre le responsable civil, quelle que soit la nature du chef de responsabilité qui lui est imputable²⁶⁶. Une clarification dans ce sens a été proposée dans l'avant-projet de révision totale de la LCA²⁶⁷, et l'avait également été dans le cadre de

261 Cf. B/II/2/a.

262 Cf. FUHRER (note 26), N 12.37.

263 ATF 80 II 247. Cf. TF, arrêt 4C.92/2007 du 31 juillet 2007.

264 Si le chef de responsabilité réside dans une violation contractuelle, le recours subrogatoire n'est donné que dans la mesure où la violation du contrat procède d'une négligence grave. Pour une critique de la solution du Tribunal fédéral, cf. FUHRER (note 26), N 12.36. Cf. également BRULHART (note 26), N 837 ss; BSK VVG Nachf.Bd-GRABER, N 8 s. ad art. 72 LCA.

265 Par exemple, il est admis que le for prévu par l'art. 36 CPC pour les «actions fondées sur un acte illicite» s'applique de manière générale pour les actions fondées sur un chef de responsabilité délictuelle (CPC-HALDY, N 2 ad art. 36 CPC). Il en allait déjà ainsi pour l'art. 25 aLFors, dont la teneur était identique.

266 FUHRER (note 26), N 12.36; Cf. également BRULHART (note 26), N 843.

267 Art. 28 let. a AP-LCA. Cf. rapport de la commission d'experts (note 32), p. 59 s. Cette proposition n'a toutefois pas été reprise dans le projet de loi soumis à consultation.

l'avant-projet de loi sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile²⁶⁸.

Dans l'assurance de somme, c'est-à-dire lorsque les prestations d'assurance sont dues indépendamment d'une perte économique, l'art. 96 LCA exclut expressément tout recours de l'assureur privé contre le responsable civil, respectivement son assureur²⁶⁹. Cela signifie que les montants versés par l'assureur privé n'ont pas à être imputés sur le préjudice civil.

Le projet de révision totale de la LCA prévoyait de maintenir la distinction, dans les relations au responsable civil, entre assurance de somme et assurance de dommage²⁷⁰. *Admise dans son principe, cette distinction présente pour seul inconvénient la nécessité de qualifier les prestations* prévues par le contrat d'assurance privée lorsque les conditions générales ne sont pas claires à cet égard. Il peut en résulter une incertitude, inconfortable pour toutes les personnes concernées²⁷¹.

c. *Les relations entre assurances sociales et assurances privées*

Si les relations entre les assurances, qu'elles soient sociales ou privées, et le droit de la responsabilité civile font l'objet d'une réglementation légale, dont il a été question aux deux chapitres précédents, *il n'en va pas de même pour les relations entre assurances sociales et assurances privées*. Les art. 72 ss LPGA, qui s'appliquent exclusivement aux relations entre assurances sociales et droit de la responsabilité civile, n'ont pas pour vocation de régler des situations de ce type²⁷². Le champ d'application de l'art. 72 LCA est, selon son texte clair, limité aux prétentions de l'assuré à l'encontre d'un tiers responsable en raison d'actes illicites, et non à l'encontre d'un assureur social²⁷³.

A défaut de réglementation légale, *il faut donc se référer au contrat*, c'est-à-dire à la police d'assurance et aux CGA auxquelles elle est soumise. Savoir si l'on a prévu ou non d'imputer les prestations sociales sur celles que prévoit une police d'assurance privée relève en effet de l'autonomie des parties. Il s'agit donc, une fois encore, de déterminer le contenu du contrat selon les règles

268 Art. 54 al. 1 AP-RC. PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif, s.l. 2000, p. 179 ss; RAPHAËL TATTI, Les relations entre la responsabilité civile et l'assurance, in: Bénédicte/Foëx/Franz Werro (édits), La réforme du droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 183 ss, p. 189.

269 Sur le champ d'application *ratione materiae* de l'art. 96 LCA, cf. ATF 104 II 44. Cf. également FUHRER (note 26), N 12.3; BRULHART (note 26), N 836.

270 Cf. art. 76 et 85 AP-LCA.

271 Cette difficulté se présentant aussi dans les relations entre assurances privées et assurances sociales, nous en traitons de manière plus détaillée dans le chapitre relatif à cette question (cf. B/II/2/c).

272 BSK VVG-GRABER, N 16 ad art. 72 LCA et BSK VVG Nachf.Bd-GRABER, N 16–18 ad art. 72 LCA.

273 La notion d'actes illicites est ici strictement limitée à la responsabilité pour faute selon l'art. 41 CO. Cf. également B/II/2/b et les références en note 266.

habituelles²⁷⁴, pour savoir si les parties ont conclu une assurance de dommage, dont les prestations sont destinées à couvrir exclusivement un dommage effectif de l'assuré, auquel cas les prestations sociales doivent être imputées, ou une assurance de somme, soit une prestation nette, versée indépendamment de toute intervention d'un assureur social.

En pratique, rares sont les CGA qui précisent clairement si les prestations convenues le sont sous déduction des prestations sociales ou non. *Cette incertitude est à l'origine de nombreuses situations boiteuses, génératrices de conflits* entre, d'une part, des assurés qui se croient assurés pour des montants nets et, d'autre part, des assureurs qui soutiennent qu'il convient d'imputer sur les prestations convenues celles que versent les assureurs sociaux. Le coût social de ces litiges est important, ne serait-ce qu'en raison de la mobilisation judiciaire qu'elle implique. De plus, l'assuré est souvent contraint, dans l'attente de l'issue du litige, à recourir à l'aide sociale financée par les deniers publics. Le risque est alors grand qu'à la faveur de cette période de précarité, l'assuré s'engage dans un processus de retrait social qui, au final, s'avère extrêmement coûteux²⁷⁵.

Le juge confronté à cette question doit à notre sens *se montrer sévère à l'égard de l'assureur privé* qui, à dessein ou non, n'a pas pris le soin de régler cette question, soit dans les CGA, soit dans la police d'assurance. En effet, vu la nature des CGA²⁷⁶, l'assureur est maître de ce qu'il y prévoit. On peut donc raisonnablement attendre de lui qu'il définisse avec précision le contenu du contrat. Ensuite, l'assuré moyen n'a, de son côté, pas les connaissances suffisantes pour opérer la distinction entre assurance de somme et assurance de dommage, ni pour en déduire d'éventuelles conséquences au niveau de son droit aux prestations. *L'emprise de l'assureur sur le contenu du contrat et sur les modalités de l'assurance justifie ainsi que l'on admette, à chaque fois que le contrat ne précise rien, une présomption en faveur d'une assurance de somme*, à charge pour l'assureur d'apporter la preuve que c'est une prestation à caractère indemnitaire qui a été convenue²⁷⁷. Cette démonstration pourrait, par exemple, impliquer qu'il établisse sur quelles bases le montant de la prime a été fixé.

Même en présence d'un texte clair, dans les CGA ou dans la police, les explications fournies à la conclusion du contrat entre l'assuré et un courtier ou un agent de l'assureur, dont il est en général impossible de rapporter la preuve dès lors que les négociations ont en principe lieu à huis clos, peuvent induire en erreur un candidat à l'assurance, même attentif. *La signature d'un formulaire ad hoc*, par lequel l'assuré confirmerait avoir compris que d'éventuelles prestations d'assurances sociales viendraient en déduction des prestations convenues, serait de nature à simplifier l'interprétation de la réelle intention des parties.

274 Art. 18 CO et note 95.

275 Cf. C/II.

276 Cf. A/II/4/b.

277 Dans le même sens, FUHRER (note 26), N 12.4. Cf. également note 269.

Finalement, la qualification d'assurance de somme doit être retenue si l'imputation de prestations d'assurances sociales conduit statistiquement le plus souvent à exclure l'intervention de l'assureur privé. Il en va notamment ainsi lorsque la prestation prévue par la police d'assurance est nécessairement inférieure aux prestations sociales versées en cas de réalisation du risque assuré²⁷⁸. Dans une telle hypothèse, se pose la question de l'intention dolosive de l'assureur et, dans tous les cas, d'une disproportion injustifiée au sens de l'art. 8 LCD²⁷⁹.

3. Bilan

Au terme de l'examen des interactions entre ces trois systèmes d'indemnisation que sont les assurances sociales, les assurances privées et le droit de la responsabilité civile, nous retenons les quelques points suivants, en guise de bilan:

- *Assurances sociales, assurances privées et droit de la responsabilité civile répondent à des objectifs différents et reposent sur des fondements théoriques qui ne sont pas les mêmes.* En droit des assurances sociales, l'interdiction de la surindemnisation est une condition indispensable au bon fonctionnement d'un système qui s'articule autour d'une pluralité de régimes d'assurance et qui, empreint d'un objectif de justice sociale, doit permettre un traitement juste et égalitaire de tous les assurés. On peut ainsi comprendre que parfois, en raison de la surindemnisation, l'assuré touche des prestations sans rapport avec les cotisations sociales versées, voire même qu'il n'en touche pas du tout²⁸⁰.
- L'interdiction de la surindemnisation n'est en revanche pas un principe absolu qui s'étendrait au-delà du régime public d'indemnisation. *La coordination des régimes d'indemnisation par le biais de la subrogation* est le résultat d'un choix de politique juridique, qui repose notamment sur l'idée que le mécanisme de l'assurance permet – aussi bien dans le cadre de l'assurance sociale que de l'assurance privée – *une intervention plus rapide* par comparaison à celle d'un responsable civil. En effet, il est en règle générale plus aisé de démontrer que les conditions du droit aux prestations d'assurances sont remplies plutôt que de démontrer l'existence d'un préjudice au sens civil du terme, ainsi que d'un chef de responsabilité. *Le régime de la subrogation prévu tant par la LPGA que par la LCA ne dissuade pas l'assureur d'intervenir au premier chef, et ne renvoie pas le lésé à l'issue d'un procès contre le responsable civil, ce qui est non seulement bénéfique pour l'assuré,*

278 Imaginons l'exemple d'une police d'assurance qui prévoirait le versement d'une rente en cas d'invalidité au sens de la LAI, sous déduction des prestations versées par l'assureur social, et dont le montant serait inférieur à Fr. 1 170.– par mois, soit le montant de la rente AI minimale.

279 Cf. DUPONT (note 67), N 35 ss.

280 On pense, par exemple, à l'assuré invalide à la suite d'un accident, dont 90% de son gain assuré serait de toute manière couvert par les prestations de l'assureur-invalidité et de l'assureur-accident (cf. art. 20 al. 2 LAA), et qui, de ce fait, n'aurait pas droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle, à laquelle il a pourtant cotisé (art. 24 al. 1 OPP2)

mais aussi conforme à l'essence même de l'assurance. Il ne permet ni au responsable civil de s'en sortir à meilleur compte, ni à l'assuré de bénéficier d'avantages excédant ce dont il a été privé.

- *Les situations dans lesquelles il y a lieu de coordonner l'intervention des régimes d'indemnisation par le biais de la subrogation* sont prévues par la loi, qui définit clairement dans quels cas de figure il y a lieu d'imputer les prestations de l'un sur celles que verse un autre. La loi étant muette s'agissant de coordonner les prestations des assureurs sociaux et celles des assureurs privés, c'est par la voie contractuelle qu'il y a lieu de régler cette question. L'assureur étant maître du contenu du contrat, il n'y a pas lieu de traiter avec complaisance celui qui omet de régler la question. *L'insécurité naît ici de l'absence de clarté pour l'assuré.* Si la solution choisie par l'assureur (imputation ou absence d'imputation) ne peut en soi être dogmatiquement fausse, elle peut en revanche créer un déséquilibre entre les prestations contractuelles, sur lequel l'assureur doit pouvoir se justifier, notamment en expliquant le calcul de la prime. Ce déséquilibre dans le rapport de force justifie en tout cas que l'assureur se voie imputer le doute dont il est responsable.

C. La couverture de la perte de travail en cas de maladie

Les points de contacts que nous avons évoqués dans la partie précédente de notre réflexion sont le résultat de l'intervention concomitante de plusieurs régimes d'indemnisation. En d'autres termes, ils procèdent de ce que des prestations sont susceptibles d'être versées par plusieurs intervenants, et il convient alors de coordonner leur intervention pour que l'indemnisation globale du lésé-assuré reste contenue dans les limites de ce qui est socialement acceptable.

S'interroger sur l'articulation de trois régimes d'indemnisation est assurément un luxe qui devrait amener à conclure à l'existence, en Suisse, d'une protection particulièrement généreuse pour les personnes victimes d'accidents de parcours. *Il ne dispense toutefois pas de sonder les éventuelles failles du système.* En effet, une brèche, même de faible importance *a priori*, peut s'avérer dangereuse pour la stabilité de l'édifice.

C'est aujourd'hui un fait notoire que *l'incapacité de travail ne fait l'objet que d'une couverture partielle par le biais des assurances sociales.* En cas d'accident ou dans l'hypothèse d'une incapacité de travail découlant d'un événement survenu pendant une période de service, les lois fédérales sur l'assurance-accidents²⁸¹ et sur l'assurance militaire²⁸² prévoient le versement d'indemnités journalières qui compensent la perte de revenu.

281 LAA; RS 832.20.

282 LAM; RS 833.1.

En revanche, la perte de travail consécutive à une simple maladie ne donne lieu à aucune prestation immédiate de la part d'un assureur social²⁸³. La seule protection dont bénéficie la personne concernée relève ainsi de la protection du travailleur, en vertu du contrat de travail, d'une convention collective ou du Code des obligations²⁸⁴. La durée de la protection est en général assez courte, le Code des obligations prévoyant un droit au salaire, en cas d'incapacité de travail, de trois semaines durant la première année de service, puis, selon l'échelle bernoise, en fonction de la durée des rapports de travail²⁸⁵. Selon cette échelle, la protection maximale de six mois est atteinte après 20 ans de service. Les conventions collectives ou les accords individuels prévoient parfois une protection légèrement plus longue, de même que les statuts de la fonction publique.

Les employeurs peuvent déroger à cette réglementation en prévoyant une *solution équivalente*²⁸⁶. En pratique, l'employeur opte le plus souvent pour la conclusion d'une police d'assurance prévoyant le versement d'indemnités journalières à l'employé concerné²⁸⁷. Dans ce contexte s'est développée une pratique assécurologique assez bien établie, que nous décrirons dans un premier temps (I) avant d'en étudier les conséquences pour la sécurité sociale, dans le sens où nous l'avons définie en introduction de cette étude²⁸⁸ (II). De fait, l'absence de couverture, par le biais des assurances sociales, de l'incapacité de travail consécutive à une maladie a déjà donné lieu à plusieurs interventions politiques (III) et à quelques initiatives cantonales (IV), dont nous tirerons les leçons avant de formuler à notre tour une proposition (V).

I. La pratique actuelle

L'employeur qui souhaite transférer à un assureur le risque économique lié à l'incapacité de travail de ses employés dispose, schématiquement, de deux solutions: conclure une police d'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des art. 67 ss LAMal (1), ou conclure une police d'assurance soumise à la LCA (2). Le même choix s'offre d'ailleurs à toute personne individuelle qui souhaite s'assurer contre la perte de gain consécutive à la maladie²⁸⁹. Quel que soit le choix opéré, certaines difficultés surgissent aujourd'hui de manière récurrente, et alimentent le contentieux (3).

283 GUY LONGCHAMP, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N 39 ad art. 324a CO.

284 Eventuellement dans la loi s'il s'agit d'un travailleur de la fonction publique.

285 Art. 324a al. 2 CO.

286 Art. 324a al. 4 CO. Sur les critères permettant d'admettre l'équivalence, cf. LONGCHAMP (note 283), N 37 ad art. 324a CO.

287 LONGCHAMP (note 283), N 39 ad art. 324a CO.

288 Cf. A/II/4/g.

289 Si l'employeur souscrit une police en faveur de l'ensemble de son personnel, il s'agit d'une *assurance collective* (cf. A/II/2), dans laquelle le preneur d'assurance (l'employeur) ne coïncide pas avec le bénéficiaire des prestations (l'employé).

1. *Les indemnités journalières facultatives selon la LAMal*

Prévu aux art. 67 ss LAMal, le régime facultatif d'indemnités journalières est accessible à *quiconque est domicilié en Suisse ou y exerce une activité lucrative*, pour autant qu'il soit âgé de 15 ans révolus et n'ait pas encore atteint 65 ans²⁹⁰. Si l'assuré subit une perte de travail de 50 % au moins²⁹¹, il peut bénéficier d'indemnités journalières dont le montant est déterminé d'un commun accord entre l'assuré et l'assureur au moment de la conclusion du contrat²⁹². *La prime d'assurance est à la charge de l'assuré*. Si la police est conclue sous forme de police d'assurance collective, par un employeur en faveur de ses employés par exemple, la loi ne l'oblige pas à prendre en charge la prime, qu'il peut ainsi répercuter sur ses travailleurs, par le biais d'une retenue salariale²⁹³. Si les assureurs ont *l'obligation d'assurer* toute personne qui en fait la demande, pour autant qu'elle remplisse les conditions d'âge et de domicile²⁹⁴, *ils peuvent formuler des réserves* pour les maladies existantes ou les maladies antérieures dont les rechutes sont possibles²⁹⁵.

Bien que prévu dans la loi consacrée à l'assurance-maladie sociale, le régime d'indemnités journalières facultatives *ne revêt pas les caractéristiques d'une assurance sociale*²⁹⁶. Si l'on se réfère aux critères mis en évidence au moment de définir les assurances sociales²⁹⁷, on remarque d'emblée que le caractère facultatif des indemnités journalières ne permet pas de les inclure dans le programme étatique de sécurité sociale. La possibilité, pour l'assureur, de sélectionner les risques et d'assortir la couverture de réserves, conforte dans cette idée. Ensuite, il n'est pas prévu que le financement de l'assurance soit, même partiellement, assumé par un tiers qui n'est pas l'assuré²⁹⁸. Si la possibilité existe, il s'agit d'une modalité qui n'est pas obligatoire. Finalement, le régime des indemnités journalières tend uniquement à l'allocation d'une compensation financière en cas de perte de travail, sans notion d'intervention en amont.

290 Art. 67 al. 1 LAMal.

291 Art. 72 al. 2 LAMal.

292 Art. 72 al. 1 LAMal. L'assureur est toutefois tenu d'accorder à ses assurés des conditions identiques, s'agissant du montant et de la durée des prestations (art. 109 OAMal).

293 Une répercussion intégrale sur les travailleurs est envisageable.

294 Art. 68 al. 1 LAMal.

295 Art. 69 al. 1 LAMal.

296 *Contra*: MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 15a N 2. Ces auteurs déduisent le caractère social du régime d'indemnités journalières LAMal du fait que la législation contient plusieurs dispositions impératives, et que le contentieux est soumis aux règles de la procédure administrative. Cette analyse ne convainc pas: les règles impératives ne concernent pas tous les éléments essentiels de l'assurance, qui relèvent trop souvent de la volonté des parties. En outre, dès lors que le régime lui-même est facultatif, l'utilité de règles impératives est toute relative. Quant à la procédure, il s'agit de la conséquence d'une qualification – à notre sens erronée – de ce régime d'assurance, et non d'une caractéristique permettant sa qualification. *Contra* également, DUC (note 4), p. 21, qui se réfère toutefois à la couverture prévue par l'ancienne LAMA.

297 Cf. A/II/1.

298 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 15a N 2.

L'absence de ces trois caractéristiques essentielles dispense de discuter la question de savoir si les art. 67 ss LAMal suffisent à créer un régime autonome d'assurance. On peut néanmoins en douter dès lors que, notamment, les paramètres permettant de fixer les primes des assurés ne sont pas précisés dans la loi et que le montant des prestations fait l'objet d'une négociation entre l'assuré et l'assureur²⁹⁹. De fait, les polices d'assurance conclues en application des art. 67 ss LAMal sont des produits d'assurance largement similaires, dans leurs mécanismes, aux produits d'assurance LCA dont il sera question ci-après³⁰⁰.

Actuellement, le régime des indemnités journalières facultatives LAMal *n'a pas la faveur des assureurs*, en raison des dispositions contraignantes qu'il contient. L'obligation d'accepter tout assuré qui en fait la demande, en particulier, n'est naturellement pas appréciée. Ce régime tend donc à être supplanté par les produits d'assurance LCA. De fait, 90 % des primes encaissées pour des polices d'assurances perte de gain le sont pour des produits LCA³⁰¹.

2. Les produits LCA

Les produits offerts par les assureurs privés présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que les indemnités journalières facultatives LAMal. Sous réserve de quelques détails, les produits disponibles sur le marché sont presque tous similaires, et prévoient le versement d'un *nombre déterminé d'indemnités journalières*³⁰², *calculées en fonction du gain assuré et au prorata du taux d'incapacité*. Les polices prévoient généralement un délai d'attente, plus ou moins long selon la part du risque que l'assuré, respectivement son employeur, est d'accord de supporter seul.

En vertu des principes généraux du droit des contrats, et en particulier de celui de la *liberté contractuelle*, les assureurs privés ont la liberté de conclure ou non une police d'assurance avec un assuré déterminé. Ils ont également la faculté de subordonner la conclusion d'une police à l'émission d'une réserve, soit à la limitation de la couverture d'assurance. L'assuré est alors libre de conclure ou non la police qui lui est ainsi proposée³⁰³. L'assureur privé dispose

299 Art. 72 al. 1 LAMal.

300 Il est dès lors étrange que le contentieux suive deux voies différentes: l'assuré LCA doit recourir à la procédure civile s'il entend obtenir l'exécution du contrat d'assurance, alors que la procédure administrative s'applique dans l'hypothèse d'une police LAMal (cf. note 304).

301 Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 04.3000 du 16 janvier 2004 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, rapport approuvé le 30 septembre 2009 (texte disponible sur le site Internet de l'OFSP: <http://www.bag.admin.ch/dokumentation/publikationen/06513/index.html?lang=fr>).

302 En principe, 720 ou 730 indemnités par cas d'assurance.

303 Cf. A/II/2/b.

aussi de cette possibilité dans l'assurance collective, de sorte qu'il peut exister une couverture différente pour chacun des travailleurs d'une entreprise, en fonction des antécédents médicaux des uns et des autres au moment de leur entrée dans le contrat. Paradoxalement, plus un travailleur est âgé et en mauvaise santé, moins il a accès à une couverture étendue en cas de perte de gain consécutive à une maladie.

3. *Les problèmes en pratique*

Les assurances perte de gain posent, en pratique, un certain nombre de difficultés, dont certaines sont aujourd'hui devenues récurrentes et occupent régulièrement les tribunaux. Les deux premières difficultés ont déjà été évoquées au chapitre précédent et ont trait à la définition du risque assuré d'une part (a) et à l'imputation des prestations d'assurance sociale d'autre part (b). Elles méritent d'être reprises dans le contexte spécifique de l'assurance perte de gain. Une troisième difficulté découle de l'existence d'une convention conclue entre la plupart des assureurs privés pratiquant la perte de gain, pour régler les cas en cours au moment d'un changement d'assureur (c).

Notons encore, sans développer ici cette question qui excède le cadre de notre étude, qu'il est quelque peu singulier que selon la nature de la couverture conclue (LAMal ou LCA), le contentieux obéisse à des règles différentes³⁰⁴. Cette différence contribue à l'inégalité de traitement entre les assurés.

a. *L'incapacité de travail de longue durée*

Une première difficulté provient d'une confusion au sujet du risque assuré. Bien que les polices d'assurance LCA³⁰⁵ soient souvent intitulées «perte de gain», dénomination reprise dans le langage courant, *le risque couvert est en principe celui de l'incapacité de travail*, soit de l'incapacité médicale et immédiate de s'acquitter de ses tâches habituelles, par opposition à une incapacité durable de réaliser un revenu sur un marché du travail équilibré. Cette distinction est opérée en droit des assurances sociales, l'incapacité de travail (art. 6 LPGa) donnant lieu à des prestations à court terme (indemnités journalières), l'incapacité de gain (art. 7 LPGa) à des prestations à long terme (rentes)³⁰⁶.

La distinction entre ces deux notions est d'autant plus difficile qu'il existe, en droit des assurances sociales, un cas de figure intermédiaire, soit *l'incapacité de travail de longue durée* (art. 6 al. 2 LPGa). Une incapacité de travail est ré-

304 Dans l'hypothèse d'une police LAMal, le contentieux obéit – singulièrement – aux règles de la procédure administrative, alors qu'il s'agit d'un litige civil dans l'hypothèse d'une police LCA, soumis aux règles de procédure du CPC (cf. également note 300). Vu l'art. 7 CPC, il est néanmoins possible que ce soit le même tribunal qui soit matériellement compétent.

305 L'intitulé des polices LAMal est plus clair, mais sur le fond, le problème est le même.

306 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (note 12), N 88 ss, p. 122 ss.

putée de longue durée à partir de six mois environ³⁰⁷. L'assuré peut alors être contraint de changer d'activité, si un tel changement s'avère exigible.

Comme nous l'avons exposé ci-dessus³⁰⁸, *la mesure de l'exigibilité est définie de manière particulière en droit des assurances sociales*, puisqu'elle est évaluée selon la méthode dite «médico-théorique», soit en tenant compte uniquement des limitations fonctionnelles imputables à l'atteinte à la santé dont souffre l'assuré, à l'exclusion des circonstances personnelles non médicales de l'assuré.

En droit des assurances privées, la mesure de l'exigibilité est celle de l'obligation de sauvetage qui incombe à l'assuré en application de l'art. 61 LCA. Cette disposition a valeur de principe général, malgré son attribution, du point de vue de la systématique de la loi, à l'assurance des dommages matériels³⁰⁹. La mesure de l'exigibilité ne peut se mesurer, dans ce cadre, à l'aune des critères médico-théoriques développés pour la mise en œuvre du droit des assurances sociales, mais doit tenir compte des éléments subjectifs de l'état de fait³¹⁰. On ne peut ainsi attendre de l'assuré que les mesures raisonnablement exigibles compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris de sa situation personnelle.

Dans deux jurisprudences spécifiquement consacrées à l'exécution de polices d'assurance perte de gain LCA³¹¹, *le Tribunal fédéral*, appelé à examiner l'exigibilité d'un changement d'activité pour des assurés en incapacité de travail de longue durée, *a précisé que l'art. 61 al. 2 LCA ne permettait pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable.* Il doit bien plus se demander quelles sont les chances réelles de l'assuré de trouver un emploi qui tienne compte de ses limitations fonctionnelles, en fonction de son âge et de l'état du marché du travail. Si une chance réelle existe, l'exigibilité d'un tel changement doit encore être examinée en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré³¹².

L'art. 61 LCA n'étant pas une disposition impérative³¹³, ces jurisprudences ne font pas obstacle à ce que l'assureur perte de gain ne prévoie, dans les conditions contractuelles (CGA), *une autre définition du risque assuré.* Il pourrait en particulier préciser que l'incapacité de travail doit être comprise au sens de l'art. 6 LPG et de la jurisprudence rendue en application de cette disposition.

307 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (note 5), § 7 N 1.

308 Cf. B/I/2/a.

309 TF, arrêts 5C.18/2006 du 18 octobre 2006, c. 7.1 et 5C.74/2002 du 7 mai 2001, c. 3a

310 BSK VVG Nachf.Bd-SÜSSKIND, N 15 ad art. 61 LCA; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, RDS 126/2007 I, p. 389 ss, p. 401.

311 TF, arrêts 4A_304/2012 du 14 novembre 2012 et 4A_529/2012 du 31 janvier 2013. Pour un commentaire de ces deux arrêts, cf. DUPONT (note 52), p. 124 ss.

312 TF, arrêt 4A_304/2012 du 14 novembre 2012, c. 2.4.

313 Cf. art. 97 al. 1 LCA.

A notre sens, une telle pratique ne peut toutefois être admise *qu'à deux conditions cumulatives*:

– *Premièrement*, il faut que l'assureur puisse démontrer avoir spécifiquement informé l'assuré sur ce point. A défaut, il devra se laisser imputer une définition plus large du risque assuré. La définition de l'art. 6 LPGa et la jurisprudence rendue en application de cette disposition ne peuvent être jugées suffisamment abordables pour que l'assuré sans connaissances spécifiques dans ce domaine, sur le point de conclure une police d'assurance privée et n'ayant donc pas à faire le lien avec les assurances sociales, ait dû comprendre que l'assureur entendait s'y référer.

A noter encore que le devoir de l'assureur de renseigner l'assuré de manière compréhensible sur le risque assuré découle déjà de l'art. 3 al. 1 let. a LCA. Invoker cette disposition n'est toutefois pas une solution satisfaisante pour l'assuré, qui se voit alors uniquement aménager un droit de résiliation³¹⁴, ce qui a pour effet d'affaiblir encore sa protection. La solution correcte ici réside dans l'interprétation *contra stipulatorem* des clauses définissant le risque assuré, comme proposé ci-dessus.

Notons aussi que le fait de proposer des polices d'assurance offrant des prestations durant 720 jours mais ne permettant à l'assuré, dans les faits, de toucher des prestations que durant six mois, après quoi leur continuation est subordonnée à la condition d'un changement d'activité, revêt un caractère déloyal qui ne peut être protégé.

– *Deuxièmement*, l'assureur doit être en mesure d'établir que la limitation du risque assuré a été prise en compte dans le calcul de la prime. En effet, si la police d'assurance limite le risque assuré à l'incapacité de travail de courte durée, soit inférieure à six mois, la prime doit être sensiblement plus basse que celle d'un contrat prévoyant le versement de prestations durant 720 jours³¹⁵. Une prime de niveau comparable est un argument supplémentaire pour interpréter le risque assuré, en particulier l'exigibilité d'un changement d'activité, à l'aune de l'art. 61 al. 2 LCA et de la jurisprudence établie en application de cette disposition.

Si le niveau de prime est comparable, mais que les CGA limitent malgré tout le risque assuré à l'incapacité de travail au sens de l'art. 6 LPGa, il faut alors admettre que *le contrat génère une disproportion entre les droits et obligations des parties*, au sens de l'art. 8 LCD. Si cette disproportion peut être qualifiée de notable et injustifiée³¹⁶, ce qui devra faire l'objet d'un examen *in concreto*, l'assuré peut *faire constater le caractère illicite de la clause limitant le risque assuré*³¹⁷ et, partant, sa nullité. La nullité s'étend à la clause dans son en-

314 Art. 3a LCA.

315 Pour autant, naturellement, que l'incapacité de travail subsiste.

316 A ce sujet, cf. DUPONT (note 67), N 44 ss.

317 Cf. art. 10 al. 1 LCD. DUPONT (note 67), N 44 ss.

semble, qui est inefficace, la doctrine majoritaire considérant qu'une réduction à la mesure acceptable n'est pas envisageable³¹⁸. Il s'ensuit une lacune qu'il appartient au tribunal de combler, en déterminant la volonté hypothétique des parties³¹⁹. Deux solutions sont alors possibles: soit l'on admet que l'assuré aurait accepté la limitation du risque voulue par l'assureur, mais en exigeant alors une diminution de prime correspondante, soit on admet qu'il aurait accepté de payer le prix convenu, mais en échange d'une contre-prestation proportionnée. Le choix entre ces deux interprétations ne peut être fait *in abstracto*, mais dépendra en particulier du niveau d'information que l'assuré avait reçu sur la limitation du risque couvert. A défaut d'information adéquate, c'est la seconde interprétation qu'il conviendra de retenir.

Dans tous les cas, à défaut de mention expresse dans les CGA, l'assureur ne peut être admis à plaider de bonne foi qu'il entendait limiter la couverture à l'incapacité de travail au sens de l'art. 6 LPGA et de la jurisprudence rendue par les deux cours de droit social du Tribunal fédéral.

b. *L'imputation des prestations sociales*

Nous avons décrit, ci-dessus³²⁰, la problématique générale liée à l'imputation, sur les prestations dues par l'assureur privé, de prestations versées par un ou plusieurs assureurs sociaux, en raison de la réalisation du risque, pour un même laps de temps.

En matière d'assurance perte de gain spécifiquement, cette question fait, de manière récurrente, l'objet de difficultés en pratique, qui ont donné lieu à quelques décisions importantes rendues par le Tribunal fédéral. En particulier, notre Haute Cour a confirmé, à l'occasion de litiges de ce type, que le principe de l'interdiction de la surindemnisation ne faisait pas, en soi, obstacle au cumul d'indemnités journalières versées par un assureur perte de gain et de prestations sociales, notamment de rentes AI³²¹. De même, le Tribunal fédéral a admis que l'assureur privé pouvait expressément prévoir, dans ses conditions contractuelles, l'imputation des prestations sociales³²². En réalité, la question de l'imputation des prestations sociales sur des indemnités journalières perte de gain s'inscrit ainsi dans le débat général au sujet de la distinction entre assurance de dommage et assurance de somme³²³. Elle ne reçoit pas, dans ce contexte particulier, de réponse particulière: l'assureur a la liberté d'adopter,

318 INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012, N 46.09, et les références citées.

319 Cf. SCHWENZER (note 318), N 34.04 s.

320 Cf. B/II/2/c.

321 TF, arrêt 4A_561/2012 du 23 janvier 2013.

322 ATF 133 III 527, c. 3.3.

323 Cf. A/II et B/II/2/b. Pour mémoire, dans l'assurance de dommage, on ne tient compte que de la perte effective de l'assuré. Dans l'assurance de somme en revanche, on verse la prestation promise indépendamment de tout

dans ses conditions contractuelles, la solution qui lui convient³²⁴. Vu l'absence d'interdiction de principe du cumul de prestations sociales et d'indemnités journalières perte de gain, l'imputation des premières sur les secondes n'a pas lieu d'être si elle n'est pas expressément prévue dans les conditions contractuelles. Dans les relations entre les assurances privées et l'assurance-invalidité sociale, cette condition est expressément prévue dans la loi, qui subordonne le remboursement à l'assureur privé des avances versées à la condition que le droit au remboursement, en cas de paiement d'une rente, puisse être déduit sans équivoque du contrat ou de la loi³²⁵. Si cette condition n'est pas remplie, l'assuré peut refuser à bon droit de céder à l'assureur privé ses droits aux prestations sociales.

Parmi les assureurs n'ayant pas prévu, dans leurs conditions générales, l'imputation des prestations sociales, certains tentent d'obtenir de la part de leurs assurés une *cession de leurs droits après la survenance du sinistre*³²⁶. Se pose ainsi la question de la validité d'une telle cession, qui doit répondre aux conditions des art. 164 ss CO et, plus généralement, des règles générales en matière d'accords contractuels. Notamment, *la validité de la cession suppose la réelle volonté de l'assuré de céder ses droits à l'assureur privé*³²⁷.

Une pratique répandue parmi les assureurs concernés consiste à inclure une clause de cession dans un document intitulé «procuration», dont la signature est réclamée de l'assuré, lors de l'annonce du sinistre, notamment pour libérer les médecins du secret médical à l'égard de l'assureur. A notre sens, l'accord donné à une cession dans de telles conditions est sinon nul, du moins annulable: *premièrement, l'assuré n'est, à ce moment-là, pas en mesure de comprendre la portée de la clause qu'il signe, ni de faire la distinction entre la clause de procuration et la clause de cession*. Il ne peut ainsi forger sa volonté en disposant de tous les éléments nécessaires. Ensuite, si l'assureur fait de la signature de ce document une condition *sine qua non* pour le versement des indemnités journalières³²⁸, la pression exercée sur l'assuré est trop forte pour que celui-ci puisse être réputé avoir valablement consenti à la cession de créance. On pourrait donc envisager *l'invalidation de la cession en invoquant le dol*³²⁹ *ou l'erreur de base*³³⁰, si les conditions en sont remplies, ce qui devra faire l'objet d'un exa-

324 Cf. B/II/2/b.

325 Cf. art. 85^{bis} al. 2 RAI. Sur l'interprétation de cette disposition, cf. TC-BL, arrêt du 10 décembre 2008 dans la cause 720 07 412, c. 2.3–2.5.

326 La cession de prestations accordées rétroactivement en faveur de l'assureur qui a pris provisoirement à sa charge des prestations est possible (art. 22 al. 2 let. b LPGa). Le droit de demander des prestations ne peut, lui, pas être cédé (art. 22 al. 1 LPGa). Sur cette question, cf. KIESER (note 193), N 5 ss et 18 ss ad art. 22 LPGa).

327 CR CO I-MORIN, N 20 ad art. 1 CO.

328 En pratique, le document en question est accompagné d'un courrier informant l'assuré la signature de la «procuration» est indispensable à l'ouverture du dossier, et qu'à défaut, aucune prestation ne pourra être versée.

329 Art. 28 CO. Cf. CR CO I-SCHMIDLIN, N 7 ad art. 28 CO.

330 Art. 24 al. 1 ch. 4 CO. Cf. CR CO I-SCHMIDLIN, N 32 ss ad art. 23 et 24 CO.

men *in concreto* dans chaque cas d'espèce. Nous laisserons ici de côté les éventuelles sanctions pénales auxquelles l'assureur s'exposerait le cas échéant³³¹.

Dans des situations de ce genre, les cours de droit social du Tribunal fédéral ont jugé, de manière un peu courte³³², que la pratique était admissible³³³, s'appuyant notamment sur les Directives de l'OFAS sur les rentes (DR), qui font de la signature de l'assuré une condition *sine qua non* du remboursement à l'assureur privé d'avances consenties lorsque ni la loi, ni le contrat ne le prévoit³³⁴. *Ce raisonnement ne peut être suivi*: premièrement, ce n'est pas parce que la signature de l'assuré est une condition de validité de la cession qu'elle dispense d'examiner si les autres conditions de cette cession sont remplies. Deuxièmement, précisément, *le Tribunal fédéral n'examine pas, à titre préjudiciel, la validité de la cession* sous l'angle des règles qui président à l'accord contractuel. Dès lors qu'il n'est avancé aucun élément justifiant que, dans ce contexte particulier, la validité de la cession de créance soit soumise à des conditions particulières dérogeant au régime général du Code des obligations, la validité de cette jurisprudence doit donc être remise en cause.

c. *La convention de libre-passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie*

Un autre problème récurrent, en matière d'assurance perte de gain, résulte de l'existence d'une convention établie par l'Association suisse d'assurance (ASA)³³⁵, en collaboration avec santésuisse³³⁶, à laquelle les assureurs autorisés³³⁷ peuvent adhérer³³⁸. *Cette convention a notamment pour objectif de régler le sort des sinistres en cours³³⁹ en cas de changement d'assureur*, dans le cadre de l'assurance collective d'indemnités journalières³⁴⁰. Un des buts de la

331 Le comportement de l'assureur pourrait en effet être constitutif d'une contrainte au sens de l'art. 181 CP.

332 «*Unter diesen Umständen ist – auch wenn kein im Sinne von Art. 85bis Abs. 2 lit. b IVV eindeutiges, gegenüber der Invalidenversicherung bestehendes Rückforderungsrecht der Zürich vorliegt – nicht einzusehen, weshalb die unterschriftliche Zustimmung des Versicherten zur direkten Überweisung an den bevorschussenden Dritten als Rechtfertigung für die streitige Drittauszahlung an die Zürich nicht genügen sollte*».

333 Cf. par exemple TF, arrêt I 632/03 du 9 décembre 2005, c. 3.3.2.

334 Cf. DR, N 10069.

335 Le texte de la convention est disponible sur le site Internet de l'ASA (<http://www.svv.ch>).

336 Cf. Préambule, al. 4 de la Convention.

337 Cf. art. 1 al. 2 de la Convention.

338 Cf. art. 1 al. 1 de la Convention. La liste des assureurs ayant adhéré à la convention est disponible sur le site Internet de l'ASA (<http://www.svv.ch>). La majorité des assureurs offrant en Suisse des indemnités journalières en cas de maladie ont adhéré à la convention.

339 Cf. art. 4 de la Convention.

340 Soit les assurances conclues par un employeur en faveur de son personnel (cf. art. 2 de la Convention). A noter qu'il faut que l'un des assureurs au moins offre des indemnités journalières selon la LCA. La convention ne s'applique en effet pas dans les rapports entre deux assureurs LAMal (cf. art. 2 al. 1 LAMal).

convention est d'éviter que l'existence d'un cas en cours dans un contrat collectif n'empêche la résiliation de ce contrat et la conclusion d'une nouvelle police auprès d'un autre assureur; un autre but est d'assurer au bénéficiaire de prestations le maintien de sa situation.

L'art. 4 al. 2 de cette convention prévoit ainsi que *les sinistres en cours passent au nouvel assureur* dès la date du changement d'assurance, à concurrence du montant de l'indemnité journalière, du délai d'attente et de la durée des prestations prévus par le premier assureur, pour autant que le travailleur soit employé au même degré d'occupation auprès de son nouvel employeur. En d'autres termes, l'assuré en incapacité de travail au moment du changement d'assureur ne doit pas voir les prestations d'assurance modifiées du fait de ce transfert.

Dans les rapports entre assureurs, le transfert du cas suppose la réalisation de certaines conditions. En particulier, le nouvel assureur devra se renseigner auprès de l'assureur antérieur sur l'existence de cas en cours. Ce dernier a l'obligation de fournir les informations demandées, dans un délai de dix jours³⁴¹. S'il donne de fausses informations, le transfert n'opère pas, et le premier assureur doit continuer de prester³⁴².

En pratique, cette convention est régulièrement invoquée par les assureurs pour mettre un terme au versement des indemnités journalières à la date de la fin des rapports contractuels, au motif que le sinistre a passé au nouvel assureur. De son côté, ce dernier se prévaut régulièrement de la violation, par le premier assureur, de l'obligation d'informer qui lui incombait, pour refuser de prester. *L'assuré fait alors les frais des difficultés qui surgissent dans l'application de la convention de libre-passage*, puisqu'il ne touchera pas d'indemnités journalières le temps que le litige entre les deux assureurs soit réglé.

Dans les faits, et bien que la convention prévoie une procédure de règlement des litiges entre assureurs³⁴³, *l'assuré sera contraint, devant le double refus, de recourir au procès pour clarifier l'identité du débiteur* des indemnités journalières. Par sécurité, la procédure sera dirigée contre les deux assureurs, ce qui la compliquera et la rallongera d'autant. Dans l'intervalle, l'assuré sera privé de revenus et souvent contraint de recourir à l'assistance publique.

D'un point de vue sociétal, cette situation est particulièrement choquante si l'on considère que des deux assureurs, l'un doit nécessairement prester (si l'on part de l'idée que l'incapacité de travail est établie). Le report sur la collectivité publique de la réalisation d'un risque assuré auprès d'une société qui fait précisément commerce de l'assurance et encaisse des primes en échange de ses services est difficilement acceptable. De plus, le fait pour l'assuré de dépendre, même temporairement, de l'assistance publique se révèle souvent fatal pour sa

341 Cf. art. 6 de la Convention.

342 Cf. art. 6 al. 3 de la Convention.

343 Cf. art. 7 de la Convention.

réintégration professionnelle, la précarité de sa situation économique entraînant une péjoration de son état de santé qui, à terme, augmente le risque qu'il dépende à long terme des assurances sociales, en particulier de l'assurance-invalidité.

D'un point de vue juridique, il est important de souligner tout d'abord que la convention est applicable entre les assureurs qui y ont adhéré³⁴⁴. Elle ne déploie donc ses effets, en vertu du principe *res inter alios acta*, qu'entre les parties à la convention, au nombre desquels les assurés ne figurent pas.

S'agissant de qualifier la figure juridique consacrée par la convention dans l'hypothèse de cas en cours lors du changement d'assureur, on relève ensuite qu'il s'agit, pour le second assureur, de reprendre à son compte l'obligation découlant, pour le premier, de la réalisation d'un sinistre pendant la période d'assurance³⁴⁵. La convention de libre-passage consacre ainsi *une reprise conventionnelle de dette*, au sens des art. 175 ss CO.

La reprise de dette est un contrat dont les effets juridiques doivent faire l'objet d'un double examen: *sur le plan interne*, la reprise de dette est un engagement, de la part de l'assureur reprenant, de libérer le premier assureur de sa dette envers l'assuré³⁴⁶. Cet engagement résulte en l'espèce de l'adhésion à la convention de libre-passage. *Sur le plan externe*, soit vis-à-vis du créancier (en l'espèce, l'assuré), la reprise de dette doit également faire l'objet d'un accord entre le reprenant (en l'espèce, le second assureur) et ce dernier³⁴⁷. Cet accord n'est soumis à aucune exigence de forme, et sa conclusion peut résulter d'actes concluants³⁴⁸. Le consentement du créancier est présumé si celui-ci accepte un paiement par le reprenant, pour autant que ce dernier agisse bien en son propre nom. Cette présomption est toutefois réfragable³⁴⁹. Compte tenu de la nature de l'affaire, en particulier du fait que la reprise de dette résulte d'une convention dont le grand public connaît rarement l'existence, *cette présomption est inefficace lorsque le créancier n'a pas été informé de manière claire* sur le changement du débiteur, les raisons pour lesquelles ce changement intervient, ainsi que la date à partir de laquelle il opère³⁵⁰.

Si la reprise de dette externe n'est pas conclue, à défaut d'acceptation par l'assuré-crédancier, celle-ci n'opère pas, *et le premier assureur reste, vis-à-vis de l'assuré, le débiteur des prestations d'assurance*. Il n'est en conséquence pas fondé à lui opposer la convention de libre-passage pour refuser de prester. S'il existe, dans les rapports entre assureurs, un litige au sujet de l'application de la convention (reprise de dette interne), par exemple parce que l'assureur re-

344 Cf. art. 1 al. 1 de la Convention.

345 Cf. art. 4 de la Convention.

346 CR CO I-PROBST, N 1 ad art. 175 CO.

347 Art. 176 al. 1 CO. Cf. CR CO I-PROBST, N 1 ad art. 176 CO.

348 CR CO I-PROBST, N 4 ad art. 176 CO.

349 CR CO I-PROBST, N 8 ad art. 176 CO.

350 L'art. 176 al. 2 CO prévoit la communication au créancier de la reprise de dette interne.

prenant reprocherait au premier assureur de n'avoir pas satisfait à son devoir d'information, ce litige n'est pas non plus opposable à l'assuré dans ce sens que le paiement des prestations pourrait lui être refusé jusqu'à ce qu'il ait été résolu.

De fait, *l'application de la convention de libre-passage s'avère génératrice de conflits et, partant, d'insécurité pour l'assuré*. Il serait pourtant aisé de remédier à ce défaut *en la complétant* par une clause prévoyant qu'en cas de litige, le premier assureur continue de verser à l'assuré les prestations qui lui reviennent, à titre d'avance. S'il s'avérait finalement qu'il appartenait au deuxième assureur de prester, le premier pourrait obtenir le remboursement de ses avances³⁵¹. Une autre solution, à notre sens inutilement lourde, pourrait résider dans la création d'un fond, qui verserait les prestations jusqu'à droit connu sur le litige entre assureurs.

4. *L'intervention des assurances sociales*

Comme nous l'avons dit en introduction de ce chapitre³⁵², les assurances sociales n'interviennent pas pour la couverture au premier chef de la perte de gain consécutive à la maladie. Le seul assureur susceptible d'intervenir dans ce contexte est *l'assureur-invalidité*³⁵³. En effet, au-delà des prestations financières à long terme³⁵⁴, la LAI prévoit de nombreuses prestations destinées à «prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité»³⁵⁵. Il s'agit, principalement, de mesures de réadaptation qui auront pour objectif, tantôt de permettre le retour de l'assuré à son poste de travail³⁵⁶, tantôt de lui permettre de se reclasser dans une profession adaptée à son état de santé³⁵⁷.

Pendant l'exécution des mesures de réadaptation, l'assuré a droit, à certaines conditions, à une *compensation financière, sous forme d'indemnités journalières*³⁵⁸. Les mesures de réadaptation et, par conséquent, le droit aux indemnités journalières qui les accompagne, n'entrent toutefois pas en ligne de compte tant que l'état de santé de l'assuré n'est pas suffisamment stabilisé pour lui permettre de recouvrer une capacité de travail, au moins partielle, dans une activité adaptée à son état de santé. Leur mise en œuvre suppose en outre que l'office

351 En matière d'assurances sociales, une solution de ce genre est expressément prévue par la loi en cas d'incertitude sur l'identité de l'assureur à qui il incombe de prendre le cas en charge (cf. art. 70 et 71 LPGa).

352 Cf. C.

353 L'incapacité de travail de l'assuré fait obstacle à l'intervention de l'assurance-chômage, faute d'aptitude au placement (art. 15 LACI).

354 Ces prestations sont versées sous forme de rentes (cf. art. 28 ss LAI).

355 Art. 1a let. a LAI.

356 Cf. art. 7d LAI (mesures d'intervention précoce).

357 Cf. art. 17 LAI (reclassement).

358 Art. 22 LAI. L'assuré qui est en attente de mesure peut aussi, à certaines conditions, toucher des indemnités, dites d'attente (art. 18 RAI).

compétent ait procédé aux mesures d'instructions suffisantes pour clarifier la situation de l'assuré sur le plan médical. La pratique révèle que ces mesures d'instruction durent souvent plusieurs mois, voire plusieurs années, de sorte que dans les faits, l'assuré se trouve privé de revenus pour une durée correspondante³⁵⁹.

Les réformes successives de l'assurance-invalidité, en particulier les 5^e et 6^e révisions, avaient pour objectif de *favoriser un retour à l'emploi le plus rapide possible*, ceci afin d'éviter le versement de rentes³⁶⁰. Dans ce cadre, différents outils ont été mis en place pour favoriser une prise en charge précoce de l'assuré³⁶¹. Malgré cela, on constate toujours en pratique des délais d'intervention qui laissent trop longtemps l'assuré privé non seulement de ressources, mais aussi de prise en charge socio-professionnelle. De fait, malgré les deux dernières révisions législatives et leur *leitmotiv*³⁶², l'assurance-invalidité n'en est pas devenu pour autant un assureur de premier recours.

Compte tenu des craintes financières exprimées ces dernières années au sujet du financement de l'assurance-invalidité, on peut légitimement se demander s'il est judicieux de mêler, dans un même budget, réinsertion professionnelle et prestations financières à long terme. *Lorsque l'assurance se voit imposer des objectifs d'économie, ces objectifs visent les deux types de prestations*, ce qui induit nécessairement une contradiction dans le travail des différents intervenants. En particulier, les organes responsables de la réadaptation, tenus eux aussi par des objectifs d'économies, auront tendance à refuser d'entrer en matière sur une demande de prestations, sans égards pour les conséquences de leur refus. La saine gestion de l'assurance-invalidité s'en trouve ainsi compromise.

5. Synthèse

Le fait que la couverture de la perte de travail, soit de la capacité immédiate de travailler dans son activité habituelle, n'est actuellement pas couverte par une assurance sociale, mais laissée à l'initiative individuelle, a *deux conséquences immédiatement négatives* pour la sécurité sociale, au sens où nous l'avons définie au début de cette étude³⁶³:

359 Pour peu qu'un assureur perte de gain intervienne, il aura souvent, si ses CGA se réfèrent à la définition de l'art. 6 LPGA (cf. B/I/2/a), mis un terme à ses prestations au bout de six mois. L'assurance-invalidité ne sera que très rarement en mesure de prendre le relai à ce moment déjà.

360 Cf. Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), FF 2005 4215, p. 4270, et Message du Conseil fédéral du 24 février 2010 relatif à la révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (6^e révision, premier volet), FF 2010 1647, p. 1648 ss.

361 Notamment la détection précoce (art. 3b LAI) ou les mesures d'intervention précoce (art. 7d LAI).

362 «La réadaptation avant la rente».

363 Cf. A/I.

- *Premièrement*, l'assureur privé qui estime que l'assuré a retrouvé sa capacité de travail peut mettre un terme avec effet immédiat aux indemnités journalières, sans préavis particulier. Tout au plus doit-il lui accorder un délai, allant de trois à cinq mois, s'il estime que la capacité de travail dans l'activité habituelle est inexistante, mais qu'il subsiste en revanche une capacité de travail – totale ou partielle – dans une activité adaptée³⁶⁴. En cas de litige, l'assuré est contraint de saisir les tribunaux civils pour faire valoir ses droits. Malgré les aménagements prévus par le CPC³⁶⁵ et la possibilité d'obtenir, à certaines conditions, l'assistance judiciaire, la procédure reste pour lui une longue épreuve, qui le contraindra le plus souvent, dans l'intervalle, à dépendre des pouvoirs publics.
- *Deuxièmement*, l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, qu'elle soit soumise aux règles de la LAMal ou de la LCA, n'est pas conçue, du fait de son caractère privé³⁶⁶, comme un programme global qui inclurait des prestations tendant à combattre l'incapacité de travail et, à plus long terme, sa chronicisation sous forme d'incapacité de gain. Si certains assureurs se sont dotés de structures de *case management*³⁶⁷, ce n'est pas le cas de tous, il s'agit d'une démarche volontaire, informelle, face à laquelle les assurés ne sont pas égaux. Le risque est ainsi grand que les assurés, certes au bénéfice d'une compensation financière, ne soient par ailleurs pas pris en charge de manière optimale en vue d'un retour à l'emploi. Il est aujourd'hui admis que les chances de réinsertion d'un assuré sorti du marché du travail pendant une période de deux ans sans accompagnement spécifique sont faibles³⁶⁸. Dans ce sens, une intervention plus rapide serait très vraisemblablement profitable.

Il existe ainsi une *double lacune dans notre système de couverture sociale*, soit l'absence de certitude de bénéficier d'une compensation financière en cas d'incapacité de travail et le défaut de prise en charge institutionnalisée immédiate du travailleur dont l'incapacité de travail se prolonge ou est susceptible de le faire.

Cette double lacune présente le *désavantage majeur d'intervenir tout au début d'un processus* qui peut soit s'orienter vers une résolution rapide, par un retour du travailleur à l'emploi, soit se chroniciser et donner lieu à des situations assécurologiques difficiles. On sait aujourd'hui que plus le travailleur reste

364 TF, arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004, c. 2.2.

365 Cf. note 119.

366 Cf. A/II/4/f.

367 On désigne par les termes de *Case Management* une forme d'accompagnement psycho-social visant à réduire l'exclusion sociale et la chronicisation de l'incapacité de travail, conduisant à l'invalidité. Il s'agit, à ce jour, d'une pratique informelle, non obligatoire, qui ne fait pas l'objet de règles particulières.

368 Dans le même sens, cf. Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), FF 2005 4215, p. 4270.

longtemps éloigné du marché de l'emploi, moins il a de chances de le réintégrer. Autrement dit, le travailleur peut faire les frais de cette lacune et de l'insécurité qu'elle génère alors qu'il se trouve dans un moment critique. Cette situation est néfaste au niveau que l'on pourrait appeler «micro-assécurologique», puisque les chances d'une réinsertion pour l'assuré diminuent, et le risque de dépendre à long terme des assurances sociales augmente.

Au plan «macro-assécurologique», soit *du point de vue de la collectivité des assurés*, cette lacune est tout aussi désavantageuse, puisque c'est cette collectivité qui devra supporter, en fin de compte, le financement des prestations au long cours (rentes) versées par les assurances. Le phénomène prend encore de l'ampleur si l'on admet que l'assuré qui se trouve dans la situation décrite au paragraphe précédent verra sa santé se péjorer et aura davantage recours aux soins, eux aussi financés par la collectivité des assurés.

Les conséquences de cette lacune *se répercutent au plan sociétal également*, puisque l'assuré laissé pour compte émargera le plus souvent à l'assistance publique, financée par l'impôt et donc par la communauté des contribuables, à tout le moins le temps que son état de santé se stabilise et qu'il soit statué sur son droit aux prestations sociales. Rappelons encore, dans l'esprit de ce que nous disions au paragraphe précédent, que les soins de santé sont aussi partiellement financés par l'impôt³⁶⁹, de même que les prestations complémentaires à l'AVS/AI.

II. Interventions politiques et initiatives cantonales

1. Interventions politiques

La situation décrite au chapitre précédent est connue des milieux politiques et a fait, ces dix dernières années, l'objet de plusieurs interventions. En février 2004, un postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national invitait le Conseil fédéral à *évaluer le système d'indemnités journalières prévu par la LAMal, ainsi que les insuffisances dans le domaine des assurances privées*³⁷⁰.

En réponse à ce postulat, le Conseil fédéral a détaillé les mécanismes existant pour compenser la perte de revenus en cas de maladie. Au terme de son analyse, il est parvenu à la conclusion que *la protection actuelle est suffisante*, du fait de l'existence d'une couverture d'assurance pour la grande majorité des travailleurs³⁷¹. Il a néanmoins envisagé *quatre pistes pour modifier la situation actuelle*, dont deux tendent à créer une assurance sociale obligatoire, dans une

369 Via les subsides accordés aux assurés de condition économique modeste, et via la part des frais d'hospitalisation assumée par les cantons.

370 Curiavista, objet n° 04.3000: Lacunes et incohérences de la LAMal en matière d'indemnités journalières, 25 février 2004 (Po).

371 Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme (note 301), p. 5 s.

première variante pour les salariés uniquement, dans une seconde variante pour toutes les personnes exerçant une activité lucrative³⁷². Ces pistes ont toutefois été écartées «compte tenu du climat politique et économique actuel». Il est important de relever ici que le Conseil fédéral a uniquement basé sa réflexion *sur l'existence* d'une couverture perte de gain, sans évaluer *l'efficience de cette couverture*.

En juin 2009, un nouveau postulat³⁷³ invitait le Conseil fédéral à examiner l'idée d'une *assurance générale de revenu*, couvrant la perte de revenu indépendamment de sa cause, dans le but également de réaliser des économies en éliminant des redondances entre les régimes d'assurances sociales. Même si les besoins d'améliorer la coordination ont été reconnus par le gouvernement, l'idée d'une réforme aussi vaste de notre système d'assurances sociales a été rejetée, au motif notamment que le système était suffisant pour la majorité des assurés et que, pour le surplus, l'assistance publique jouait son rôle de filet social³⁷⁴.

Depuis, des interventions sont régulièrement faites devant les Chambres fédérales³⁷⁵, qui *confirment la préoccupation des milieux politiques pour une couverture adéquate et égalitaire de la perte de gain pour les travailleurs malades*. Ces interventions démontrent que les réponses apportées par le Conseil fédéral sont insuffisantes et que le souci d'une prise en charge adéquate de la perte de revenu en cas de maladie reste bien présent.

2. Initiatives cantonales

Compte tenu de l'organisation fédéraliste de notre pays, les cantons ont la liberté de légiférer là où la Constitution n'octroie pas une compétence exclusive à la Confédération, ou tant que cette dernière n'a pas légiféré. En matière d'assurances sociales, *il n'existe pas d'attribution générale de compétence* en faveur de l'Etat fédéral, mais uniquement de manière segmentée, pour certaines branches d'assurance déterminées. Ainsi, certains régimes fédéraux d'assurances sociales ont été précédés par des assurances cantonales, mises en place avant que la Confédération ne légifère³⁷⁶.

372 Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme (note 301), p. 6 ss.

373 Curiavista, objet n° 09.3655: Assurance générale du revenu, 12 juin 2009 (Po. Schenker/CN).

374 Couverture sociale du revenu chez les actifs. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat du 12 juin 2009 (09.3655/Schenker Silvia «Assurance générale du revenu»), du 14 septembre 2012 (texte disponible sur le site Internet de la Confédération).

375 Cf. Curiavista, objets n° 10.3821 (Mo. Humbel/CN), 11.3246 (Ip. Fehr/CN) et 12.3087 (Po. Nordmann/CN). Cf. également l'objet n° 11.3474 (Ip. Comte/CE), qui demandait une couverture adéquate pour les rechutes d'accidents non couverts en LAA.

376 On pense naturellement aux allocations familiales ou aux indemnités journalières en cas de maternité («congé maternité»), mais surtout, dans le contexte qui nous occupe, aux prestations complémentaires à l'AVS/AI (cf. RENÉ BALMER, Bedeutung und Perspektiven der Ergän-

L'absence de couverture, par les assurances sociales, de la perte de gain consécutive à la maladie est un sujet de préoccupation pour les cantons, sur lesquels pèse la charge financière de l'aide sociale. Il existe ainsi aujourd'hui différentes initiatives cantonales pour couvrir la *perte de gain des chômeurs en incapacité de travail*. La loi fédérale sur l'assurance-chômage³⁷⁷ prévoit en effet qu'en cas d'incapacité de travail passagère due, notamment, à une maladie, l'assuré au bénéfice d'indemnités de chômage a droit à 30 indemnités par cas³⁷⁸. Si l'incapacité de travail persiste au-delà de ce laps de temps, l'assuré se retrouve sans ressources. En principe, il n'aura d'autre choix que de s'annoncer à l'assistance publique.

*Certains cantons*³⁷⁹ *ont mis en place une véritable assurance sociale cantonale*. Ces assurances fonctionnent sur le modèle des produits d'assurance LCA: elles prévoient des prestations pendant une durée déterminée, en plus des 30 indemnités prévues par le droit fédéral³⁸⁰. Elles sont financées par un prélèvement sur l'indemnité de chômage³⁸¹. Les indemnités versées en cas de maladie sont équivalentes aux indemnités de chômage. *D'autres cantons* encouragent simplement les chômeurs à conclure des polices d'assurances perte de gain auprès d'assureurs privés en participant au financement de la prime³⁸².

Ces initiatives ont le mérite d'éviter à l'assuré le recours à l'aide sociale et l'accélération de sa désintégration professionnelle, qui péjore la perspective d'un retour rapide à l'emploi. *Elles présentent toutefois l'inconvénient*, à l'instar des produits d'assurance décrits ci-dessus³⁸³, *de ne pas prévoir une prise en charge allant au-delà de l'octroi de moyens financiers*. Compte tenu du fait qu'une personne au chômage est déjà fragilisée sur le marché de l'emploi, il est impératif que même malade, surtout si la maladie se prolonge, elle puisse bénéficier d'un accompagnement afin de préparer son retour à l'emploi.

De ces initiatives, il faut toutefois retenir deux choses essentielles:

- *premièrement*, elles traduisent un besoin et témoignent du souci des cantons de ne pas voir les cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie alourdir le budget de l'assistance publique;

zungsleistungen im Rahmen der AHI-Vorsorge, in: SZS 2011, p. 265 ss, p. 267 ss). Cf. également note 25.

377 LACI; RS 837.0.

378 Mais au maximum 44 indemnités journalières pendant la durée du délai-cadre de deux ans (cf. art. 28 al. 1 LACI).

379 En Suisse romande, c'est le cas des cantons de Genève (Prestations cantonales en cas de maladie, PCM. Cf. art. 8 ss LMC, RS-GE J 2 20) et de Vaud (assurance perte de gain maladie pour les bénéficiaires d'indemnités de chômage, APM. Cf. art. 19a ss LEmp, RS-VD 822).

380 Au maximum 270 indemnités journalières dans le canton de Genève, mais à concurrence toutefois du droit aux indemnités de chômage (art. 15 LMC-GE); nombre variable, en fonction de la durée du droit aux indemnités de chômage (art. 19h al. 4 LEmp-VD).

381 3% dans le canton de Genève, 2% dans le canton de Vaud.

382 C'est le cas des cantons de Fribourg et de Neuchâtel.

383 Cf. C/I/2.

- *deuxièmement*, elles démontrent qu'il est possible, sans difficultés excessives, de créer une assurance perte de gain publique, à tout le moins s'agissant d'un mécanisme de compensation financière par le biais d'indemnités journalières.

III. Bilan et proposition

Le bilan de la couverture, en Suisse, de la perte de revenu en cas de maladie est en demi-teinte. *D'un côté, les possibilités de s'assurer existent.* De fait, la tendance générale, chez les employeurs, est d'assurer son personnel auprès d'un assureur LCA. Les indépendants, quant à eux, concluent également de telles polices³⁸⁴. *D'un autre côté*, l'efficacité de la protection est atténuée, premièrement parce que la couverture est principalement assurée par des sociétés à but commercial, qui recherchent – c'est normal – le profit économique avant la justice sociale. Le fait que l'activité des assureurs perte de gain privés ne soit ni unifiée, ni surveillée³⁸⁵ est générateur d'inégalités de traitement et d'une insécurité dont le coût social est élevé.

C'est aujourd'hui un fait établi que les situations pouvant donner lieu à une perte de travail ont augmenté et se sont complexifiées. En particulier, les *troubles de la santé mentale ont augmenté* dans des proportions importantes au cours de ces 20 dernières années, et représentent un *poids financier non négligeable*³⁸⁶. La stratégie actuelle de l'assurance-invalidité, consistant à exclure du droit aux prestations les personnes concernées en rejetant le modèle médical bio-psycho-social³⁸⁷ ou en durcissant les conditions d'accès aux prestations pour les maladies à forte composante psychogène³⁸⁸ représente, dans ce contexte, une bombe à retardement. En effet, les assurés laissés en marge du système n'ont, d'un point de vue réaliste, que peu de chances de réintégrer le marché de l'emploi.

Dans un rapport datant de janvier 2013³⁸⁹, *l'OCDE a pointé du doigt les insuffisances helvétiques*, tant en matière de prise en charge asséculologique qu'à l'égard du marché du travail, en matière de troubles mentaux. Elle a ainsi relevé

384 Il n'existe à ce jour pas de chiffre suffisamment fiable permettant de dire quel pourcentage de la population, respectivement des travailleurs, bénéficie d'une couverture d'assurance pour la perte de revenu consécutive à une maladie.

385 Au-delà de la surveillance générale exercée par la FINMA en application de la LSA.

386 Les dépenses liées aux problèmes de santé mentale occasionnent des coûts estimés à CHF 19 mia par an soit l'équivalent de 3,2% du PIB, en perte de productivité, soins médicaux et dépenses de sécurité sociale.

387 Le modèle médical dit bio-psycho-social est une approche théorique et pratique qui veut prendre en compte des facteurs psychologiques, sociaux et biologiques dans l'évaluation des pathologies. Elle s'oppose à une lecture exclusive via un modèle biomédical, psychologique ou antipsychiatrique.

388 Cf. B/I/2/a/bb.

389 OCDE (2014), Santé mentale et emploi: Suisse, Editions OCDE (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264205192-fr>).

qu'il importait «que l'action publique en matière de santé, de politique sociale et d'emploi mette davantage l'accent sur la santé mentale»³⁹⁰. Elle recommande notamment aux responsables suisses de renforcer la prévention des pertes de travail pour cause de maladie, de rapprocher l'assurance-invalidité du monde du travail, et de veiller à ce que le système de santé psychiatrique soit davantage axé sur la réinsertion³⁹¹. Elle relève finalement la difficulté de coordonner l'intervention des multiples acteurs, notamment du fait de l'intervention d'assureurs privés dont l'action n'est pas mue par la même logique.

Tous ces éléments nous amènent à plaider pour la *création d'une (nouvelle) assurance sociale*³⁹² *couvrant la perte de revenu en cas de maladie, de manière égalitaire pour tous les travailleurs*. A titre de variante, une couverture facultative pourrait être envisagée pour les travailleurs indépendants, seuls les travailleurs salariés étant obligatoirement assujettis. S'agissant des modalités de la couverture d'assurance, elle pourrait s'inspirer de la réglementation que l'on trouve dans la LAMal, mais aussi des produits développés par les assureurs privés, ou encore des assurances perte de gain cantonales pour les chômeurs.

Le risque couvert étant ici davantage la perte de revenu que la maladie en tant que telle, *cette nouvelle assurance sociale devrait être dissociée de la LAMal*, qui a pour objet principal le financement des soins de santé. *Elle devrait être incluse dans la conception d'un programme global de prévention de la chronicisation de la perte de travail et de retour à l'emploi*. Il faudrait ainsi y associer toutes les mesures prévues à cet effet dans le régime de l'assurance-invalidité (détection précoce, intervention précoce, mesures socio-professionnelles et toutes les mesures tendant au reclassement professionnel), mais aussi les mesures développées dans le cadre de l'assurance-chômage.

Toutes ces mesures devraient intervenir *beaucoup plus tôt qu'actuellement*, avec un programme précis de retour à l'emploi. Elles pourraient être accompagnées d'incitations financières aux employeurs pour, par exemple, encourager le maintien du poste de travail.

Finalement, pour éviter l'oreiller de paresse que pourrait représenter le bénéfice, pour l'assuré, de prestations financières versées par l'assureur social pendant une durée somme toute assez confortable (deux ans, si l'on se réfère aux solutions existant actuellement), on pourrait envisager des *indemnités journalières dégressives dans le temps*, ou encore un *mécanisme similaire à celui du gain intermédiaire dans l'assurance-chômage* pour l'assuré qui tenterait de reprendre un emploi salarié sans être assuré d'en avoir les capacités.

A notre sens, des réflexions dans ce sens doivent être engagées sans tarder, car même si le système tel qu'il existe aujourd'hui n'a peut-être pas encore, d'un point de vue sociétal, atteint ses limites, le risque existe, compte tenu de

390 Cf. résumé en ligne sur le site Internet de l'OCDE (<http://www.oecd.org>).

391 Cf. résumé en ligne sur le site Internet de l'OCDE (<http://www.oecd.org>).

392 Ce qui implique, notamment, un financement paritaire, voire tripartite.

l'évolution observée et décrite par l'OCDE, qu'il les atteigne à échéance plus ou moins brève. *La création d'une assurance sociale obligatoire pour couvrir la perte de revenu en cas de maladie a également été réclamée par l'Académie suisse des sciences humaines et sociales*, dans sa prise de position sur les orientations de la politique sociale en Suisse³⁹³.

Conclusion

Il n'existe, selon le Tribunal fédéral, «pas de principe général selon lequel l'Etat devrait assumer la prise en charge collective de l'ensemble des aléas de la vie, un régime social d'assurance n'étant matériellement pas à même de répondre à tous les risques et les besoins sociaux»³⁹⁴. Cette affirmation se vérifie par l'histoire et la structure du droit suisse des assurances sociales, qui s'est construit au gré des nécessités sociétales et politiques de *répondre aux besoins de sécurité des individus et, par réflexe, de la population dans son ensemble*. Nous devons ainsi aux deux guerres mondiales l'existence de prestations pour les veufs et les invalides, et à la crise économique des années 1970 une protection obligatoire pour les travailleurs contre le chômage.

Notre société doit aujourd'hui faire face à des défis d'un nouveau genre: la fragilisation de l'individu, la disparition de la cellule familiale comme première source de sécurité, la dépendance accrue du produit d'une activité économique, dans un contexte économique toujours plus tendu, est une réalité que l'on ne peut plus ignorer. Paradoxalement, le fait que l'épanouissement personnel soit aujourd'hui un objectif aussi important que la réalisation professionnelle accroît encore la pression qui s'exerce sur les sujets de droit. En d'autres termes, *assurer son bien-être subjectif est devenu aujourd'hui une exigence sociale objective*.

Cette nouvelle réalité sociale est génératrice de phénomènes que, pour l'instant, nous avons de la peine à appréhender. On peut en revanche d'ores et déjà se rendre compte, plus de dix ans après l'inauguration de la jurisprudence relative au caractère invalidant des troubles non objectivables, que cette évolution n'est pas un phénomène passager mais, au contraire, qu'elle marque aujourd'hui durablement notre société. Ce constat est validé par les très récents travaux de l'OCDE, que nous avons eu l'occasion d'évoquer. *Réfléchir à l'adaptation du droit des assurances sociales pour tenir compte de cette évolution est une étape importante*, si nous voulons qu'il reste en adéquation avec les besoins de la société dans laquelle il s'inscrit.

393 ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES, Positionspapier zur künftigen Ausgestaltung der Sozialpolitik, 2012 (disponible sur le site Internet de l'Académie: <http://www.sagw.ch>).

394 TF, arrêt 9C_400/2013 du 23 septembre 2013, c. 5.2.3.

Telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui par les assureurs privés, *l'assurance perte de gain ensuite de maladie ne comble pas les lacunes de protection pour les personnes les plus exposées*. Les revendications des assureurs de pouvoir pratiquer l'assurance de personne de manière aussi calibrée que les assurances sociales, sans accepter aucune des contraintes de la relation de droit public³⁹⁵, n'est pas de nature à rassurer.

Sur ce dernier point, le fait est que nous avons affaire à deux systèmes indemnitaires qui, bien qu'utilisant les mêmes techniques, reposent sur des fondements totalement différents. *On ne peut uniformiser les pratiques au nom d'une finalité commune sans fouler aux pieds la nature contractuelle de l'assurance privée*. A terme, cela conduirait à faire du contrat d'assurance un contrat à part, dont l'interprétation relèverait de principes codifiés dans la pratique administrative et qui s'imposerait à l'assuré nonobstant sa faculté de comprendre et de vouloir au moment de la conclusion du contrat. Plus absurde encore, cela reviendrait, à l'intérieur même du droit de l'assurance privée, à faire des contrats ayant pour objet l'assurance de personne des contrats à part, interprétés selon des règles différentes de celles que l'on appliquerait aux autres contrats. Il en résulterait un morcellement du droit de l'assurance privée, qui n'est pas justifiable.

Les conséquences d'une uniformisation des pratiques seraient les mêmes pour le droit de la responsabilité civile, au prix de la cohérence de ce régime d'indemnisation. Non pas que le droit de l'assurance privée et celui de la responsabilité civile ne puissent évoluer, mais l'évolution doit alors pouvoir se faire dans le respect de leur nature et de leurs fondements. *Il n'existe pas d'intérêt prépondérant à ce que tant l'un que l'autre voient leur essence bouleversée par le morcellement décrit ci-dessus*. Au moment de penser la révision totale de la LCA, la commission d'experts s'était inscrite dans cette ligne.

Au croisement des chemins, *les règles de coordination* font leur office pour éviter les avantages jugés socialement inacceptables. Si quelques aspérités doivent encore être limées, elles permettent aux trois régimes d'indemnisation de former un ensemble cohérent.

395 Nous pensons aux garanties constitutionnelles, mais aussi à l'absence de contrôle abstrait des CGA, alors que la législation en matière d'assurances sociales peut être influencée par le biais de référendum ou d'initiatives.