

Fondation Ombudsman de l'assurance privée
et de la suva
M. Martin Lorenzon, avocat
Ombudsman
In Gassen 14
Case postale 1063
8024 Zurich

Meggen, le 23 avril 2020

Fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la suva / exclusions de couverture en cas de pandémie ; avis de droit

Monsieur,

Je me réfère à vos e-mails des 4 et 17 avril 2020 contenant une sélection de clauses d'assurance et aux questions que vous m'avez soumises pour examen. Dans l'intervalle, j'ai étudié les documents en question et procédé aux analyses juridiques requises, ce qui me permet d'apporter à vos questions les réponses suivantes :

Management Summary

1. L'**épidémie** est définie comme l'apparition massive, le plus souvent limitée localement et dans le temps, d'une maladie infectieuse. Une **pandémie** décrit quant à elle la propagation dans plusieurs pays, voire plusieurs continents, d'une maladie infectieuse déterminée.

2. Le **terme général** est celui d'**épidémie**, la pandémie n'est qu'un cas particulier d'épidémie. En vertu de la loi sur les épidémies (LEp), l'apparition d'une maladie transmissible qui menace la santé de la population en Suisse en raison de sa propagation est toujours (uniquement) une épidémie. **Il n'existe pas de « pandémie nationale ».**

3. Le fait que **le directeur général de l'OMS constate** qu'une maladie infectieuse donnée constitue une pandémie n'a **aucune conséquence juridique** en Suisse. Les **phases définies par l'OMS** sont importantes surtout au niveau global et ne **déclenchent pas automatiquement des mesures en Suisse.**

4. Seul le fait que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) constate la présence d'une « **urgence sanitaire de portée internationale** » déploie des conséquences juridiques en Suisse. En

vertu de l'**art. 6, al. 1, let. b LEp**, ce constat permet de présumer l'existence d'une situation particulière en Suisse, à condition toutefois que cette urgence sanitaire (internationale) **menace la santé de la population** (également) **en Suisse**, ce qui relève de la libre appréciation des autorités suisses.

Le fait que l'OMS estime qu'une urgence de santé publique de portée internationale s'est ensuite transformée (au plan international) en **pandémie** n'a **aucune conséquence** sur la situation juridique en Suisse.

5. Par ailleurs, il est difficile de saisir pourquoi la **cause de l'épidémie** devrait avoir une quelconque importance pour la couverture de ses conséquences en Suisse. Le fait que le pays se retrouve à l'arrêt à cause d'un « *agent pathogène indigène* » ou suite à l'importation, ou à la crainte de l'importation d'un « *agent pathogène étranger* », **ne saurait avoir la moindre importance quant aux coûts engendrés par une interruption de l'exploitation.**

6. L'**hypothèse** selon laquelle, au cours d'une certaine période, l'événement dommageable ne touchera qu'une partie des personnes assurées contre le risque d'épidémie, de sorte que les cotisations des membres de la communauté de risque suffisent à couvrir le dommage subi par certains de ses membres (principe de mutualisation), s'avère **fausse** dans le cas du Covid-19. Étant donnée l'impossibilité de calculer de manière relativement fiable les conséquences financières par manque de statistiques, assurer des entreprises contre les conséquences d'épidémies constitue une réelle **entreprise téméraire.**

7. À défaut d'une législation spéciale relative aux CG, la jurisprudence et la doctrine suisses examinent la validité de ces conditions principalement d'après les dispositions du code des obligations. En application des principes pertinents du droit des contrats, le contrôle des CG recourt en pratique aux instruments suivants : le **contrôle d'incorporation** (*Konsenskontrolle*), le **contrôle de clarté** (*Auslegungskontrolle*) et le **contrôle (ouvert) de validité** (*Gültigkeitskontrolle*), que le Tribunal fédéral n'a pas encore approuvé. À ces instruments s'est ajouté récemment le **contrôle matériel** (*Inhaltskontrolle*) **ouvert, au regard du droit de la concurrence déloyale.**¹

Les **conditions générales d'assurance** sont **également** soumises à ce contrôle. S'ajoute à ceci la règle de l'**art. 33 LCA**, en vertu de laquelle les exclusions ne sont valides que si elles sont formulées « *d'une manière précise, non équivoque* ». Si le contrôle de clarté d'une clause révèle que cette condition n'est pas remplie, l'exclusion ne déploie pas d'effets.

8. Le fait d'**exclure** de la couverture les « *épidémies et les pandémies* » devrait être valide. En revanche, l'exclusion des dommages « *résultant d'agents pathogènes pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale* » s'avère insolite dans le cadre du contrôle d'incorporation. En conséquence, elle ne devient pas partie intégrante du contrat d'assurance par le mécanisme de l'incorporation globale des CGA. En outre, le contrôle de clarté permet de constater qu'elle n'est pas formulée « *d'une manière précise, non équivoque* » comme l'exige l'art. 33 LCA.

¹ Ndlr : La terminologie spécifique aux conditions générales utilisée dans la présente traduction s'inspire notamment des ouvrages suivants : François Bohnet Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012 ; Nicolas Rouiller, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne 2007, p. 219 s. ; Vincent Brulhart, Droit des assurances privées, Berne 2017.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Faits : déclarations de l'OMS et mesures du Conseil fédéral.....	4
II.	Appréciation juridique	5
A.	Introduction : épidémie et pandémie, la situation juridique.....	5
B.	Effets de la distinction entre épidémie et pandémie en droit des assurances	10
1.	Introduction	10
2.	Exclusions de risque en cas de pandémie	11
3.	Assurance des suites d'une interruption de l'exploitation en raison d'une épidémie, considérée comme une entreprise téméraire	13
4.	Suite de l'analyse.....	16
C.	Étendue et exclusion de la couverture du risque.....	16
1.	Introduction	16
2.	Contrôle des conditions générales d'assurance.....	17
a)	Introduction.....	17
b)	Contrôle d'incorporation	19
(1)	Introduction	19
(2)	Règle de l'insolite	20
c)	Contrôle de clarté	21
(1)	Généralités.....	21
(2)	Règle des clauses ambiguës	22
d)	Contrôle de validité.....	23
e)	Contrôle matériel global	23
3.	Résultat intermédiaire et méthode d'examen	25
III.	Réponses aux questions / appréciation des clauses de couverture et d'exclusion.....	26
A.	Assurance voyage	26
1.	Exclusion de couverture pour épidémies, pandémies, catastrophes naturelles, etc.....	26
2.	Couverture pour les conséquences des pandémies / pas d'exclusion de couverture pour les pandémies	27
3.	Couverture en cas d'épidémies (uniquement) au lieu de destination du voyage.....	27
4.	Couverture uniquement lorsque le voyage est irréalizable en raison des recommandations des autorités suisses	29
B.	Assurance d'interruption de l'exploitation	30
1.	Exclusion des dommages résultant d'agents pathogènes pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale	30
2.	Exclusion uniquement pour la « grippe », mais pas pour l'« épidémie » ou la « pandémie »	34
3.	Couverture de l'interruption d'exploitation pour cause d'épidémie : la pandémie est-elle aussi assurée ?	36
C.	Questions concernant les conditions de couverture	36
1.	Introduction	36
2.	Réponse aux questions	37
a)	Restriction de la couverture à des infections au sein de l'entreprise assurée.....	37
b)	Application de l'assurance épidémie à la perte de recettes d'un organisateur de manifestations	38
c)	Couverture restreinte aux maladies à déclaration obligatoire ?	39
d)	Condition d'une mesure ordonnée par une autorité	40
e)	Restriction dans le temps.....	41
f)	Conséquences d'une interdiction individuelle de travailler	41
g)	Restriction de la couverture à des infections partant de l'entreprise assurée.....	42
h)	Mise en danger par des denrées alimentaires et des objets usuels et biens de consommation.....	42

I. Faits : déclarations de l'OMS et mesures du Conseil fédéral

1. Le **31 janvier 2020**, le directeur général de l'**Organisation mondiale de la santé** (OMS) déclare que la flambée de coronavirus (COVID-19) constitue une « **urgence de santé publique internationale** ».

2. Le **28 février 2020**, le **Conseil fédéral** suisse arrête l'**ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)** (RS 818.101.24) et prononce son entrée en vigueur le même jour. Afin de prévenir ou endiguer la propagation du coronavirus (COVID-19) en Suisse, de réduire la fréquence des transmissions, interrompre les chaînes de transmission et éviter ou endiguer des foyers locaux et de protéger les personnes particulièrement vulnérables ainsi que celles présentant un risque accru de complications (art. 1 O-COVID-19), il interdit d'organiser en Suisse des manifestations publiques ou privées accueillant plus de 1000 personnes simultanément (art. 2, al. 1 O-COVID-19). Lors de manifestations publiques ou privées accueillant moins de 1000 personnes, le Conseil fédéral impose aux organisateurs d'évaluer, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, les risques pour déterminer s'ils pouvaient ou non organiser la manifestation (art. 2, al. 2 O-COVID-19).

3. Le **11 mars 2020**, le directeur général de l'**OMS** qualifie la propagation du nouveau **coronavirus** de pandémie.

4. a) Le **13 mars 2020**, le Conseil fédéral arrête l'**ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)** (O2 COVID-19) (RS 818.101.24) et abroge l'Ordonnance du 28 février 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19). Dans cette ordonnance, il interdit les **activités présentielles dans les écoles**, les hautes écoles et les autres établissements de formation (art. 5 O2-COVID-19). Il interdit en outre les **manifestations publiques ou privées** accueillant simultanément **100 personnes ou plus** (art. 6, al. 1 O2-COVID-19). Les manifestations de moins de 100 personnes sont autorisées à condition que des mesures de prévention déterminées soient respectées (art. 6, al. 2 O2-COVID-19). Les **restaurants et les bars** ainsi que les discothèques et les boîtes de nuit ne peuvent pas accueillir **simultanément plus de 50 personnes**, personnel inclus. Les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique concernant l'hygiène et les distances à garder doivent être appliquées (art. 6, al. 4 O2-COVID-19).

b) Le **17 mars 2020** déjà, il arrête une version complétée de l'Ordonnance 2 COVID-19. Celle-ci impose pour la première fois des **restrictions du trafic frontalier** (art. 2 ss O2-COVID-19). Le Conseil fédéral introduit en outre une interdiction **générale** des **manifestations publiques ou privées**, y compris les manifestations sportives et les activités associatives (art. 6, al. 1 O2-COVID-19). Les **établissements publics** sont **fermés**, à l'exception de certains établissements de première nécessité (p. ex. magasins d'alimentation, pharmacies, drogueries et magasins vendant des moyens auxiliaires médicaux, etc.) (art. 6, al. 2 et 3 O2-COVID-19). Enfin, les **personnes vulnérables** sont appelées à rester chez elles et à éviter les regroupements de personnes (art. 10b O2-COVID-19). Les employés vulnérables doivent remplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile. Si ce n'est pas possible, l'employeur a l'obligation de les dispenser, avec maintien du paiement de leur salaire.

c) L'ordonnance 2 COVID-19 est encore complétée et modifiée en dates des 19, 21, 25, 26 et 28 mars 2020 et 2, 4, 9 et 16 avril 2020 par d'autres mesures, parfois également par des assouplissements.

Les **mesures vraiment strictes**, affectant l'ensemble de l'économie, ont été prises dans l'ordonnance du **17 mars 2020** ; elles resteront en vigueur jusqu'au 27 avril 2020. À partir du 27 avril 2020, les hôpitaux pourront à nouveau effectuer toutes les interventions et certaines branches pourront reprendre leur activité, en respectant certaines conditions.

II. Appréciation juridique

A. Introduction : épidémie et pandémie, la situation juridique

5. La réalisation de la présente analyse impose de clarifier en premier lieu la signification des termes « épidémie » et « pandémie » ainsi que les conséquences (juridiques) éventuelles de ces définitions sur la situation en Suisse.

L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) définit l'**épidémie** comme l'apparition **massive, le plus souvent limitée localement et dans le temps, d'une maladie infectieuse**. En Suisse, la grippe, la borréliose (maladie de Lyme) et l'encéphalite à tiques (méningo-encéphalite verno-estivale FSME) sont des épidémies saisonnières ; d'autres épidémies, concentrées surtout dans des régions à dominante urbaine, sont notamment les maladies sexuellement transmissibles. Une **pandémie** décrit la propagation **dans plusieurs pays, voire plusieurs continents**, d'une maladie infectieuse déterminée, susceptible de mettre en danger une grande partie de la population mondiale. Il s'agit principalement des pandémies de grippe engendrées par les virus influenza et pouvant survenir à tout moment. Le sida est lui aussi fréquemment identifié comme une pandémie.²

6. a) Le **28 septembre 2012**, L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse a adopté la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (**loi sur les épidémies**, LEp). Cette loi règle la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles et prévoit les mesures nécessaires à cet effet (art. 1 LEp).

b) La loi sur les épidémies (LEp) du 28 septembre 2012 constitue une révision totale de la **loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme**.³ En effet, de l'avis du Conseil fédéral, depuis l'édiction de la loi du 18 décembre 1970, les conditions de vie et d'environnement, mais aussi les stratégies et les mesures de prévention, de contrôle et de lutte contre les maladies transmissibles ont connu de profonds changements. Les évolutions enregistrées au cours des 30 années précédentes ont montré que ces stratégies et les dispositions légales existantes ne répondaient plus aux exigences actuelles.⁴ La **nécessité de réviser** la LEp est devenue de plus en plus flagrante dans les années 90, notamment avec la propagation à l'échelle mondiale du VIH/sida. La menace pour la santé publique qu'a constituée en 2003 l'apparition du SRAS a nettement

² <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien.html> (consulté le 15 avril 2020).

³ Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 3 décembre 2010, FF 2011, 291, 308 ss.

⁴ Message (nbp 2), 310.

révélé les lacunes de la loi en vigueur lorsqu'il s'agissait de combattre, en situation d'urgence épidémiologique, des maladies émergentes dont la vitesse de propagation était très rapide.⁵

Le Conseil fédéral poursuit en expliquant que les nouvelles bases légales doivent en particulier régler la maîtrise des situations particulières et extraordinaires (gestion des crises). Afin d'éviter tout conflit de compétences entre la Confédération et les cantons, la loi doit établir les critères déterminant l'apparition de situations particulières ou extraordinaires (crises) et définir les compétences conférées au Conseil fédéral en pareil cas. Il y a en outre lieu de renforcer le pouvoir de conduite de la Confédération pour gérer ce type de situations.⁶

7. a) Selon l'art. 6, al. 1, let. a LEp, il y a **situation particulière** lorsque « *les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe l'un des risques suivants* » : (1.) « *un risque élevé d'infection et de propagation* », (2.) « *un risque spécifique pour la santé publique* » ou (3.) « *un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux* ».

Les critères cités à l'art. 6, al. 1, let. a LEp (1-3) sont non cumulatifs. De l'avis du Conseil fédéral, ces trois occurrences englobent l'ensemble des principaux **dangers pour la santé publique** requérant une intervention de la Confédération.⁷

b) aa) Il y a en outre situation particulière lorsque « *l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une **urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population** en Suisse* » (art. 6, al. 1, let. b LEp).

bb) L'art. 6, al. 1, let. b LEp constitue un motif spécial pour l'existence d'une situation particulière. Dans son Message, le Conseil fédéral explique que conformément au Règlement Sanitaire International (RSI, RS 0.818.103), il appartient au **directeur général de l'OMS** de déterminer si un événement constitue une urgence de santé publique de portée internationale. Pour ce faire, il travaille étroitement avec les États Parties concernés et tient compte de l'avis du Comité d'urgence institué dans le cadre du RSI. L'existence d'une telle situation est établie de manière restrictive sur la base de critères bien définis. Elle **n'oblige pas automatiquement à ordonner des mesures [en Suisse]**.⁸

cc) C'est pourquoi l'art. 6, al. 1, let. b LEp exige en outre que l'urgence sanitaire de portée internationale constatée par le directeur général de l'OMS **menace** « *la **santé de la population en Suisse*** ».

En effet, le Plan suisse de pandémie Influenza l'affirme aussi : (mise en évidence par mes soins) : « *Les **phases définies par l'OMS** sont importantes surtout au niveau global et ne **déclenchent donc pas automatiquement des mesures en Suisse**. Le Plan suisse de pandémie Influenza est compatible avec les lignes directrices de l'OMS. [...] Dans tous les cas, les stratégies et les mesures en Suisse se fondent sur l'**évaluation nationale du danger potentiel***.⁹

⁵ Message (nbp 2), 311.

⁶ Message (nbp 2), 311.

⁷ Message (nbp 2), 345.

⁸ Message (nbp 2), 345.

⁹ Plan suisse de pandémie Influenza, Stratégies et mesures pour la préparation à une pandémie d'Influenza, 5^e édition, Berne 2018, 11.

c) Dans l'explication de l'art. 6, al. 1, let. b LEp, le Message renvoie à l'art. 12 RSI.¹⁰ Il s'agit du **Règlement sanitaire international** (2005), adopté par la Cinquante-huitième Assemblée mondiale de la Santé le 23 mai 2005 et entré en vigueur pour la Suisse le 15 juin 2007 (RS 0.818.103). En vertu de l'art. 12, al. 1 RSI, Le Directeur général détermine, sur la base des informations qu'il reçoit, en particulier de l'État Partie sur le territoire duquel un événement se produit, si un événement constitue une « **urgence de santé publique de portée internationale** » au regard des critères et de la procédure énoncés dans le Règlement. Ceci selon une procédure (complexe) définie à l'art. 12, al. 2-4.

Dans le cas présent, l'**OMS** a qualifié la flambée de coronavirus (Covid-19) comme une « **urgence de santé publique internationale** » en date du **31 janvier 2020**.¹¹ Sur cette base et celle de l'art. 6, al. 1, let. b LEp, le Conseil fédéral n'a toutefois arrêté l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) que le 28 février 2020.

8. a) **Pour résumer**, force est de constater que, bien que l'OFSP fasse la distinction entre épidémie et pandémie et publie des informations à ce sujet, la **LEp** ne **définit ni la notion d'épidémie, ni celle de pandémie**. Les notions définies sont notamment celles de « *maladie transmissible* » (art. 3, let. a LEp)¹² et d'*agent pathogène* » (art. 3, let. c LEp).¹³

b) Force est aussi de constater que le fait que l'**OMS** qualifie une situation d'*urgence de santé publique de portée internationale* » n'a, **en soi, aucune conséquence sur la situation juridique en Suisse**, du moins du point de vue juridique.

Le seul fait déterminant est que cette urgence (internationale) **menace la santé de la population en Suisse** en raison d'une maladie transmissible au sens de l'art. 2 LEp, à savoir une « *maladie causée par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques et pouvant être transmise à l'être humain* » (art. 3, let. a LEp), ce qui relève de la libre appréciation du Conseil fédéral. Il n'en va pas autrement de la **déclaration de pandémie** par le directeur général de l'OMS. Les phases définies par l'OMS sont importantes surtout au niveau global et ne déclenchent donc pas automatiquement des mesures en Suisse.¹⁴ Seules les conséquences sur la Suisse sont déterminantes pour évaluer la situation en Suisse.

c) Ceci est logique dans la mesure où la **LEp** a pour seul but de prévenir et de combattre **l'apparition et la propagation des maladies transmissibles en Suisse** ; par ailleurs, en vertu du principe de territorialité, qui impose une limitation géographique de principe à l'application du droit national, elle ne saurait viser ces buts à l'étranger.

C'est aussi un but de prévention que vise le (seul) lien établi entre la situation juridique en Suisse et la situation (de santé publique) à l'étranger, établi par l'art. 6, al. 1, let. b LEp. Selon cette disposition, il y a « *situation particulière* » lorsque « *l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale* », mais uniquement si celle-ci menace « *la santé de la population en Suisse* ». En présence d'une urgence de santé publique de

¹⁰ Message (nbp 2), 345.

¹¹ <http://www.euro.who.int/fr/health-topics/health-emergencies/pages/news/news/2020/01/2019-ncov-outbreak-is-an-emergency-of-international-concern> (consulté le 7 avril 2020).

¹² Une « maladie transmissible » est définie comme une « maladie causée par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques et pouvant être transmise à l'être humain ».

¹³ Un « agent pathogène » est un « organisme naturel ou génétiquement modifié (p. ex. virus, bactérie, champignon, protozoaire ou autre parasite), une substance (p. ex. prion, toxine) ou du matériel génétique pouvant provoquer ou aggraver une maladie transmissible ».

¹⁴ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 11.

portée internationale, le Conseil fédéral pourrait donc déjà prendre des mesures avant la propagation de la maladie infectieuse en Suisse afin de préserver la santé publique dans le pays.

d) Par conséquent, en vertu de la **loi sur les épidémies**, l'apparition d'une **maladie transmissible** qui menace la santé de la population **en Suisse** en raison de sa propagation est **toujours (uniquement) une épidémie**. Ceci est aussi conforme à la définition scientifique de l'épidémie comme une maladie infectieuse qui se propage à une échelle régionale (voir ch. 13. ci-dessous pour la définition scientifique de l'épidémie et de la pandémie).

Le fait que la **cause** d'une épidémie en Suisse puisse être une **épidémie apparue dans un autre pays** (p. ex. en Chine) qui est devenue une pandémie et menace la santé de la population en Suisse, n'y change rien.

9. a) aa) De même, que la situation soit qualifiée d'épidémie ou de pandémie n'a aucun impact sur les **mesures** que peut ordonner le **Conseil fédéral**. En vertu de l'art. 6, al. 2 LEp, en présence d'une **situation particulière**, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons : (a.) ordonner des mesures visant des individus, (b.) ordonner des mesures visant la population, (c.) astreindre les médecins et d'autres professionnels de la santé à participer à la lutte contre les maladies transmissibles et (d.) déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités.

bb) Dans le cas présent, en vertu de l'art. 6, al. 2, let. b LEp, le Conseil fédéral a arrêté **l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 28 février 2020**, imposant entre autres une interdiction d'organiser en Suisse des manifestations publiques ou privées accueillant plus de 1000 personnes simultanément.

b) aa) En vertu de l'art. 7 LEp, si une **situation extraordinaire** l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

De l'avis du Conseil fédéral, le régime de l'art. 7 LEp correspond à la compétence dévolue en cas d'urgence au Conseil fédéral à l'art. 10 aLEp. Il s'agit d'une disposition de nature déclaratoire, réitérant, au niveau de la loi, la **compétence constitutionnelle que confère l'art. 185, al. 3 Cst.¹⁵ au Conseil fédéral** d'édicter, en cas de situation extraordinaire, des ordonnances d'urgence qui ne se fondent pas sur une loi fédérale.¹⁶

Selon le Conseil fédéral, dans le domaine des maladies transmissibles, rien ne permet d'exclure que ne surviennent à l'avenir des menaces aiguës pour la santé publique qui ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique dans la loi. Sachant qu'il est alors important de pouvoir intervenir au plus vite et de manière ciblée, le droit d'urgence prévu par la Constitution fédérale permet au Conseil fédéral d'arrêter rapidement les mesures appropriées à chaque cas spécifique en cas de troubles imprévisibles graves, existants ou imminents, menaçant l'ordre public ou la sécurité intérieure. Contrairement à la situation particulière (art. 6 LEp), il n'est donc pas possible de définir la situation extraordinaire dans le détail au niveau de la loi.¹⁷

¹⁵ Le Conseil fédéral « peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps. »

¹⁶ Message (nbp 2), 346.

¹⁷ Message (nbp 2), 346.

bb) En vertu des art. 184, al. 3 Cst. (relations avec l'étranger) et 185, al. 3 Cst. (sécurité extérieure et intérieure) et des art. 6, al. 2, let. b, 41, al. 1 et 77, al. 3 LEp, le Conseil fédéral a arrêté le **13 mars 2020 l'ordonnance 2 COVID-19**, dans laquelle il prenait entre autres des mesures visant à restreindre l'entrée en Suisse de personnes en provenance de pays ou de régions à risque (art. 2 s.) et interdisait les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément 100 personnes ou plus (art. 6).

Comme indiqué, le Conseil fédéral continuait de fonder ces prescriptions sur l'**art. 6, al. 2, let. b LEp (situation particulière)**, bien que le directeur général de l'OMS ait, dans sa déclaration du 11 mars 2020, qualifié la situation de pandémie. À ce moment-là, l'unique **pays à risque** identifié par le Conseil fédéral était l'Italie (Annexe, art. 2, al. 2).

cc) **L'ordonnance 2 COVID-19**, dans sa **version du 16 mars 2020**, était elle aussi fondée sur l'**art. 6, al. 2, let. b LEp** (entre autres). Dans cette ordonnance, le Conseil fédéral interdisait entre autres les activités présentiellees dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formations (art. 5, al. 1) et le fait d'accueillir simultanément plus de 50 personnes, personnel inclus, dans les restaurants et les bars ainsi que les discothèques et les boîtes de nuit (art. 6, al. 4). L'Italie restait l'unique **pays à risque** identifié par le Conseil fédéral (Annexe, art. 2, al. 2).

dd) Ce n'est que l'**ordonnance 2 COVID-19** dans sa **version du 17 mars 2020** qui se fondait, pour la première fois, sur l'**art. 7 LEp (situation extraordinaire)**. Dans cette ordonnance, le Conseil fédéral interdisait notamment toutes les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives (art. 6, al. 1) et fermait entre autres les magasins et les marchés, les restaurants, les bars et les discothèques (art. 6, al. 2).

Il comptait désormais parmi les **pays à risque** l'Allemagne, la France, l'Italie et l'Autriche (Annexe selon art. 2, al. 2). Toutes les ordonnances suivantes se fondent, entre autres, sur l'art. 7 LEp (situation extraordinaire).

c) Par ailleurs, la chronologie de l'ordonnance coronavirus (COVID-19) du 28 février 2020 et des ordonnances 2 COVID-19 arrêtées à partir du 13 mars 2020 ne révèle **aucune relation entre la déclaration de pandémie par le directeur général de l'OMS** du 11 mars 2020 et les **mesures prises par le Conseil fédéral**. Au contraire, ces dernières semblent avoir été adoptées en vertu de l'art. 6, al. 2, let. b LEp, exclusivement eu égard à la menace pesant sur la santé de la population suisse en raison de l'urgence de santé publique, c'est-à-dire **de manière tout à fait autonome**.

Ceci se révèle aussi par le nombre de pays identifiés comme pays à risque dans l'annexe selon l'art. 2, al. 2. En effet, les pays ou régions en question sont ceux dans lesquels les autorités ont ordonné des mesures extraordinaires afin de lutter contre l'épidémie de COVID-19 (art. 2, al. 2).

B. Effets de la distinction entre épidémie et pandémie en droit des assurances

1. Introduction

10. Comme HEISS/MÖNNICH l'expliquent à raison, l'**objet d'une assurance** est « toujours un **risque** ou un **danger**, soit un évènement dont la survenue est possible, mais incertaine. C'est cette incertitude que doit prendre en charge l'assureur. Le risque, ou plutôt les conséquences financières de celui-ci, sont transférées de l'assuré à l'assureur. [...] L'incertitude prise en charge par l'assureur porte typiquement sur la survenue de l'évènement déclencheur de l'obligation de prestation de l'assureur, ou sur le moment de sa survenue (*incertus an* ou *incertus quando* [...]) ».¹⁸

Dans ce contexte, MAURER parle de **risque assuré**. Il s'agit de la situation pour laquelle le contrat d'assurance garantit la couverture d'assurance (accident, responsabilité civile, etc.). Au moment de la conclusion du contrat, il faut qu'il existe un doute quant au fait que cette situation se réalise un jour, ou à tout le moins quant au moment où cela se produira. Par exemple, il n'est pas certain que la maison assurée contre l'incendie prenne feu, que le preneur d'une assurance responsabilité civile engage sa responsabilité ou qu'une personne assurée contre les accidents subisse un accident.¹⁹

11. a) Comme l'explique WEBER, afin de pouvoir réaliser cette **fonction protectrice pécuniaire**, l'assurance recourt à une **technique** que l'on pourrait résumer, en simplifiant considérablement, en affirmant que la réalisation du risque redouté est répartie sur l'ensemble des personnes assurées contre ce risque. Étant donné qu'au cours d'une période déterminée, les événements dommageables ne toucheront qu'une partie de ces personnes, les cotisations des membres de la communauté de risque suffisent à couvrir le dommage subi par certains de ses membres (principe de mutualisation). Afin de pouvoir déterminer le montant de ces cotisations (les primes), l'assureur doit établir des statistiques à partir des chiffres du passé et calculer la probabilité qu'a le risque assuré de se réaliser sur une période donnée. Les variations dues au hasard peuvent être exclues, pour autant que l'étude ait pu porter sur un nombre suffisamment important de cas et de personnes. Une série de données suffisamment conséquente est la condition d'application de la loi des grands nombres, qui permet à l'assurance de juguler le hasard.²⁰

b) La **prévisibilité** des **conséquences financières** possibles de la réalisation du risque redouté, la fixation de primes de risque adéquates et la possibilité de répartir les coûts entre les individus de la communauté de risque concernée ne sont certes **pas des conditions de validité du contrat d'assurance**. L'assureur reste lié par le contrat, quand bien même il aurait erré dans ses calculs par manque de données et en subirait de lourdes conséquences financières.

¹⁸ HEISS/MÖNNICH, Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, Bâle 2013, n° 15 s. ad art. 2, traduction libre du texte original : « immer ein Risiko oder eine Gefahr, also ein Ereignis, dessen Eintritt möglich, aber ungewiss ist. Diese Ungewissheit muss vom Versicherer übernommen werden. Das Risiko bzw. dessen finanzielle Folgen werden vom Versicherten auf den Versicherer verlagert. [...] Die vom Versicherer übernommene Ungewissheit besteht typischerweise darin, ob oder wann das Ereignis eintritt (*incertus an* oder *incertus quando* [...]), welches die Leistungspflicht des Versicherers auslöst.»

¹⁹ MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1995, p. 242 ; voir aussi LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht in a nutshell, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2018, p. 2.

²⁰ WEBER, Privatversicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2^e éd., Bâle 2015, n° 4.2.

2. Exclusions de risque en cas de pandémie

12. a) Dans un contrat d'assurance (voir à ce sujet les développements détaillés ci-dessous), une **clause d'exclusion** vise à exclure de la couverture un risque en soi couvert. MAURER prend l'exemple des CGA de l'assurance-accidents (privée), qui commencent en général par définir abstraitement la notion d'accident pour ensuite exclure certains accidents, p. ex. ceux survenus lors d'un saut en parachute.²¹ Il est aussi envisageable d'exclure la couverture pour certains comportements, par exemple les entreprises téméraires et les risques extraordinaires, les dommages en cas de crimes et délits, etc.²²

b) Ainsi, l'exclusion consiste en le fait d'**exclure certaines causes** générant la réalisation de l'événement dommageable. Si ce dernier intervient à la suite d'une cause non couverte, l'assureur n'est pas tenu de fournir ses prestations, quand bien même le risque serait couvert par ailleurs.

13. a) Comme je l'ai expliqué ci-dessus, l'épidémie²³ est définie comme l'apparition massive, le plus souvent limitée localement et dans le temps, d'une maladie infectieuse. Une pandémie décrit quant à elle la propagation dans plusieurs pays, voire plusieurs continents, d'une maladie infectieuse déterminée. Le **terme général** est celui d'**épidémie**, la pandémie n'étant qu'un cas particulier d'épidémie. Une maladie est épidémique lorsque, au sein d'une population donnée, des infections touchent en peu de temps un plus grand nombre de personnes que d'habitude, ce qui peut être dû notamment à une contagion rapide et directe entre personnes.²⁴

b) Le Roche Lexikon Medizin²⁵ définit la pandémie comme « *une épidémie qui s'étend à de vastes régions d'un pays ou d'un continent* ». Le **risque** (assuré) est dès lors l'**épidémie**, qui se transforme en pandémie par son expansion.²⁶ SLONCZEWSKI/Foster **l'expriment quant à eux ainsi** : « *Une pandémie est une épidémie qui se propage sur une vaste région géographique, en règle générale dans le monde entier* ». Et finalement l'ouvrage « Topley & Wilson's Microbiology & Microbial Infections » fournit la définition suivante : « *une infection qui réside en permanence au sein d'une population est dite ENDÉMIQUE ; si l'incidence dépasse le niveau endémique, on parle d'ÉPIDÉMIE et, lorsque l'ÉPIDÉMIE touche le monde entier, d'une PANDÉMIE* ». ²⁷

Il faut donc se demander si la pandémie constitue effectivement un risque spécial, distinct du risque assuré qu'est l'épidémie.

14. a) Selon mon appréciation, le **problème** réside dans le fait qu'une **pandémie naît toujours d'une épidémie**, l'inverse n'étant pas nécessairement vrai. Le nouveau coronavirus en est un

²¹ MAURER (nbp 18), p. 245.

²² SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Berne 2007, § 18 n° 63.

²³ Les informations suivantes concernant les questions scientifiques m'ont été communiquées par prof. Dr. phil. II Gabriela Pfyffer von Altshofen. Jusqu'à il y a quatre ans, elle était microbiologiste en chef à l'Institut de microbiologie médicale de l'université de Zurich, directrice du centre de biologie médicale, présidente du Département Institut et membre de la direction de l'Hôpital cantonal de Lucerne, professeure titulaire de microbiologie médicale à la faculté de médecine de l'université de Zurich et chargée de cours en microbiologie médicale à l'école polytechnique fédérale (EPF) de Zurich.

²⁴ SLONCZEWSKI/FOSTER, Mikrobiologie, Eine Wissenschaft mit Zukunft, 2^e éd., traduit de l'anglais vers l'allemand par Hilbig/Jarosch/Seidler/Werner, Berlin, Heidelberg 2012, p. 1268.

²⁵ Roche Lexikon Medizin (lexique de médecine Roche), 5^e éd., Munich, Vienne, Baltimore 2006, traduction libre du texte original : « *auf grosse Gebiete eines Landes oder Ernteils übergreifende Epidemie definiert* ».

²⁶ SLONCZEWSKI/FOSTER (nbp 23), p. 1269, traduction libre du texte original : « *Eine Pandemie ist eine Epidemie, die sich über ein grosses geografisches Gebiet ausbreitet, im Allgemeinen über die ganze Welt* ».

²⁷ Topley & Wilson's Microbiology & Microbial Infections, 10^e éd., 2006, p. 310, traduction libre du texte original : « *An infection that is continuously in a population is said to be ENDEMIC, whereas an increase above the endemic level is described as an EPIDEMIC, or PANDEMIC when the EPIDEMIC is worldwide* ».

exemple typique. Partie de Chine, la maladie infectieuse s'est propagée dans le monde entier. Au plan mondial, la **pandémie** n'est donc **pas un élément de risque que l'on peut distinguer de l'épidémie**, étant donné qu'elle ne se distingue de cette dernière que par son **envergure**, c'est-à-dire par le fait qu'un même agent pathogène ait déclenché des épidémies dans de nombreux pays.

b) Ce qu'il convient de garder à l'esprit face à la pandémie de COVID-19 en particulier, c'est le fait qu'une pandémie peut **partir de n'importe quel pays** dans lequel une épidémie apparaît, **y compris de la Suisse**. Si ç'avait été le cas pour l'infection de COVID-19, en supposant par exemple que le premier Chinois contaminé aurait pris l'avion pour faire des vacances en Suisse et s'acheter une Rolex à Lucerne, l'épidémie aurait pu se développer suite à son « bain de foule » au carnaval de Lucerne. Puis, partant de la Suisse, elle se serait propagée dans le monde entier. On pourrait aussi imaginer qu'un accident survenu en Suisse entraîne la libération de virus et l'apparition d'une épidémie. Si une exclusion de couverture en cas de pandémie était valable, cela signifierait que les assureurs seraient tenus de verser des prestations jusqu'à ce que l'OMS déclare la pandémie (si l'on souhaite définir ce moment-là comme point de référence) pour pouvoir ensuite cesser de le faire.

Lors d'une discussion avec mon collègue de faculté de Lucerne, le Prof. Dr. Lorenz Droese, celui-ci m'a fourni un exemple très éloquent : ce serait comme si l'assurance-incendie était tenue de payer uniquement tant que seule la maison d'un assuré brûle, et se voyait libérée de son obligation lorsque le village entier devient la proie des flammes et qu'elle serait, de ce fait, tenue à prestation dans de nombreux cas supplémentaires. Ce serait tout aussi aberrant que d'imaginer une assurance inondation qui ne serait tenue à prestation que jusqu'à une certaine hauteur d'eau, au-delà de laquelle elle se verrait déliée de son obligation.

c) En partant de la possibilité qu'une pandémie puisse également partir de la Suisse, ceci signifie qu'avec l'**exclusion de la pandémie**, l'assureur intègre dans le contrat un mécanisme qui lui permet de refuser la prestation si la technique de financement décrite ci-dessus (principe de mutualisation) ne fonctionne plus en raison de l'envergure du risque réalisé. L'exclusion aurait dès lors une **composante dynamique** et la **couverture** serait **variable en fonction de l'étendue de l'épidémie**.

Comme nous le verrons par la suite (voir ch. 41 ss ci-dessous), les exclusions de couverture en cas de pandémie qui m'ont été soumises ne sont pas valides, pour plusieurs (autres) raisons. La question ne doit donc pas être examinée de manière isolée par rapport à la validité de l'**exclusion dynamique** en tant que telle. En focalisant l'analyse sur cet aspect, l'on pourrait argumenter **à raison** qu'une clause qui prévoit un mécanisme caché (car n'étant pas expliqué) qui permet à l'assureur de refuser la prestation lorsque la technique de financement ne fonctionne plus en raison de l'envergure du risque réalisé serait **contraire aux mœurs** au sens de l'art. 19 CO (voir à ce sujet les développements détaillés sous ch. 35 ci-dessous). De même, l'on pourrait affirmer qu'une clause de ce genre **viole l'art. 8 LCD**, dans le cas où l'assuré est un consommateur (voir à ce sujet les développements détaillés sous ch. 36 ci-dessous).

Cette question sera toutefois laissée ouverte ici.

d) aa) En revanche, si l'on considère la situation en se focalisant exclusivement sur l'infection actuelle de COVID-19 et uniquement du point de vue de la mise en danger de la santé publique en Suisse (et des mesures nécessaires pour pallier ce danger), comme le fait par exemple le Conseil fédéral suisse lorsqu'il applique la loi sur les épidémies, la **cause de l'épidémie de COVID-19 actuelle en Suisse** est une **épidémie de COVID-19 en Chine**, qui s'est **propagée dans le monde entier** (y compris en Suisse) et qui doit donc être qualifiée, au niveau mondial, de **pandémie**.

bb) Si un assureur souhaitait exclure ce cas (en Suisse) de la couverture d'une assurance épidémie, il devrait assurer la survenue de l'évènement dommageable (p. ex. une interruption de l'exploitation) suite à une épidémie au sens d'une apparition massive, limitée localement et dans le temps, d'une maladie infectieuse, tout en **excluant la couverture pour le cas** où l'épidémie serait due à une maladie infectieuse qui, **premièrement, est née à l'étranger** et, **deuxièmement**, s'est propagée dans suffisamment de pays ou de continents pour pouvoir être qualifiée de **pandémie**.

cc) Si l'on admettait une exclusion de ce genre (voir à ce sujet ch. 15 let. c ci-dessous) ou si elle était valablement conclue (voir à ce sujet ch. 23 ss ci-dessous), il n'en resterait pas moins la **question** de savoir ce qu'il en est si l'épidémie en Suisse ne résultait « que » d'une épidémie en Italie et éventuellement dans un autre pays voisin et si la **maladie infectieuse ne pouvait pas encore être qualifiée de pandémie**.

15. a) Dans ce contexte, il est à mon sens en outre **difficile de saisir** pourquoi la **cause de l'épidémie** devrait avoir une quelconque **importance pour la couverture de ses conséquences en Suisse**. Le fait que le pays se retrouve à l'arrêt à cause d'un « *agent pathogène indigène* » ou suite à l'importation, ou à la crainte de l'importation d'un « *agent pathogène étranger* », ne saurait avoir la moindre importance quant aux coûts engendrés par une interruption de l'exploitation.

b) Bien entendu, il en va autrement de la question des dommages globaux auxquels doit faire face un assureur actif également à l'étranger. Il coule de source qu'**au niveau global, les coûts seront incomparablement plus élevés** en cas de **pandémie** qu'en cas d'épidémie ne touchant que deux ou trois pays. On pourrait donc se demander si les assureurs n'ont pas la possibilité d'exclure les pandémies en tant que risque incalculable.

Il découle des développements ci-dessus (voir ch. 14 let. c) qu'une exclusion dynamique a peu de chances d'être valide. Dans les clauses qui m'ont été soumises, aucune n'allait **dans le sens décrit au ch. 14, let. d) bb)**. Toutefois, contrairement à l'exclusion dynamique, je présume qu'une **disposition de ce genre serait valide**, pourvu qu'elle satisfasse à l'**exigence de transparence** (voir ch. 24 ci-dessous).

Cette question aussi sera laissée ouverte ici.

3. Assurance des suites d'une interruption de l'exploitation en raison d'une épidémie, considérée comme une entreprise téméraire

16. a) Dans le cas de l'infection de COVID-19, le **problème au niveau de la technique d'assurance** réside dans le fait que les **coûts d'une pandémie** et le nombre de personnes touchées ont été massivement sous-estimés, y compris par les autorités. Par exemple, le Plan suisse de pandémie Influenza de 2018 indique (mise en évidence par nos soins) :

*« L'expérience et les connaissances scientifiques acquises sur les propriétés des virus de l'Influenza montrent que l'on doit encore s'attendre, à l'avenir, à voir se développer des pandémies de gravité variée. Selon le rapport sur les risques de l'Office fédéral de la protection de la population (OFPP), les pandémies constituent un risque important pour les personnes, l'environnement, l'économie et la société, avec des **dommages qui pourraient s'élever à une dizaine de milliards de francs.** »²⁸*

²⁸ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 7.

b) Comme on le sait, les coûts et le nombre de personnes touchées ont été sans commune mesure avec ces prédictions et c'est loin d'être terminé. **Au plan de la technique d'assurance**, le véritable **problème** réside dans le fait que les **coûts** engendrés par la réalisation du risque redouté **ne peuvent plus être répartis sur l'ensemble des personnes assurées contre ce risque** (du moins avec les primes calculées à cet effet), puisque l'événement a touché la quasi-totalité des assurés.

L'**hypothèse** selon laquelle, au cours d'une certaine période, l'événement dommageable ne touchera qu'une partie des personnes assurées contre le risque d'épidémie, de sorte que les cotisations des membres de la communauté suffisent à couvrir le dommage subi par certains de ses membres, s'avère **fausse** dans le cas du Covid-19.

17. a) Comme WEBER²⁹ le constate à raison (et comme déjà mentionné), une **série de données suffisamment conséquente** est la condition à l'application de la loi des grands nombres, qui permet aux assureurs de calculer la probabilité qu'a le risque assuré de se réaliser sur une période donnée. En cas d'épidémie toutefois, contrairement aux situations normales, les variations dues au hasard ne peuvent plus être exclues car le nombre de cas et de personnes étudié n'est pas suffisamment important. En effet, la Suisse n'a encore jamais connu de restrictions semblables à celles qu'a ordonnées le Conseil fédéral dans l'Ordonnance 2 COVID-19 ! Le Covid-19 est un événement pouvant être qualifié de « crise du siècle" (*Jahrhundertereignis*) ; nous n'avons **pas de statistiques** permettant d'en évaluer les dommages par la technique d'assurance.

b) Et il n'existe pas plus de statistiques permettant de calculer les conséquences possibles d'une épidémie qui touche toute la Suisse et qui, étant limitée au pays, ou à la rigueur aux pays limitrophes, ne constitue pas encore une pandémie, ni celles des mesures engagées pour la combattre en vertu de la LEp.

18. a) Comme je l'ai mentionné, selon l'OFSP, l'expérience et les connaissances scientifiques acquises sur les propriétés des virus de l'Influenza montrent que **l'on doit encore s'attendre, à l'avenir**, à voir se développer des **pandémies** de gravité variée. Selon lui, les pandémies constituent un risque important pour les personnes, l'environnement, l'économie et la société.³⁰ Il n'est pas possible de savoir exactement quand et où la prochaine pandémie se déclarera, à quelle vitesse elle se propagera et quelle sera sa gravité pour les différents groupes d'âge. La gravité des dernières pandémies (la grippe espagnole en 1918, la grippe asiatique en 1957, la grippe de Hong Kong en 1968, la pandémie de grippe A/H1N1 de 1977 [grippe russe] et celle de 2009 [grippe porcine]) se caractérise par une tendance à la baisse. Toutefois, ce constat ne **permet pas de faire des prévisions** pour les pandémies à venir. Par ailleurs, on ne connaît pas de marqueurs génétiques fiables permettant de prédire la pathogénicité et la transmissibilité des virus de l'Influenza. De plus, il n'existe aucun lien entre transmissibilité et gravité. C'est pourquoi il est impossible, en l'état actuel des connaissances, de prévoir exactement l'efficacité de chacune des mesures.³¹

b) Bien que, selon les développements de l'OFSP, une pandémie soit imprévisible, les expertes sont **tout à fait en mesure de calculer la probabilité que survienne un événement de ce**

²⁹ WEBER (nbp 19), n° 4.2.

³⁰ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 7.

³¹ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 8.

genre. Le simple fait de décrire la grippe espagnole de 1918³² comme une « crise du siècle »³³ devrait inciter à la prudence une centaine d'années plus tard. À tout le moins, on aurait dû commencer à faire très attention au plus tard après la pandémie de SRAS de 2002/2003, qui s'est au final terminée sans trop de dégâts, du moins pour la Suisse.

La probabilité qu'un évènement survienne, combinée à l'impossibilité d'en calculer les conséquences financières de manière relativement fiable par manque de statistiques, représente donc un **cocktail de risque extrêmement dangereux** au plan de la technique d'assurance.

c) À la lumière des **mesures prévues dans la LEp**, les experts n'auraient eu aucune peine à constater, au plus tard après son entrée en vigueur, que la loi prévoit non seulement des **mesures visant des individus** (art. 30 ss LEp), telles que la quarantaine et l'isolement (art. 35 LEp), mais aussi des **mesures visant la population ou certains groupes de personnes** (art. 40 LEp) ainsi que des mesures visant le transport international de personnes (art. 41 LEp).

À cet égard, le Message du Conseil fédéral concernant la LEp indique (mise en évidence par nos soins) que l'art. 40 « *contient plusieurs mesures ayant pour but de limiter les contacts entre les personnes ou d'éviter toute exposition dans un environnement contaminé afin de réduire la probabilité pour les individus d'être exposés à un agent pathogène et donc infectés. Ces mesures **sont d'ordre collectif** (éloignement social) et visent avant tout les manifestations, les écoles et les entreprises qui, vu le nombre de personnes qui y sont rassemblées, sont particulièrement propices à la propagation de certaines maladies (p.ex. grippe ou rougeole). La restriction provisoire de l'accès à une certaine région est à envisager dans certaines situations. Les interdictions et les restrictions prévues par cet article visent à réduire les contaminations en empêchant ou en freinant l'extension de maladies transmissibles. Au moment de décider si des mesures concrètes doivent être prises, il convient de prendre en considération le contexte épidémiologique à l'échelle nationale et internationale (lieu, expansion et évolution du foyer infectieux, infectiosité, groupes particulièrement concernés) ainsi que les caractéristiques de la manifestation, de l'école ou de l'entreprise (origine des participants et nombre, appartenance des élèves à des groupes fortement exposés, etc.). »³⁴*

Et plus loin : « *Les autorités cantonales compétentes peuvent interdire ou restreindre des manifestations (let. a), fermer des écoles ou d'autres établissements publics ainsi que des entreprises privées ou les astreindre à respecter certaines prescriptions organisationnelles (telles que des mesures d'hygiène) (let. b) ou encore interdire ou limiter l'accès ou la sortie de certains établissements ou zones ainsi que certaines activités en certains endroits (let. c) comme la baignade. Contrairement à la loi en vigueur, la loi révisée donne la possibilité de limiter l'accès ou la sortie de zones bien définies pour un laps de temps déterminé. Cet ajout est nécessaire, car la lutte contre le SRAS a montré que la fermeture de quartiers ou groupes de maisons (p. ex. à Hongkong) a permis d'endiguer de manière significative la propagation de la maladie. Le bouclage de localités entières doit être réservé à des cas exceptionnels. »³⁵*

d) De même, on pouvait sans autre comprendre, à la lecture de la LEp, qu'en cas de situation particulière au sens de l'art. 6 LEp, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures **suprarégionales** voire, en cas de situation extraordinaire (art. 7 LEp) dans **toute la Suisse**.

³² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces.assetdetail.6467464.html> (consulté le 13 avril 2020).

³³ <https://nzzas.nzz.ch/wissen/spanische-grippe-eine-vergessene-katastrophe-ld.1344524> (consulté le 13 avril 2020).

³⁴ Message (nbp 2), p. 372.

³⁵ Message (nbp 2), p. 372.

19. Une **pesée scientifique du risque** aurait donc permis de se rendre compte qu'une **épidémie** en Suisse (qu'il s'agisse d'une infection régionale locale qui se transforme en pandémie mondiale ou qu'elle soit au contraire le résultat d'une pandémie mondiale), pourrait **torpiller la technique de l'assurance** consistant à répartir la réalisation redoutée du risque sur l'ensemble des personnes assurées contre ce risque, puisque le risque se réalise simultanément chez tous les assurés, ou à tout du moins chez un grand nombre d'entre eux. Pour cette raison, il convient à mon sens de qualifier d'**entreprise téméraire** le fait d'**assurer** les effets subis par les entreprises suite à des **épidémies**.

4. Suite de l'analyse

20. a) L'**autonomie des parties** et la **liberté contractuelle** qui en dérive permettent sans aucun doute d'**assurer le risque d'épidémie** et d'exclure certains événements de l'assurance, « *d'une manière précise, non équivoque* », conformément à l'art. 33 LCA.

b) Il s'agit à présent d'examiner si les exclusions courantes dans la pratique qui m'ont été soumises pour évaluation ont été valablement convenues. Il convient toutefois d'analyser d'abord les conditions auxquelles ces exclusions contractuelles doivent satisfaire.

c) Dans une première étape, il s'agira d'élaborer la grille d'analyse juridique qui permettra ensuite d'examiner la validité juridique des exclusions.

C. Étendue et exclusion de la couverture du risque

1. Introduction

21. a) Comme déjà mentionné, le droit suisse connaît le principe de l'**autonomie des parties**. Celui-ci autorise les sujets de droit à définir librement leurs relations juridiques.³⁶ Un corollaire de ce principe est la **liberté contractuelle**, en vertu de laquelle les parties sont libres de conclure, ou non, un contrat donné, avec la personne de leur choix et le contenu qu'elles souhaitent donner au contrat (dans les limites de la loi).³⁷

b) La liberté contractuelle s'applique aussi **en droit du contrat d'assurance**. En conséquence, les assurés et assureurs décident librement s'ils souhaitent conclure un contrat d'assurance et, le cas échéant, quel en sera le contenu. Ils sont tout aussi **libres de définir le risque qu'ils entendent assurer**.³⁸

³⁶ Voir par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10^e éd., Zurich 2014, n° 314, avec renvois.

³⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), n° 612 ss, avec renvois.

³⁸ Voir KOENIG, Der Versicherungsvertrag, in : Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/2 : Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 2^e éd., Bâle et Stuttgart 1979, 585.

c) Mais une fois qu'un assureur s'est déclaré disposé à assurer un danger donné, l'**art. 33 LCA** entre en jeu avec une règle concernant l'**étendue du danger pris en charge par l'assureur**. En vertu de cette disposition, à moins que la LCA n'en dispose autrement, « *l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque* ».

Il résulte de cette disposition que **dans le doute**, l'assureur répond de **tous les événements associés au risque assuré**. Toutefois, le principe de la liberté contractuelle lui donne la possibilité de **restreindre** l'étendue de sa responsabilité par le biais de conventions. Ces clauses sont valides à condition qu'elles satisfassent à certaines **conditions**.³⁹

C'est dans ces **conditions** que réside le véritable **sens de l'art. 33 LCA**. Cette disposition ne prévoit pas simplement, abstraitement, la possibilité de restreindre les prestations : elle impose des **conditions concrètes** (formulation « *précise, non équivoque* ») pour qu'elles soient valides. En conséquence, une exclusion imprécise ou équivoque ne permet pas de limiter l'obligation de prestation de l'assureur. **Tout doute** quant à la précision ou à la clarté d'une exclusion a pour résultat que la clause est interprétée **en défaveur de l'assureur**.⁴⁰ Comme FUHRER le constate à raison, cette règle des clauses ambiguës fait de l'**art. 33 LCA** la **disposition maîtresse** pour l'interprétation des contrats d'assurance et des CGA correspondantes.⁴¹

d) Étant donné qu'actuellement, les exclusions de couverture figurent de manière générale dans les **conditions générales d'assurance**, le contrôle de ces dernières se superpose à la règle d'ambiguïté de l'art. 33 LCA. Il s'agit donc, en premier lieu, de clarifier comment l'on contrôle des conditions générales, puis d'appliquer les règles dégagées au contrôle des conditions générales d'assurance.

2. Contrôle des conditions générales d'assurance

a) Introduction

22. a) Les **conditions générales** sont des clauses contractuelles préformulées par un cocontractant (l'utilisateur) dans le but de les incorporer dans un grand nombre de contrats qu'il entend conclure à l'avenir.⁴² Ceci simplifie, accélère, rationalise et standardise la conclusion des contrats.⁴³ Étant donné que ce système sert principalement l'intérêt de l'utilisateur, la question du **contrôle** se pose.

b) À défaut d'une législation spéciale relative aux CG, la jurisprudence et la doctrine suisses examinent la validité de ces conditions principalement d'après les dispositions du code des obligations. En application des principes pertinents du droit des contrats, le contrôle des CG recourt en pratique aux instruments suivants : Le **contrôle d'incorporation** (*Konsenskontrolle* ; la clause des CG est-elle devenue une partie intégrante du contrat ?), le **contrôle de clarté** (*Auslegungskontrolle* ; la clause des CG est-elle claire ?) et le **contrôle de validité** (*Gültigkeitskontrolle* ; si la clause des

³⁹ KOENIG (nbp 37), 585 ; voir aussi FUHRER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bâle, Genève, Munich 2001, n° 1 ad art. 33.

⁴⁰ FUHRER (nbp 38), n° 3 ad art. 33.

⁴¹ FUHRER (nbp 38), n° 4 ad art. 33.

⁴² BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3^e éd., Berne 2018, n° 947 ; voir aussi par exemple JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, volume V/1/b, 4^e éd., Zurich 2014, n° 512 ad art. 18.

⁴³ Voir BERGER (nbp 41), n° 950.

CG a été incorporée au contrat, est-elle valide ?). À ces instruments s'est ajouté récemment le contrôle matériel (*Inhaltskontrolle*) ouvert, au regard du droit de la concurrence déloyale.⁴⁴

c) La problématique générale des conditions générales vaut également pour les contrats d'assurance, en particulier les conditions générales d'assurance sur lesquelles ils sont fondés.⁴⁵ Les instruments de contrôle susmentionnés s'appliquent donc également aux conditions générales d'assurance.

d) Le présent avis n'a pas pour objet de critiquer la doctrine et la jurisprudence relatives au contrôle d'incorporation et de clarté (ou au contrôle de validité) ni d'en discuter des alternatives. Nonobstant, avant que le lecteur ne s'en rende compte par lui-même, je tiens à mentionner qu'à mon sens, la distinction entre contrôle de clarté et contrôle d'incorporation n'emporte pas conviction, dans la mesure où l'application de la **règle des clauses ambiguës** lors du contrôle d'incorporation implique nécessairement une interprétation de la clause en question et, partant, **un contrôle de sa clarté**. En effet, seule une interprétation permet de déterminer ce qu'entendait le rédacteur de la clause, la manière dont elle doit être comprise objectivement et si le résultat est insolite et, en conséquence, échappe à l'incorporation globale en vertu du principe de la bonne foi (voir ci-après ch. 23).

En conséquence, le **contrôle des conditions générales**, établi en pratique, correspond donc à une **interprétation en deux étapes**. Dans une première étape, l'interprétation vise à déterminer si la clause a été incorporée dans le contrat. Dans une seconde étape, une « ambiguïté secondaire » constatée lors de la seconde interprétation aura simplement pour effet que la clause sera interprétée ou appliquée en défaveur de celui qui l'a rédigée (voir ch. 32 ci-dessous).

Cette méthode artificielle et peu convaincante, qui en dernière analyse n'est autre qu'un contrôle matériel masqué, serait avantageusement remplacée par le **contrôle matériel ouvert**, revendiqué de longue date en doctrine. Dans le cadre d'un tel contrôle, on examinerait le tout en une seule étape.

e) Dans le cadre du **droit des assurances**, l'**art. 33 LCA** propose une solution élégante en disposant que pour être valable, l'exclusion d'un risque doit être formulée « *d'une manière précise, non équivoque* ». Tout ce qui est équivoque (et donc insuffisamment clair) entraîne dès lors directement l'**invalidité de l'exclusion**, même si l'on n'a constaté qu'une « ambiguïté secondaire » (voir ch. 22 let. d ci-dessus) au sens du contrôle de clarté évoqué ci-dessus (voir à ce sujet les développements détaillés ch. 32 ci-dessous).

f) La présente évaluation repose sur le constat qu'il est pratiquement impossible d'apporter la preuve d'un accord (subjectif) de fait pour les **conditions générales d'assurance** et qu'en pratique, le **sens** d'une clause doit **toujours être déterminé de manière objective (normative)**.

Partant, si un assureur pouvait prouver, en lien avec l'une des clauses examinées dans le présent avis, l'existence d'une **convention individuelle** ou, en lien avec une restriction de couverture, d'un **accord de fait**, seul celui-ci serait déterminant et il **primerait l'interprétation objective** décrite ci-après.

⁴⁴ PERRIG, in : Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berne 2016, n° 101 ; voir aussi par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), n° 1122 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 2019, n° 609 ss ; MÜLLER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berne 2018, n° 299 ss ad art. 1 ; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7^e éd., Berne 2016, n° 44.04 ss.

⁴⁵ FUHRER (nbp 38), n° 8 ad art. 33.

b) Contrôle d'incorporation

(1) Introduction

23. a) L'un des principaux problèmes des conditions générales d'assurance est le risque d'une **incorporation globale**, par laquelle le preneur d'assurance déclare accepter les conditions générales d'assurance **sans les avoir lues (ni comprises)**.⁴⁶ Cet état de fait doit être présumé lorsqu'un preneur signe un document contractuel qui fait référence à des CGA. Dans ce cas, selon la jurisprudence, il est en principe lié par les dispositions préformulées au même titre que celui qui les aurait signées de sa main.⁴⁷ Lorsque des conditions générales d'assurance sont incorporées par **renvoi**, cela fonde en pratique une **présomption d'incorporation globale**.⁴⁸ Le présent **avis de droit** se fonde sur l'**hypothèse** que c'était effectivement le cas pour les clauses examinées ici. Cette fiction de connaissance en cas d'incorporation globale a pour effet qu'en vertu du principe de confiance, le preneur d'assurance accepte régulièrement les CGA (souvent formulées en sa défaveur) sans prendre en considération leurs particularités.⁴⁹

b) Un contrat d'assurance est valablement conclu sur la base des conditions générales d'assurance à la condition que l'assureur puisse admettre, **selon les règles de la bonne foi**, que le preneur d'assurance accepte ces conditions générales.⁵⁰ Ce principe de confiance constitue également une **limite** à la présomption d'un accord de droit. Selon ce principe, l'utilisateur ne saurait présumer l'existence d'une acceptation tacite s'il ne peut, selon les règles de la bonne foi et selon les circonstances du cas concret, admettre que le preneur d'assurance a effectivement souhaité incorporer globalement le contenu des conditions générales d'assurance.⁵¹

24. a) C'est notamment le cas lorsqu'il y a une violation du **principe de transparence**. Celui-ci est considéré comme découlant du principe de la bonne foi, qu'il concrétise dans le cadre du contrôle d'incorporation. Il a principalement trait aux critères d'admissibilité de l'incorporation des conditions générales d'assurance. Il vise à instaurer un minimum de transparence en imposant l'obligation de formuler de manière transparente aussi bien les CG dans leur ensemble que le contenu normatif des clauses prises individuellement. Dans le cadre du contrôle d'incorporation, il impose, afin que les CG soient raisonnablement accessibles, que leur texte soit **formellement et linguistiquement compréhensible et lisible**.⁵²

b) Dans le code civil allemand (BGB), ce principe a été codifié au § 307 al. 1, qui dispose qu'une disproportion injustifiée au détriment du cocontractant peut naître d'une disposition qui n'est pas claire et compréhensible. Selon FRITSCHÉ, la transparence s'évalue à l'aune du cocontractant moyen de l'utilisateur. Pour celui-ci, la clause doit non seulement être compréhensible dans sa formulation, mais en outre lui permettre de **reconnaître les désavantages et détriments financiers** dans la mesure exigible étant données les circonstances. En conséquence, l'exigence de transparence est violée lorsque l'utilisateur prévoit des exclusions de prestations auxquelles le cocontractant n'avait pas à s'attendre compte tenu de la teneur générale du contrat. Cela ne signifie pas pour autant que

⁴⁶ KOLLER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017, n° 23.28.

⁴⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), 1128b, avec renvois.

⁴⁸ Voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), 1128c, avec renvois.

⁴⁹ PERRIG (nbp 43), n° 116.

⁵⁰ KOLLER (nbp 45), n° 23.30.

⁵¹ PERRIG (nbp 43), n° 117.

⁵² PERRIG (nbp 43), n° 141 ; voir aussi HUGUENIN (nbp 43), n° 617 ; MÜLLER (nbp 43), n° 326 ss ad art. 1 ; SCHWENZER (nbp 43), n° 45.03 ; ATF 119 II 443, 446.

l'utilisateur doit commenter abondamment les clauses des CG, mais qu'il s'agit, dans la mesure du possible, de les rédiger de manière à ce qu'un client moyen puisse reconnaître les **désavantages que lui impose une clause**, sans avoir à l'étudier en détail ou demander des informations complémentaires.⁵³

(2) Règle de l'insolite

25. En outre, l'utilisateur ne saurait présumer l'existence d'une acceptation tacite s'il ne peut, selon les règles de la bonne foi, admettre que le preneur d'assurance a effectivement souhaité incorporer globalement le contenu des conditions générales d'assurance, car **ne pouvait (ou ne devait) pas s'attendre à ce que les clauses litigieuses fassent partie du contrat**. Dans ce cas, l'assureur doit au contraire partir de la présomption que le preneur d'assurance n'aurait pas accepté cette clause s'il en avait effectivement pris connaissance, ou du moins pas sous cette forme.⁵⁴

Cette réflexion a donné lieu à la **règle dite des clauses insolites** (ou règle de l'insolite). En vertu de celle-ci, l'utilisateur des CG doit présumer, selon le principe de la confiance, qu'un client (laïc) n'acceptera pas des clauses inhabituelles.⁵⁵

26. a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont **soustraites** de l'adhésion donnée globalement à des conditions générales toutes les **clauses inhabituelles**, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires **n'a pas été spécialement attirée**. L'auteur de conditions générales doit partir de l'idée, en vertu du principe de la confiance, que la partie inexpérimentée n'adhère pas à des clauses insolites. Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. C'est pourquoi il est possible que des clauses habituelles dans une branche soient insolites pour des personnes étrangères à cette branche.⁵⁶

b) Selon la jurisprudence, **même une partie forte, économiquement** ou à d'autres égards, **voire qui paraît être la partie la plus forte**, doit être considérée comme « *faible* » si elle a peu de chances de pouvoir trouver un autre cocontractant faute d'alternatives.⁵⁷ PERRIG en conclut à raison que, puisque le manque d'alternatives constitue l'un des problèmes centraux de l'incorporation des CG, quasi tous les cocontractants, y compris ceux qui sont économiquement forts ou expérimentés en affaires, peut être qualifié de partie « *faible* ». En conséquence, il n'est pas nécessaire que le cocontractant soit économiquement inférieur ou présente un important écart de connaissances avec l'auteur des CGA. Dans ce contexte, il convient de prendre en compte le fait que les petites et moyennes entreprises se trouvent souvent dans une « *position de faiblesse* » similaire à celle des consommateurs et tombent donc également dans la sphère de protection de la règle de l'insolite, en tant que parties faibles.⁵⁸

⁵³ FRITSCHÉ/SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 2, 13^e éd., Stuttgart 2019, § 307 N 68 ; voir aussi WURMNEST, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 8^e éd., Munich 2019, § 307 N 61. C'est aussi dans ce sens, au fond, que va le Tribunal fédéral en postulant une incombance de clarification de l'utilisateur des CG ; voir à ce sujet KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943, 948 s., avec renvois.

⁵⁴ PERRIG (nbp 43), n° 117.

⁵⁵ PERRIG (nbp 43), n° 173.

⁵⁶ ATF 138 III 411, 412, traduit au JdT 2014 II p. 459.

⁵⁷ ATF 135 III 1, 7, traduit au JdT 2011 II p. 516, 522 ; 109 III 452, 457, traduit au JdT 1984 I p. 470, 474.

⁵⁸ PERRIG (nbp 43), n° 177, avec renvois ; voir aussi KOLLER (nbp 52), 948.

27. a) Toutefois, selon le Tribunal fédéral, la règle des clauses insolites ne s'applique que si, en plus du critère subjectif du manque d'expérience de la branche, la **clause** en question est, **par son objet, objectivement étrangère à l'affaire**. C'est le cas si elle modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal caractéristique d'un type de contrat. Plus une clause porte atteinte aux **intérêts juridiques du contractant**, plus il se justifie de la considérer comme insolite.⁵⁹

b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les **contrats d'assurance**, il convient aussi de **tenir compte des attentes de couverture justifiées**.⁶⁰ C'est ainsi que la Cour suprême a qualifié d'insolite une clause de conditions générales d'assurance limitant la responsabilité prévue car elle réduisait de façon significative la couverture comprise dans la dénomination du contrat, et ce de telle manière que, précisément, les risques les plus fréquents n'étaient plus couverts.⁶¹

c) Contrôle de clarté

(1) Généralités

28. a) S'il s'avère qu'une clause est devenue partie intégrante du contrat, il est toujours possible d'en remettre en question **la teneur et la portée**. Il s'agit alors de déterminer le sens de la clause par **interprétation**.

b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les clauses des conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, doivent en principe être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles.⁶² L'interprétation prend dès lors la forme d'un contrôle individuel en fonction des **circonstances concrètes du cas particulier**. Comme PERRIG le constate à raison, il est donc possible qu'une même clause des CG soit **interprétée différemment** en fonction des cas, selon les circonstances. Ainsi, par exemple, le résultat de l'interprétation peut être différent pour un client versé dans la branche que pour un client inexpérimenté en affaires qui n'est pas familier des termes utilisés.⁶³

29. a) L'interprétation du contrat a pour objet de rechercher la **réelle** et commune **intention** des parties (art. 18, al. 1 CO). S'il n'est pas possible d'établir une telle volonté commune, la teneur d'une clause contractuelle doit être interprétée à l'aune de la volonté réelle des parties.⁶⁴

b) Or, dans le cas des **conditions générales d'assurance**, incorporées globalement par le preneur d'assurance moyennant un renvoi dans le contrat d'assurance, il ne sera **en règle générale pas possible de constater** une telle **volonté réelle**. Dans ce cas, la clause doit être soumise à une interprétation objective. En cas de litige, le juge devra rechercher la volonté présumée des parties, telle qu'elle pouvait et devait être comprise de bonne foi par le destinataire des déclarations.⁶⁵ Dans ce contexte, on parle aussi d'**interprétation objective**.⁶⁶

⁵⁹ ATF 138 III 411, 413, traduit au JdT 2014 II p. 459 ; voir aussi TF 4A_196/2019 du 10 juillet 2019 consid. 2.1 ; TF 4A_48/2015 du 29 avril 2015 consid. 2.1 ; ATF 135 III 1, 7, traduit au JdT 2011 II p. 516, 522 ; 135 III 225, 227 s. (traduit au JdT 2009 I p. 475, 477 s.), avec leurs références.

⁶⁰ TF 4A_187/2007 du 9 mai 2008 consid. 5.4.2, résumé au JdT 2009 I p. 29, 32.

⁶¹ TF 5C.134/2004 du 1^{er} octobre 2004 consid. 4.2, résumé au JdT 2014 II p. 459, 460.

⁶² ATF 135 III 1, 6, traduit au JdT 2011 II p. 516, 521 ; 133 III 607, 610 ; 133 III 675, 681.

⁶³ PERRIG (nbp 43), n° 236, avec renvois.

⁶⁴ Voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), n° 1200 ; PERRIG (nbp 43), n° 237 ; ATF 130 III 66, 71, traduit au JdT 2004 I p. 83, 87 s.

⁶⁵ ATF 130 III 66, 71, traduit au JdT 2004 I p. 83, 87 s. ; voir aussi ATF 129 III 675, 680, traduit au JdT 2004 I p. 66, 71 ; 127 III 248, 255, traduit au JdT 2001 I p. 263, 264 ; 126 III 279 [*sic* : 278], 287.

⁶⁶ Voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (nbp 35), n° 1201 ; PERRIG (nbp 43), n° 238.

30. a) L'interprétation littérale constitue le premier moyen d'interprétation de la clause litigieuse. Il convient donc de partir en premier lieu du texte de ladite clause.⁶⁷ Or, comme WIEGAND le constate à raison, l'interprétation ne saurait se limiter à la lettre du contrat.⁶⁸ Même des **déclarations apparemment claires** sur la base du texte doivent être **interprétées** dans certaines circonstances. Il s'agit de vérifier si le sens établi d'après l'interprétation littérale n'est pas remis en question par d'autres indices.⁶⁹

b) Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a affirmé clairement qu'il n'applique **pas** la **théorie du sens clair**, selon laquelle un texte clair n'a pas lieu d'être interprété.⁷⁰ Il exprime cette idée ainsi (mise en évidence par mes soins) : S'il est impossible d'établir la volonté réelle des parties, la convention doit être interprétée selon le principe de la confiance, c.-à-d. que l'on doit « *rechercher la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations telles qu'elles pouvaient ou devaient être comprises par l'autre partie selon les règles de la bonne foi d'après l'ensemble des circonstances. Ce faisant, le juge doit retenir une solution **adaptée**, car on ne saurait considérer que les parties ont opté pour une solution inadéquate [...]* ». Même si le texte choisi paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres éléments du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances, que le **texte** de cette clause **ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu**.⁷¹

31. WIEGAND souligne que le **but du contrat** joue un **rôle décisif** dans la recherche de la volonté des parties. Selon l'auteur, ceci correspond à l'interprétation téléologique de la loi. Comme dans ce contexte-là, le but lui-même devra souvent être identifié par interprétation. Celle-ci se fait principalement compte tenu des intérêts des parties et des autres motifs reconnaissables qui étaient déterminants pour la conclusion du contrat. Le juge doit s'efforcer de rechercher le but poursuivi par les parties, en utilisant tous les moyens d'interprétation. Ce faisant, il faut tenir compte du fait que, dans la majorité des contrats, les parties essaient de défendre des intérêts en soi contradictoires. En conséquence, le but du contrat est généralement d'harmoniser ces intérêts. Si l'on arrive à découvrir cet intérêt commun, le but du contrat constitue une **source d'informations importante pour l'interprétation**, qui peut même amener à interpréter le contrat **en s'écartant de sa lettre**. Toutefois, il s'avère fréquemment qu'en raison de leurs intérêts divergents, les parties ne se sont justement pas entendues sur un intérêt commun.⁷² Dans ce cas, il s'agit de rechercher, dans le cadre de l'interprétation objective, comment des parties raisonnables auraient compris un terme donné.⁷³

(2) Règle des clauses ambiguës

32. En vertu de la règle des clauses ambiguës, les **expressions** figurant dans des conditions contractuelles préformulées et **dont la signification n'est pas univoque** doivent, dans le doute, être interprétées **contre la partie qui les a rédigées**.⁷⁴ En droit des assurances, l'ambiguïté d'une

⁶⁷ ATF 133 III 406, 409, traduit au JdT 2007 I p. 364, 367 ; 131 III 606, 611.

⁶⁸ WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020, n° 25 ad art. 18.

⁶⁹ WIEGAND (nbp 67), n° 25 ad art. 18 ; SCHWENZER (nbp 43), n° 33.04.

⁷⁰ WIEGAND (nbp 67), n° 25 ad art. 18, avec renvois à la jurisprudence déterminante du Tribunal fédéral ; voir aussi MÜLLER (nbp 43), n° 177 ad art. 18.

⁷¹ ATF 140 III 134, 138 s. (résumé à la SJ 2019 I p. 121) ; JdT 2018 II p. 207 consid. 3.3 (ATF 144 III 43) voir aussi ATF 136 III 186, 188 ; 131 III 606, 611 s. ; 129 III 702, 707.

⁷² WIEGAND (nbp 67), n° 30 ad art. 18.

⁷³ WIEGAND (nbp 67), n° 30 ad art. 18 en lien avec n° 42 ad art. 18.

⁷⁴ ATF 124 III 155, 158, traduit au JdT 1999 I p. 125, 128 s.

clause qui exclut certains risques de la couverture est particulièrement importante, car en vertu de l'art 33 LCA, elle entraîne l'invalidité de l'exclusion.⁷⁵

Il convient d'ajouter que la règle des clauses ambiguës est d'application **subsidaire** et n'intervient que si les autres moyens d'interprétation échouent, à savoir si le sens déterminant d'une clause litigieuse reste équivoque. Il faut donc que le juge ne parvienne pas à un résultat clair par son interprétation et qu'il demeure convaincu que la **clause peut être comprise de différentes manières selon les règles de la bonne foi**.⁷⁶

d) Contrôle de validité

33. Si le contrôle d'incorporation et le contrôle de clarté révèlent qu'une clause donnée, d'une teneur donnée, est devenue partie intégrante du contrat, il faut se demander dans le cadre du **contrôle de validité** si son contenu résiste aux **critères de contrôle** généraux **du CO**, en particulier aux **art. 19 et 20 CO**. Si le résultat s'avère négatif, la clause en question est nulle.⁷⁷

34. En vertu de l'art. 19, al. 2 CO, la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait **contraire aux mœurs, à l'ordre public** ou **aux droits attachés à la personnalité**. Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20, al. 1 CO).

e) Contrôle matériel global

35. a) Le législateur n'a **pas adopté de loi régissant globalement** le contrôle des conditions générales ou des conditions générales d'assurance. Le **Tribunal fédéral** s'est jusqu'ici borné à développer la règle des clauses insolites sous l'optique du consentement (contrôle de validité) et la règle des clauses ambiguës dans le cadre du contrôle de clarté. Il s'est toujours **abstenu** d'instaurer un **contrôle matériel** (ouvert) **global**, qui permettrait au juge d'examiner librement si les CG sont propres à l'affaire et si elles sont compatibles avec les idéaux et les valeurs qui s'expriment dans la législation dispositive.⁷⁸

b) Comme le Tribunal fédéral l'explique lui-même dans un arrêt du 28 octobre 2008, la **doctrine** majoritaire exige depuis longtemps que les **conditions générales** préalablement formulées qui ont été incorporées au contrat de manière globale **soient examinées quant à leur contenu** et que toute validité leur soit déniée s'il s'avère qu'elles désavantagent l'autre partie d'une manière disproportionnée ou qu'elles sont étrangères à l'affaire, parce qu'elles prévoient une répartition des risques inéquitable. La doctrine voit dans la jurisprudence du TF relative à la problématique un contrôle caché du contenu des conditions générales, qui a été entrepris sous le couvert de la règle des clauses insolites.⁷⁹

Dans l'ATF 135 III 1, 13, la Cour a toutefois laissée ouverte la question de savoir si la jurisprudence sur la validité des clauses insolites incorporées de manière globale au contrat doit être

⁷⁵ MAURER (nbp 18), p. 247 ; apparemment dans le même sens, KOENIG (nbp 37), 586 ; PERRIG (nbp 43), n° 253 ; ATF 115 II 264, 269 ; d'un autre avis, FUHRER (nbp 38), n° 248 ad art. 33, selon lequel une clause d'exclusion équivoque qui permet deux interprétations doit être interprétée selon la compréhension qu'en avait l'assuré.

⁷⁶ PERRIG (nbp 43), n° 257.

⁷⁷ PERRIG (nbp 43), n° 104.

⁷⁸ BERGER (nbp 41), n° 962 ; THOUVENIN, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013, n° 48 ad art. 8.

⁷⁹ ATF 135 III 1, 8 (traduit au JdT 2011 II p. 516, 522), avec ses références.

étendue à un contrôle du contenu de celles-ci exercé par le juge, ainsi que l'exige la doctrine majoritaire.

c) Pour FUHRER, il est juridiquement indéfendable en **droit du contrat d'assurance** de considérer que des clauses grossièrement inéquitables puissent être valides sans contrôle de clarté, à la simple condition que l'attention ait été attirée dessus et qu'elles soient formules clairement. Dans le domaine du droit du contrat d'assurance, FUHRER fait reposer le **contrôle matériel** sur l'**art. 19, al. 2 CO**, selon lequel la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait **contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité**.⁸⁰ Certes, ce faisant, il ne va pas au-delà du contrôle d'incorporation (voir ch. 33 s. ci-dessus), déjà admis à l'heure actuelle.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont **contraires aux mœurs** au sens de l'art. 20 al. 1 CO les contrats condamnés par la **morale dominante**, par le **sentiment général des conventions**, par les **principes et jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble**.⁸¹

36. a) Comme déjà mentionné, le droit suisse ne contient aucune disposition régissant spécifiquement le contrôle des conditions générales ou des conditions générales d'assurance. Une **exception** existe toutefois avec l'**art. 8 LCD**. Cette disposition prévoit qu'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.

b) Certes, l'**art. 8 LCD** ne suffit pas à combler les lacunes de l'instrumentarium législatif. D'une part, cette disposition s'applique **uniquement en faveur des consommateurs**. D'autre part, le consommateur doit **prouver trois éléments de fait** difficiles à démontrer : il doit prouver des faits dont il découle que la clause introduit une **disproportion** notable entre les droits et les devoirs qui découlent du contrat, que cette **disproportion** est **injustifiée** et que l'utilisateur l'a conçue en contradiction avec les règles de la bonne foi, à savoir **abusivement** (et donc de façon déloyale), au détriment du consommateur.⁸² Selon la doctrine, il découle du principe de la confiance et des **égards que se doivent mutuellement les parties** en vertu du principe de la bonne foi, que, « lorsqu'il formule des CG, l'utilisateur doit tenir compte des intérêts justifiés des consommateurs et ne saurait abuser de son pouvoir formateur de fait afin de servir exclusivement ses propres intérêts. » Il faut au contraire « procéder à une pesée soigneuse de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des CG et des consommateurs ». ⁸³ Cette approche est tout à fait favorable aux consommateurs.

c) La principale difficulté dans l'application de l'art. 8 LCD réside donc dans la condition qu'une clause introduise une « **disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat** ». Cette condition serait remplie lorsque (a) « l'utilisateur des CG n'a pas un intérêt suffisamment digne de protection à la répartition inéquitable et non conforme au système de référence des droits et obligations », (b) « l'intérêt des consommateurs à une répartition équitable et conforme au système de référence des droits et devoirs l'emporte de manière claire et notable par rapport aux intérêts de l'utilisateur des CG à la répartition prévue dans les CG », (c) « la répartition

⁸⁰ FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, n° 8.83 ss, en part. 8.87.

⁸¹ ATF 136 III 474, 477 ; 132 III 455, 458.

⁸² BERGER (nbp 41), n° 968.

⁸³ THOUVENIN (nbp 77), n° 108 ad art. 8, avec renvois ; traduction libre des textes originaux : « *dass der AGB-Verwender bei der Formulierung seiner AGB den berechtigten Interessen der Konsumenten Rechnung tragen muss [...] und seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbrauchen darf, ausschliesslich die eigenen Interessen zu verfolgen.* » et « *eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten* ».

inéquitable des droits et devoirs prévue dans les CG est contraire au but et à l'objet du contrat » ou (d) « la répartition inéquitable des droits et devoirs paraît contraire à la nature de l'affaire ». ⁸⁴

À mon sens, cette condition ne semble pas être remplie dans les clauses qui m'ont été soumises pour examen.

3. Résultat intermédiaire et méthode d'examen

37. Ci-après, il s'agira donc à chaque fois de vérifier, dans le cadre d'un **contrôle d'incorporation**, si les clauses (d'exclusion) discutées sont devenues partie intégrante du contrat ou si elles s'avèrent insolites au plan subjectif et objectif, de sorte que l'assureur ne pouvait pas admettre, en vertu du principe de la confiance, que le preneur d'assurance les acceptait.

Si cet examen devait avoir pour résultat que les clauses (d'exclusion) discutées ne sont pas devenues partie intégrante du contrat d'assurance, il n'y aurait à strictement parler pas lieu d'examiner les autres questions. Toutefois, étant donné que le présent avis de droit a pour objet de procéder à un examen approfondi sous tous les angles envisageables, toutes les clauses seront également soumises aux analyses subséquentes.

38. Lors d'une deuxième étape, un **contrôle de clarté** sera effectué afin de vérifier si les clauses (d'exclusion) discutées sont ambiguës, de sorte qu'en vertu de l'art. 33 LCA, elles ne sauraient exclure l'évènement en question faute d'une formulation « *précise, non équivoque* ».

39. Une troisième étape consistera à vérifier si les clauses (d'exclusion) discutées résisteraient à un **contrôle matériel global** tel que le revendique la doctrine. Étant donné que leur utilisation a peu de chances de constituer un abus de droit, l'examen sous l'angle de l'art. 8 LCD ne sera pas au premier plan.

40. Il convient à ce stade de souligner que le **contrôle d'incorporation**, le **contrôle de clarté** et un éventuel **contrôle matériel global** constituent des **questions de droit**, qui seraient tranchées en dernière instance par le **Tribunal fédéral suisse**. Partant, ils soulèvent des questions d'appréciation, dont il est impossible de prédire avec certitude comment trancherait notre Cour suprême. Le présent avis de droit ne pourra donc pas aller plus loin que développer les principaux aspects pertinents et proposer une piste envisageable.

⁸⁴ THOUVENIN (nbp 77), n° 133 ad art. 8, avec renvois ; traduction libre du texte original: « (a) ein hinreichend schutzwürdiges Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen, ungleichgewichtigen und vom Referenzsystem abweichenden Verteilung der Rechte und Pflichten fehlt », (b) « das Interesse der Konsumenten an einer gleichgewichtigen und dem Referenzsystem entsprechenden Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen Verteilung der Rechte und Pflichten in eindeutiger und erheblicher Weise überwiegt », (c) die in den AGB vorgesehene, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten Sinn und Zweck des Vertrags widerspricht » oder (d) « die ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten als zweckwidrig erscheint ».

III. Réponses aux questions / appréciation des clauses de couverture et d'exclusion

A. Assurance voyage

1. Exclusion de couverture pour épidémies, pandémies, catastrophes naturelles, etc.

41. a) Vous m'avez soumis une clause d'exclusion ayant la teneur suivante⁸⁵ (mise en évidence par mes soins) : « **Ne sont pas assurés** les événements suivants et leurs conséquences : guerre, attentats terroristes, troubles en tout genre, **épidémies, pandémies, catastrophes naturelles** et incidents impliquant des substances nucléaires, biologiques ou chimiques ».

b) Vous avez demandé si cette exclusion permet d'exclure les conséquences de l'infection actuelle de COVID-19.

42. a) Si les conséquences des épidémies et pandémies ont été expressément exclues, il me paraît évident, dans le cadre du **contrôle d'incorporation** (voir ch. 23 ss ci-dessus), que l'assureur peut admettre, en vertu du principe de la confiance, que l'assuré accepte l'exclusion, quand bien même les CGA ont été intégrées au contrat d'assurance moyennant une incorporation globale (voir à ce sujet ch. 23 ci-dessus).

L'exclusion en question ne me semble **insolite ni au plan subjectif, ni au plan objectif** (voir ch. 25 ss ci-dessus). Le fait d'exclure de la couverture les conséquences des épidémies et pandémies, en plus de celles de la guerre, des attentats terroristes, des troubles en tout genre, des catastrophes naturelles et des incidents impliquant des substances nucléaires, biologiques ou chimiques, n'est pas inhabituel.

b) De même, suite au **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus) dans le cadre d'une interprétation objective, la teneur de l'exclusion me paraît claire et non équivoque. L'assureur souhaite exclure de la couverture des événements extraordinaires tels que la guerre, les attentats terroristes, les troubles en tout genre, les catastrophes naturelles et les incidents impliquant des substances nucléaires, biologiques ou chimiques, auxquels il assimile aussi les épidémies et les pandémies. La clause exclut ces événements de l'assurance d'une manière précise et non équivoque au sens de l'art. 33 LCA.

c) Il n'en irait pas autrement si l'on souhaitait effectuer un **contrôle matériel global** tel que le revendique la doctrine, que FUHRER fonderait sur l'art. 19, al. 2 CO dans le domaine du droit du contrat d'assurance.⁸⁶ En vertu de cette disposition, « *la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité* ».

À mon sens, l'exclusion des épidémies ou des pandémies de la couverture d'une assurance voyage n'est contraire ni aux mœurs, ni à l'ordre public, ni aux droits attachés à la personnalité. Il ne fait en outre pas le moindre doute que la clause en question ne viole pas l'art. 8 LCD.

⁸⁵ Ndlr : La traduction des différentes clauses se base sur des clauses de CGA très similaires ou identiques disponibles en français. Lorsqu'une telle base n'a pu être trouvée, il est précisé qu'il s'agit d'une traduction libre.

⁸⁶ FUHRER (nbp 79), n° 8.87.

2. Couverture pour les conséquences des pandémies / pas d'exclusion de couverture pour les pandémies

43. a) Vous m'avez soumis diverses clauses dont la teneur générale correspond à la suivante (mise en évidence par mes soins) « a) *L'assurance accorde sa couverture d'assurance lorsqu'une personne assurée doit cesser, interrompre ou prolonger sa prestation de voyage réservée, à la suite d'un événement mentionné ci-après : [...] b) grève (sous réserve de participation active) sur l'itinéraire à l'étranger. Des troubles de tout genre, une quarantaine, des **épidémies** ou des dommages causés par les forces de la nature à la destination du voyage, s'ils mettent concrètement en danger la vie et les biens de la personne assurée, empêchant ainsi ou rendant irréalisable la poursuite du voyage ou du séjour [...]* ».

b) Vous avez demandé si l'assureur peut refuser la couverture en raison du fait que l'infection de COVID-19 constitue (désormais) une pandémie, bien que les CGA ne prévoient pas de restriction de couverture en cas de pandémie.

44. a) Selon les développements ci-dessus (voir ch. 13), le **terme général** d'un grand nombre d'**infections d'Influenza**, à savoir des infections touchant en peu de temps un plus grand nombre de personnes que d'habitude, est l'**épidémie d'Influenza**. La pandémie d'Influenza n'est qu'un cas particulier caractérisé par l'envergure du territoire touché par cette maladie. En outre, le Plan suisse de pandémie Influenza déclare expressément (mise en évidence par mes soins) : « **Les phases définies par l'OMS sont importantes surtout au niveau global et ne déclenchent pas automatiquement des mesures en Suisse** »⁸⁷ (voir également à ce sujet le ch. 8 ci-dessus).

b) Si le risque couvert est l'épidémie, le **refus de couverture** au motif qu'il n'y a pas une épidémie mais une pandémie est **indéfendable**. Si l'épidémie est assurée, la pandémie l'est également.

D'emblée, les CGA ne contiennent **aucune clause** qui exclurait de l'assurance la pandémie d'une manière précise et non équivoque **au sens de l'art. 33 LCA**.

c) Il conviendra d'examiner dans un autre contexte si une exclusion expresse de la couverture des conséquences des pandémies peut être valablement convenue lorsque l'épidémie fait partie des risques assurés en principe.

3. Couverture en cas d'épidémies (uniquement) au lieu de destination du voyage

45. a) Vous m'avez soumis la clause suivante (mise en évidence par mes soins) : "a) *L'assurance accorde sa couverture d'assurance lorsque la personne assurée doit renoncer à sa prestation de voyage réservée, à la suite d'un événement mentionné ci-après, s'il est survenu après la conclusion de l'assurance ou la réservation de la prestation de voyage : [...] b) grèves (sous réserve de la participation active) sur le trajet prévu à l'étranger. Des dommages causés par les forces de la nature à la destination du voyage, s'ils mettent concrètement en danger la vie et les biens de la personne assurée [...]*."

⁸⁷ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 11.

b) Vous avez posé la **question** de savoir si l'assureur peut refuser la couverture si la présence de l'épidémie est géographiquement limitée (destination du voyage ; je suppose qu'il convient d'ajouter : et que la maladie ne s'y est pas [encore] déclarée).

46. a) La clause selon laquelle l'assurance ne verse des prestations que si la personne assurée doit renoncer à sa prestation de voyage assurée car une épidémie s'est déclarée au lieu de destination du voyage me paraît claire dans le cadre du **contrôle d'incorporation** (voir à ce sujet ch. 23 ss ci-dessus). À mon sens, l'assureur peut donc admettre, en vertu du principe de la confiance, que l'assuré déclare accepter cette règle, quand bien même les CGA ont été intégrées au contrat d'assurance moyennant une incorporation globale (voir à ce sujet ch. 23 ci-dessus).

b) De même, suite au **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus) sur la base d'une interprétation objective, la teneur de l'exclusion me paraît claire et non équivoque. L'assureur ne souhaite pas verser de prestations si la vie et les biens de la personne assurée ne sont pas en danger au lieu de destination du voyage.

c) La clause en question n'est pas non plus contraire à l'art. 8 LCD (voir ch. 36 ci-dessus).

d) aa) La question se pose en revanche de savoir jusqu'à quel moment le preneur d'assurance pouvait partir en voyage en situation de pandémie, simplement car l'épidémie ne s'était pas (encore) déclarée au lieu de destination. En l'espèce, cela dépendra principalement de la date. En effet, du point de vue suisse, jusque vers la mi-février 2020, le public n'était probablement pas encore en mesure d'évaluer l'étendue qu'allait avoir l'infection. Mais au plus tard lors de l'adoption de l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (qui se fondait par ailleurs expressément, par sa référence à l'art. 6, al. 1, let. b LEp, sur le fait que l'Organisation mondiale de la santé [OMS] avait constaté une urgence de santé publique de portée internationale), tout un chacun devait se rendre compte qu'il s'agissait d'un phénomène mondial.

En vertu de l'art. 61, al. 1 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour **restreindre le dommage**. Certes, en vertu des dispositions de la LCA, cette obligation ne commence qu'à la survenue de l'événement dommageable. Toutefois, du moins si d'autres prestations que les frais d'annulation sont assurées (p. ex. frais de retour, frais supplémentaires dus à un retour anticipé, participation aux coûts de la prestation de voyage inutilisée), l'on est en droit de se demander si le preneur d'assurance peut vraiment miser sur le fait que la maladie ne se déclarera pas (également) à sa destination de voyage durant sa présence sur place et courir le risque de devoir **interrompre son voyage**, donnant lieu à des **coûts encore plus conséquents**. En effet, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à l'unisson la **figure juridique de l'obligation de réduire le dommage**.⁸⁸ Selon le Tribunal fédéral, le lésé doit faire tout son possible pour minimiser, voire prévenir le dommage.⁸⁹

S'ajoute à ceci le fait qu'en vertu de l'**art. 14, al. 1 LCA**, l'assureur n'est pas lié si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit. L'**art. 14, al. 2 LCA** lui donne le droit de réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave.

bb) En donnant suite à la revendication d'un **contrôle matériel global** (voir ch. 35 ci-dessus), l'on pourra argumenter à raison qu'une clause qui a pour effet que l'assuré doive faire les frais de ses coûts (d'annulation du voyage), alors même qu'il préserve l'assureur du risque d'avoir à

⁸⁸ FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, Berne 2012, n° 2481, avec de nombreuses références à la doctrine.

⁸⁹ Voir ATF 130 III 182, 189 (traduit au JdT 2005 I p. 3, 9), avec renvois ; voir aussi TF 4C.177/2006 du 22 septembre 2006 consid. 2 ; TF 5A_45/2009 du 29 juin 2009 consid. 3.2.2.

couvrir des coûts potentiellement bien plus élevés, est contraire aux mœurs au sens de l'art. 19 CO et donc nulle (art. 20, al. 1 CO).

Par ailleurs, dans le cas d'une pandémie mondiale, le fait que l'épidémie se déclarera également au lieu de destination est une certitude, l'unique question étant de savoir quand. Je me demande donc si une clause qui inciterait l'assuré à prendre ce risque, sous peine de perdre purement et simplement les frais payés pour son voyage, ne serait pas contraire aux droits de la personnalité au sens de l'art. 19, al. 2 CO et donc nulle (art. 20, al. 1 CO).

4. Couverture uniquement lorsque le voyage est irréalisable en raison des recommandations des autorités suisses

47. a) Vous m'avez soumis la clause suivante (mise en évidence par mes soins) : « *L'évaluation de la situation quant à déterminer si un voyage à destination d'un pays est raisonnablement possible ou non en raison de grèves, de troubles de tout genre, d'une guerre, d'actes de terrorisme ou d'épidémies est basée principalement sur les **recommandations en vigueur édictées par les autorités suisses**. Il s'agit en premier lieu des recommandations du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).* »

b) Vous avez posé la **question** de savoir si un assureur peut exclure la couverture en cas d'épidémie lorsque ni une autorité suisse ni l'OMS n'ont émis de conseils aux voyageurs.

48. a) Il ne fait aucun doute que la question de savoir si le voyage est raisonnablement possible doit être tranchée sur la base de motifs objectifs et non au gré de l'assuré. Il me paraît donc évident, dans le cadre du **contrôle d'incorporation** (voir ch. 23 ci-dessus), que l'assureur peut admettre, en vertu du principe de la confiance, que l'assuré déclare accepter cette règle, quand bien même les CGA ont été intégrées au contrat d'assurance moyennant une incorporation globale (voir ch. 23 ci-dessus). La clause en question ne me semble insolite ni au plan subjectif, ni au plan objectif (voir ch. 25 ss ci-dessus).

b) aa) Toutefois, dans le cadre du **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus), il faut rappeler que l'interprétation ne saurait se limiter à la lettre d'une clause (voir ch. 30 s. ci-dessus). Si, comme c'est indubitablement le cas en l'espèce, il est impossible d'établir la volonté réelle des parties, la convention doit être interprétée selon le principe de la confiance, c.-à-d. que l'on doit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral « *rechercher la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations telles qu'elles pouvaient ou devaient être comprises par l'autre partie selon les règles de la bonne foi d'après l'ensemble des circonstances. Ce faisant, le juge doit retenir une solution **adaptée**, car on ne saurait considérer que les parties ont opté pour une solution inadéquate [...]* ». Même si le texte choisi paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres éléments du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances, que le **texte** de cette clause **ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu**.⁹⁰

bb) Les **recommandations** d'une autorité suisse concernant le caractère raisonnablement impossible du voyage ont exclusivement pour **but de motiver de manière objective** le choix de l'assuré de renoncer au voyage. Celui-ci n'est pas censé décider arbitrairement s'il part en voyage ou non. En conséquence, la manière dont cette objectivité est garantie ne saurait finalement jouer le

⁹⁰ ATF 140 III 134, 138 s. (résumé à la SJ 2019 I p. 121) ; voir aussi ATF 136 III 186, 188 ; 131 III 606, 611 s. ; 129 III 702, 707, traduit au JdT 2004 I p. 535, 540.

moindre rôle. Le texte même de la clause, selon lequel l'évaluation est basée « *principalement* » sur les recommandations en vigueur des autorités suisses, permet de comprendre que d'autres possibilités ne sont pas exclues.

c) Partant, s'il est possible de démontrer sur la base d'**autres critères objectifs**, à savoir un comportement implicite des autorités suisses à cet égard (tel que l'adoption de l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 28 février 2020 ou de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 et des ordonnances suivantes imposant des restrictions expresses en matière de voyage), qu'un voyage n'est pas raisonnablement possible, **l'assureur** n'est à mon sens **pas en droit de refuser la couverture** uniquement car une recommandation expresse en vigueur des autorités suisses (principalement du Département fédéral des affaires étrangères [DFAE] ou de l'Office fédéral de la santé publique [OFSP]) fait défaut.

c) Une autre clause que vous m'avez fait parvenir démontre qu'il doit exister (et qu'il existe) d'autres possibilités de motiver objectivement les raisons qu'a l'assuré de renoncer à son voyage (mise en évidence par mes soins) : « [...] *si la vie de la personne assurée est en danger ou si les autorités suisses (Département fédéral des affaires étrangères/DFAE ou Office fédéral de la santé/OFSP) déconseillent d'effectuer le voyage* ».

B. Assurance d'interruption de l'exploitation

1. Exclusion des dommages résultant d'agents pathogènes pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale

49. a) aa) Vous m'avez soumis la clause suivante⁹¹ : Sont assurés « **Épidémie** » : B1 : « *Dommages subis suite à des mesures ordonnées par des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein en vertu de dispositions de droit public, en vue de prévenir la propagation de maladies transmissibles par (a) la fermeture ou la mise en quarantaine d'entreprises ou de parties d'entreprise et la restriction de l'activité, (b) l'enlèvement ou le traitement de marchandises contaminées, (c) l'enlèvement et le remplacement d'équipements infectés, (d) l'interdiction de travailler pour des personnes employées par l'entreprise, (e) la déclaration du territoire communal où se situe l'entreprise assurée comme zone interdite, (f) l'interdiction de se baigner dans les eaux à proximité de l'entreprise assurée ou dans des zones de baignade assurées, (g) l'interdiction d'organiser des fêtes et (h) le refus de cantonner des militaires.* »

« *Ne sont pas assurés* » « **Épidémie** : les dommages résultant de virus grippaux (influenza) et de prions (scrapie, encéphalopathie spongiforme bovine, maladie de Creutzfeldt-Jacob,

⁹¹ Ndlr : Des clauses suffisamment similaires n'ayant pu être trouvées en français pour chacun des éléments cités, le texte source suivant a été traduit partiellement librement : « *Epidemie* » : B1: « *Schäden infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um durch (a) Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit, (b) Beseitigung oder Aufbereitung von infizierter Ware, (c) Beseitigung und Neuanschaffung von infizierten Einrichtungen, (d) Tätigkeitsverbot von im Betrieb tätigen Personen, (e) Erklärung des Gemeindegebietes, auf dem sich der versicherte Betrieb befindet, zur Sperrzone, (f) Badeverbot in Gewässern, die an den versicherten Betrieb angrenzen oder in versicherten Badeanlagen, (g) Verbot von Festanlässen und (h) Absage von Militäreinquartierungen die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.* », « *Ne sont pas assurés* » « **Épidémie** : Schäden infolge von Influenza-Viren und Prionkrankheiten (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.) sowie infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. ».

etc.), ainsi que ceux résultant d'agents pathogènes **pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale** ».

bb) Vous m'avez soumis **différentes versions** de cette clause, qui se recourent toutefois au niveau de la teneur du passage déterminant, étant donné que toutes les versions excluent des maladies pour lesquelles « **le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale** ».

b) Vous avez posé la **question** de savoir si l'exclusion précitée permet d'exclure valablement la couverture en cas de pandémie.

50. a) Il convient de rappeler au préalable que la Suisse **ne connaît pas la notion de « niveau de pandémie »** (voir à ce sujet ch. 8 ss ci-dessus).⁹² Le fait que le directeur général de l'OMS constate qu'une maladie infectieuse donnée constitue une **pandémie** n'a **aucune conséquence juridique** en Suisse. Le Plan suisse de pandémie Influenza l'affirme expressément : (mise en évidence par mes soins) : « **Les phases définies par l'OMS sont importantes surtout au niveau global et ne déclenchent pas automatiquement des mesures en Suisse.** »⁹³

Par ailleurs, le constat du directeur général de l'OMS n'est pas une disposition juridique qui « s'applique » ; elle correspond simplement à son évaluation officielle de la situation, qui constitue la base des mesures prises par l'OMS.

b) En outre, il n'existe pas de « *pandémie nationale* ». Conformément aux développements ci-dessus (voir ch. 13), une pandémie est une épidémie qui se propage sur une vaste région géographique, en règle générale au monde entier. Une épidémie en Suisse ne peut jamais devenir une pandémie « *à l'échelle nationale* ». C'est la raison pour laquelle le terme de pandémie ne figure pas dans la LEp (voir ch. 8 s. ci-dessus).

La **formulation** « *pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale* » est donc **vide de sens**.

c) Comme expliqué ci-dessus (voir ch. 8, let. c), seul le fait que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) constate la présence d'une **urgence sanitaire de portée internationale** déploie des conséquences juridiques en Suisse. En vertu de l'art. 6, al. 1, let. b LEp, ce constat permet de présumer l'existence d'une situation particulière en Suisse si (et seulement si) cette urgence sanitaire (internationale) **menace la santé de la population** (également) en Suisse (voir ch. 8, let. c et ch. 9 ci-dessus).

Par ailleurs, contrairement à la déclaration de pandémie, le constat d'une urgence de santé publique de portée internationale de l'OMS repose sur un acte normatif qui lie également la Suisse, à savoir l'art. 12 du Règlement sanitaire international (RSI) de 2005 (RS 0.818.103) (voir à ce sujet ch. 7, let. b) bb) ci-dessus).

⁹² Il convient de mentionner en outre que l'OMS a modifié sa définition des phases de pandémie en 2009 (https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/influenza_risk_management_update2017/fr/). Toutefois, cette modification n'a joué aucun rôle pour la déclaration de pandémie en lien avec le COVID-19. Selon l'ancienne définition également, la phase 6, pandémie, aurait été déclarée (source en allemand : <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Pandemie/FAQ20.html>).

⁹³ Plan suisse de pandémie Influenza 2018 (nbp 8), 11.

d) Le fait que l'OMS estime qu'une urgence de santé publique de portée internationale s'est par la suite transformée (au plan international) en **pandémie** n'a **aucune conséquence** sur la situation juridique en Suisse. Le fait que les mesures d'endiguement (distance sociale, fermeture d'entreprises, etc.) touchent l'ensemble de la population, n'est **pas une conséquence de la maladie infectieuse qualifiée de pandémie à l'échelle internationale**, mais de l'épidémie en Suisse, plus précisément des mesures adoptées pour tout le territoire suisse par le Conseil fédéral en vertu de la situation extraordinaire sévissant en Suisse (art. 7 LEp).

e) Sur la base de ces réflexions, l'idée que la transformation (à l'échelle internationale) d'une épidémie en pandémie doit avoir une quelconque conséquence matérielle sur la couverture du risque d'épidémie en Suisse n'importe pas conviction.

f) Conformément aux développements ci-dessus, l'autonomie des parties autorise toutefois à limiter la couverture d'un risque donné. Il s'agira donc par la suite d'examiner si l'exclusion précitée permet d'exclure valablement la couverture en cas de pandémie.

51. a) aa) Comme je l'ai expliqué ci-dessus (voir ch. 23 ci-dessus), il s'agit de vérifier, dans le cadre du **contrôle d'incorporation**, si l'assureur peut admettre, selon les règles de la bonne foi, que le preneur d'assurance accepte une clause d'exclusion donnée. Selon le principe de la confiance, l'utilisateur de CGA ne saurait présumer l'existence d'une acceptation tacite s'il ne peut pas, **selon les règles de la bonne foi** et selon les circonstances du cas concret, **raisonnablement admettre** que le preneur d'assurance a souhaité incorporer globalement le contenu des conditions générales d'assurance.

bb) À mon sens, l'**exclusion** « *Ne sont pas assurés les dommages résultant de virus Influenza [...] pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale* » est **insolite** ne serait-ce que car, comme expliqué plus haut (voir ch. 14 s. ci-dessus), elle est **vide de sens**, étant donné qu'une déclaration de pandémie de l'OMS ne déploie aucune conséquence de droit ou de fait en Suisse (voir ch. 8 s. ci-dessus). L'assureur ne peut donc pas présumer, en vertu du principe de la confiance, que l'assuré accepte une telle exclusion.

En outre, le preneur d'assurance n'a pas à s'attendre à ce qu'il ne soit plus assuré à partir du moment où une infection d'Influenza a atteint une envergure grave à l'échelle internationale et s'est transformée en **pandémie**, alors qu'il est assuré dans le cas d'une **épidémie** limitée localement ou régionalement, qui a toutefois **exactement les mêmes conséquences** sur son activité que la pandémie.

cc) Bien entendu, il **aurait été possible d'exclure la couverture**. Toutefois, en vertu du **principe de transparence**, il aurait fallu que cette exclusion soit **clairement mentionnée**. Selon les développements ci-dessus (voir ch. 14) il faudrait exclure la couverture de l'épidémie pour le cas où celle-ci serait due à une maladie infectieuse qui, premièrement, est née à l'étranger et, deuxièmement, s'est propagée dans suffisamment de pays ou de continents pour pouvoir être qualifiée de pandémie. Ainsi, la clause aurait non seulement été compréhensible dans sa formulation, mais aurait en outre permis au preneur d'assurance de reconnaître les désavantages et détriments financiers qui y étaient associés.

Dans le cadre du contrôle d'incorporation, le constat que même une exclusion transparente de ce genre n'aurait aucun sens de l'angle de la technique d'assurance ne change rien au fait qu'elle aurait pu être valablement convenue dans le contrat d'assurance (voir également ch. 15 b ci-dessus).

Si l'assureur avait effectivement visé l'**exclusion dynamique** mentionnée ci-dessus (voir ch. 14, let. c), qui lui aurait permis de refuser la couverture dès le moment où il ne s'agit plus d'une épidémie, mais d'une pandémie qui remet en question son mode de financement (voir ch. 11 et 16 ss ci-dessus), il aurait dû **l'expliquer** au preneur d'assurance, en vertu du **principe de transparence** (voir ch. 24 ci-dessus), car l'assuré **n'a pas à s'attendre à une exclusion de ce genre** (voir à ce sujet ch. 25 ci-dessus). D'autres questions resteraient à régler dans ce cas, notamment de savoir si les dommages causés par la même infection seraient couverts jusqu'au moment où la maladie est qualifiée de pandémie et quel serait l'organe de référence (compétent pour qualifier la situation de pandémie).

Comme déjà exposé (voir ch. 14, let. c ci-dessus), une clause de ce genre ne résisterait à mon sens pas à un contrôle matériel (ouvert).

dd) Il va de soi qu'une **clause vide de sens** est, par son objet, **objectivement étrangère à l'affaire**. S'ajoute à ceci, dans ce contexte, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle dans les contrats d'assurance, il convient aussi de tenir compte des attentes de couverture justifiées. Or, il ne fait pas le moindre doute que le preneur d'assurance s'attend de manière justifiée à ce que sa couverture en cas d'épidémie s'étende aux situations où l'épidémie a pris une ampleur telle qu'il faut s'attendre à une crise économique mondiale.

b) aa) Dans le cadre du **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus), force est de constater que le **sens objectif de la clause** qui stipule que les dommages résultant d'agents pathogènes pour lesquels le niveau 5 ou 6 d'alerte pandémique de l'OMS est déclaré à l'échelle nationale ou internationale ne sont pas couverts **n'apparaît pas clairement**. Comme déjà mentionné, il n'existe **aucune disposition légale** en vertu de laquelle un « niveau de pandémie » serait déclaré. Le droit suisse ne distingue pas les notions d'épidémie et de pandémie (voir à ce sujet ch. 8 s. ci-dessus).

bb) En outre, l'on ignore si cette exclusion est aussi censée s'appliquer lorsque l'**épidémie** se transforme en pandémie à l'échelle internationale après être **née en Suisse**. De même, l'on ignore à quel moment l'exclusion est censée déployer ses effets lorsque l'**agent pathogène** qui déclenche l'épidémie en Suisse **provient de l'étranger**. Aucun de ces cas n'est fondé sur une disposition légale (voir à ce sujet ch. 8 s. ci-dessus).

cc) À mon sens, nous ne sommes donc **pas** en présence d'une **exclusion** qui, tout en couvrant en principe les épidémies, exclut les pandémies de l'assurance **d'une manière précise, non équivoque**. En vert de l'art. 33 LCA, l'exclusion n'est donc **pas valide**.

c) En donnant suite à la revendication d'un **contrôle matériel global**, l'on pourra argumenter à raison qu'une clause qui prévoit un **mécanisme caché** (car n'étant pas expliqué) qui permet à l'assureur de refuser la prestation lorsque la technique de financement ne fonctionne plus en raison de l'envergure du risque réalisé serait **contraire aux mœurs** au sens de l'art. 19 CO.

2. Exclusion uniquement pour la « grippe », mais pas pour l'« épidémie » ou la « pandémie »

52. a) Vous m'avez soumis la clause suivante : « Assurance des risques d'épidémie pour les entreprises »⁹⁴. Dans le cadre des prestations décrites ci-après, l'assureur accorde la protection contre les conséquences financières : (a) « d'une fermeture et/ou quarantaine de l'entreprise assurée [...] »

« Sont exclus de l'assurance les dommages consécutifs à : (a) une **grippe** (Influenza) et des maladies vénériennes de toutes sortes [...]. »

b) Vous m'avez posé la **question** de savoir si la couverture des interruptions de l'exploitation causées par le COVID-19 est exclue, bien que les CGA en question n'excluent pas une pandémie.

53. a) Dans le cadre du **contrôle d'incorporation** (voir ch. 23 ss ci-dessus), point n'est besoin d'argumenter longuement pour constater que l'exclusion de la couverture de la grippe n'est ni insolite, ni par ailleurs conçue de telle manière que l'assureur ne puisse présumer, selon les règles de la bonne foi, que l'assuré l'accepte.

b) aa) Dans le cadre du **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus), il convient de se demander comment l'autre partie pouvait et devait comprendre le terme « grippe » (voir ch. 29, let. b ci-dessus), en particulier s'il devait le comprendre de telle manière qu'il convient d'y subsumer également la pandémie actuelle de COVID-19.

bb) Selon les **informations de l'OFSP**, le nouveau **coronavirus**, nommé « SARS-CoV-2 », fait partie de la même famille de virus que six autres coronavirus connus de l'homme depuis des années ou des décennies. On dénombre quatre coronavirus humains. Ils provoquent toujours des rhumes et des refroidissements assez légers, surtout durant le semestre d'hiver. Les coronavirus sont des virus ARN enveloppés (ARN = acide ribonucléique).

De l'avis de l'OFSP, un marché aux poissons de Wuhan, ville en Chine centrale, est probablement à l'origine de l'épidémie de coronavirus. On y vendait entre autres des chauves-souris, des serpents et d'autres animaux sauvages. Le virus est passé de l'animal à l'être humain, vraisemblablement véhiculé par des chauves-souris ou indirectement par des pangolins. Ensuite, le virus a été transmis d'une personne à l'autre.⁹⁵

cc) Selon les **informations de l'OFSP**, la grippe (= Influenza) est une maladie infectieuse fréquente en hiver. La grippe se transmet par les virus Influenza A et Influenza B. Il existe différents sous-types de virus A et deux lignages de virus B : Victoria et Yamagata.

Les symptômes typiques d'une grippe sont les suivants : forte fièvre soudaine (> 38°C), frissons, toux, maux de gorge, maux de tête, douleurs musculaires et articulaires, rhume, vertige et perte d'appétit. Les enfants peuvent avoir des nausées, vomissements et diarrhées et les personnes âgées ne pas avoir de fièvre. Une grippe peut durer jusqu'à deux semaines. Elle peut être relativement légère et sans complications et sera, alors, souvent confondue avec un refroidissement. Toutefois, contrairement aux refroidissements d'origine virale, la « vraie » grippe (Influenza) peut entraîner de nombreuses complications. Les virus Influenza ou une infection bactérienne secondaire

⁹⁴ Ndlr : Un titre suffisamment similaire n'ayant pu être trouvé en français, le texte source suivant a été traduit librement : « *Versicherung von Epidemierisiken für Betriebe* ».

⁹⁵ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html> (consulté le 15 avril 2020).

peuvent induire angine, sinusite, otite moyenne, pneumonie, myocardite ou complications neurologiques.⁹⁶

dd) De l'avis du Dr. med. Guido Schüpfer⁹⁷, que j'ai consulté à ce propos,⁹⁸ le **COVID-19** provoque effectivement initialement des symptômes similaires à ceux d'une grippe. Il s'agit toutefois d'une **maladie différente**.

Le message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 3 décembre 2010 distingue lui aussi clairement le coronavirus à l'origine du SRAS (syndrome respiratoire aigu sévère) des virus grippaux et des nouveaux virus de grippe tels que le virus pandémique H1N1.⁹⁹

ee) Lorsqu'un **mot a un sens technique** particulier (terme technique) dans un **milieu spécialisé** auquel appartiennent toutes les parties au contrat, l'on retiendra en principe ce sens plutôt que son sens courant.¹⁰⁰ C'est aussi le cas lorsque l'une des parties n'appartient pas au milieu en question, mais est familière des usages de la branche ou si l'on peut attendre, selon les règles de la bonne foi, de la partie étrangère à la branche qu'elle se renseigne quant à la signification du terme.¹⁰¹

En l'espèce, il faut présumer que le preneur d'assurance ne s'est pas interrogé longuement sur ce qu'est exactement une grippe. L'on peut toutefois admettre que, s'il s'était posé la question, il aurait pensé que le terme faisait référence à la grippe saisonnière annuelle. Sachant que, pour déterminer le sens d'un mot, il est possible de recourir, en sus de l'expérience générale de la vie, à des moyens tels que les lexiques¹⁰², il convient d'**interpréter objectivement le terme de « grippe » tel qu'il est compris dans le milieu scientifique**. En conséquence, le COVID-19 n'est pas une grippe. Le risque d'épidémie est donc assuré dans le cadre des prestations convenues. D'autant plus que le texte mentionne spécifiquement d'autres maladies que la grippe (les maladies vénériennes). Il en irait autrement s'il mentionnait uniquement la grippe, ou les maladies de type grippal. Partant, le preneur d'assurance peut présumer, selon les règles de la bonne foi, que les maladies qui ne sont pas mentionnées expressément sont assurées.

54. Les développements concernant l'exclusion de la grippe s'appliquent aussi à l'autre clause que vous m'avez soumise, selon laquelle ne sont pas couverts les « *dommages consécutifs à des virus grippaux (virus influenza, y compris la grippe aviaire et porcine, etc.), des prions [...]* ». Étant donné que le COVID-19 n'est pas une grippe, cette exclusion n'est elle non plus valide.

⁹⁶ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/grippe.html> (consulté le 15 avril 2020).

⁹⁷ Dr. med. Guido Schüpfer, MBA HSG, PhD co-médecin-chef KAIRS et chef d'état-major Médecine à l'Hôpital cantonal de Lucerne.

⁹⁸ Le Dr. Guido Schüpfer contribue régulièrement au cours de droit de la médecine, que je donne à l'université de Lucerne aux côtés du Dr. Regina Aebi-Müller.

⁹⁹ Message (nbp 2), 300.

¹⁰⁰ MÜLLER (nbp 43), n° 134 ad art. 18 ; voir p. ex. ATF 122 III 426, 429, traduit au JdT 1998 I p. 171, 174.

¹⁰¹ MÜLLER (nbp 43), n° 134 ad art. 18 ; voir p. ex. ATF 125 III 263, 267 s., traduit à la SJ 1999 I p. 469, 472.

¹⁰² WIEGAND (nbp 67), n° 19 ad art. 18.

3. Couverture de l'interruption d'exploitation pour cause d'épidémie : la pandémie est-elle aussi assurée ?

55. a) Vous m'avez également posé la **question** de savoir si les interruptions d'exploitation consécutives à une pandémie sont assurées si les interruptions consécutives à une épidémie le sont et que la couverture n'est pas exclue en cas de pandémie.

b) Comme je l'ai déjà expliqué, le **terme général est celui d'épidémie** ; une **pandémie** n'est qu'un cas particulier dans lequel une épidémie se propage sur une vaste aire géographique, en règle générale au monde entier (voir ch. 13 ci-dessus).

À mon sens, cela implique qu'une assurance épidémie couvre aussi les conséquences d'une pandémie. En outre, en Suisse, il s'agit toujours d'une épidémie étant donné qu'il n'existe pas de pandémie locale (voir ch. 14 ci-dessus).

C. Questions concernant les conditions de couverture

1. Introduction

56. Dans votre e-mail du 17 avril 2020, vous m'avez soumis des questions concernant des **conditions de couverture** qui, selon vous, prévoient **déjà des restrictions**. Il convient au préalable de noter ce qui suit :

57. a) À quelques exceptions près, le législateur suisse a renoncé à définir dans la loi le risque assuré de manière spécifique pour chaque branches d'assurance.¹⁰³ Le **risque assuré** est dès lors défini **dans le contrat d'assurance**.¹⁰⁴ L'art. 33 LCA le formule ainsi : « *l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du **risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue** [...].* »¹⁰⁵ MAURER clarifie le contenu et le sens de cette convention au moyen d'un exemple : « si un contrat d'assurance stipulait uniquement que l'assuré est couvert pour la responsabilité civile, l'assureur devrait accorder la couverture d'assurance pour tous les types de responsabilité civile, tels que la responsabilité du détenteur d'un véhicule, celle découlant de l'activité professionnelle, etc. Dans le doute, le risque est assuré globalement. C'est pourquoi les assureurs ont pour coutume de restreindre contractuellement le risque. Ils stipulent par exemple que l'assuré n'est couvert que s'il engage sa responsabilité en tant que détenteur d'un véhicule à moteur particulier. Dès lors, la couverture d'assurance n'est accordée que pour ce genre de responsabilité civile et non, disons, pour celle découlant de l'exercice d'un métier, p. ex. pour erreur médicale. »¹⁰⁶

b) Dans la mesure où le risque est défini dans les **conditions générales d'assurance**, ce qui est en général le cas en pratique, les développements ci-dessus concernant le **contrôle** des conditions générales d'assurance (voir ch. 22 ss) s'appliquent également à la définition du risque

¹⁰³ KOENIG (nbp 37), 575.

¹⁰⁴ Voir par exemple l'art. 63, al. 2 et l'art. 59 LCA.

¹⁰⁵ MAURER (nbp 18), 246.

¹⁰⁶ MAURER (nbp 18), 246 ; traduction libre du texte original : « *Würde z.B. in einem Versicherungsvertrag lediglich bestimmt, der Versicherte sei gegen Haftpflicht versichert, dann müsste der Versicherer für jede Art von Haftpflicht Versicherungsschutz gewähren, also für die Haftpflicht als Motorfahrzeughalter, aus beruflicher Tätigkeit usw. Im Zweifel ist die Gefahr in umfassender Weise versichert. Deshalb pflegt der Versicherer die Gefahr vertraglich einzuschränken. Er bestimmt z.B., versichert sei der Versicherte, wenn er als Halter eines bestimmten Motorfahrzeugs haftbar werde; dann besteht Versicherungsschutz nur für diese Art Haftpflicht und nicht z.B. auch für jene aus der Ausübung eines Berufs, etwa eines Arztes für Kunstfehler.* » ; voir aussi KOENIG (nbp 37), 575 ss.

assuré. Toutefois, le **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessous) jouera un rôle plus prépondérant que le contrôle d'incorporation. En revanche, l'art. 33 LCA, en vertu duquel une exclusion est invalide si elle n'est pas formulée « *de manière claire, non équivoque* », ne trouvera pas à s'appliquer.

Certes, il s'agira de vérifier, dans le cas concret, si la définition contractuelle du risque assuré ne constitue pas une **exclusion dissimulée** au sens de l'art. 33 LCA. Si c'est le cas, la cause en question sera soumise (également) aux restrictions de l'art. 33 LCA.¹⁰⁷

Cette condition pourrait être remplie dans les cas où des restrictions sont déjà visibles dans la définition des conditions de couverture (à savoir la définition du risque assuré). Ces cas bénéficieront dès lors d'une attention toute particulière.

2. Réponse aux questions

a) Restriction de la couverture à des infections au sein de l'entreprise assurée

58. a) Vous m'avez soumis les clauses suivantes¹⁰⁸ (mise en évidence par mes soins) : « *C Assurance épidémies* », « *Art. C1 Étendue de la couverture d'assurance* », « **Objet de l'assurance** » : Dans le cadre des prestations assurées, l'assurance accorde sa garantie contre les conséquences financières causées par (a) « *la fermeture ou la mise en quarantaine d'entreprises* », (b) « *l'enlèvement ou le traitement de marchandises contaminées ou susceptibles de l'être* », (c) « *l'interdiction individuelle de travailler pour des personnes employées par l'entreprise* », (d) « *l'interdiction pour le preneur d'assurance de livrer ses clients* », (e) « *la fermeture d'entreprises de tiers clientes ou faisant office de fournisseurs (dommages de répercussion)* », (f) « *la déclaration du territoire communal concerné comme zone interdite* », (g) « *l'interdiction de se baigner dans les eaux à proximité de l'entreprise assurée ou dans des zones de baignade assurées* », (h) « *l'interdiction d'organiser des fêtes* » et (i) « *le refus de cantonner des militaires* ».

« *Pour ce qui est des conséquences financières de ces mesures (p. ex. fermeture de l'entreprise, interdiction de travailler pour certains collaborateurs, etc.), il y a couverture d'assurance si **des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein ont constaté la présence d'agents pathogènes de maladies transmissibles** et ordonnent des mesures, en vertu de dispositions de droit public, en vue de prévenir la propagation de ces maladies.* »

b) Vous m'avez posé la **question** de savoir si cette clause permet d'exclure la couverture des dommages lorsque la présence de l'agent pathogène de maladies transmissibles a été constatée hors de l'entreprise de l'assuré.

59. a) Il convient au préalable de noter qu'à mon sens, l'« **objet de l'assurance** » correspond à la définition contractuelle du risque assuré (voir ch. 57 ci-dessus). La condition que « *des autorités*

¹⁰⁷ Voir FUHRER (nbp 38), n° 12 ad art. 33.

¹⁰⁸ Ndlr : Des clauses suffisamment similaires n'ayant pu être trouvées en français pour chacun des éléments cités, le texte source suivant a été traduit partiellement librement : « *C Epidemieversicherung* », « *Art. C1 Umfang des Versicherungsschutzes* », « *Gegenstand der Versicherung* »; (a) « *Betriebsschliessung oder Quarantäne* », (b) « *Beseitigung oder Aufbereitung von infizierter oder infektionsverdächtiger Ware* », (c) « *individuellem Tätigkeitsverbot für im Betrieb tätige Personen* », (d) « *Verbot der Belieferung von Kunden des Versicherungsnehmers* », (e) « *Schliessung von zuliefernden oder abnehmenden Fremdbetrieben (Rückwirkungsschäden)* », (f) « *Erklärung des betreffenden Gemeindegebiets zum Sperrgebiet* », (g) « *Badeverbot in Gewässern, die an den versicherten Betrieb angrenzen* », (h) « *Verbot von Festanlässen* » und (i) « *Absage von Militäreinquartierungen* »; « *Für die finanziellen Folgen dieser Massnahmen (z.B. Schliessung des Betriebes, Tätigkeitsverbot für einzelne Mitarbeiter etc.) besteht Versicherungsschutz, wenn eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde Erreger übertragbarer Krankheiten festgestellt hat und kraft öffentlich-rechtlicher Bestimmungen Massnahmen anordnet, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.* ».

compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein [aient] constaté la présence d'agents pathogènes de maladies transmissibles et ordonnent des mesures, en vertu de dispositions de droit public, en vue de prévenir la propagation de ces maladies », en revanche, constitue une exclusion au sens de l'art. 33 LCA, valide uniquement si elle est formulée « d'une manière précise, non équivoque ».

Toutefois, cette différence n'est pas déterminante l'analyse qui nous occupe, étant donné que, comme je tâcherai de le démontrer ci-après, un examen limité aux contrôles d'incorporation et de clarté mène au même résultat.

b) aa) À mon sens, la **clause en question ne permet pas de conclure** que la couverture est restreinte au cas où l'infection s'est déclarée dans l'entreprise de l'assuré ou qu'il est nécessaire que la présence de virus ait (également) été constatée sur les lieux. Il n'existe aucun élément allant dans ce sens, en particulier dans le paragraphe 2. Cette disposition exige uniquement que « *des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein [aient] constaté la présence d'agents pathogènes de maladies transmissibles* ». Il n'exige pas que le constat ait été effectué au sein de l'entreprise de l'assuré.

Le **terme d'« assurance épidémie »**, sous lequel est commercialisé le produit d'assurance, s'y oppose également. Il ne fait pas penser à une maladie infectieuse limitée à l'entreprise du preneur d'assurance. En effet, comme démontré ci-dessus, la **notion d'épidémie** se caractérise justement par le fait qu'une maladie infectieuse endémique, c.-à-d. limitée localement, **s'étend au-delà de son territoire limité** (voir ch. 13 lit. b ci-dessus).

bb) Un tel point de vue échouerait donc aussi bien au **contrôle d'incorporation** (voir ch. 23 ss ci-dessus) qu'au **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus). Dans la mesure où il n'est pas possible de prouver une réelle et commune intention des parties en ce sens, l'assureur n'a, selon les règles de la bonne foi, pas la moindre base pour présumer que le preneur d'assurance a accepté une restriction qui n'est pas formulée de manière claire, voire n'est pas mentionnée du tout.

b) Application de l'assurance épidémie à la perte de recettes d'un organisateur de manifestations

60. Vous exposez qu'en application de la couverture décrite au ch. 58, l'assureur accorde la couverture avant le 11 mars 2020 uniquement à condition que la perte de recettes soit la conséquence de **mesures des autorités**.

61. a) À mon sens, la **restriction de la couverture** des coûts en cas de fermeture d'entreprises, de fermeture d'entreprises de tiers clientes ou faisant office de fournisseurs ou d'interdiction d'organiser des fêtes (que je considère comme la base d'une possible couverture de la perte de recettes d'un organisateur de manifestations) se limite aux cas où « *des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein ont constaté la présence d'agents pathogènes de maladies transmissibles et ordonnent des mesures, en vertu de dispositions de droit public* ». Aussi bien sous l'angle du **contrôle d'incorporation** (voir ch. 23 ss ci-dessus) que sous celui du **contrôle de clarté** (voir ch. 28 ss ci-dessus), cette règle me paraît **tout à fait claire**. Elle me semble donc satisfaire également aux exigences de l'art. 33 LCA, qui exige une **formulation précise et non équivoque**.

b) Le Conseil fédéral a ordonné les **premières restrictions** dans son ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du **28 février 2020** (voir ch. 2 ci-dessus), dont

l'entrée en vigueur a été prononcée le même jour. À ce moment-là toutefois, afin de prévenir ou endiguer la propagation du coronavirus (COVID-19) en Suisse, de réduire la fréquence des transmissions, interrompre les chaînes de transmission et éviter ou endiguer des foyers locaux et de protéger les personnes particulièrement vulnérables ainsi que celles présentant un risque accru de complications (art. 1 O-COVID-19), il interdisait uniquement d'organiser en Suisse des manifestations publiques ou privées accueillant plus de 1000 personnes simultanément (art. 2, al. 1 O-COVID-19). Lors de manifestations publiques ou privées accueillant moins de 1000 personnes, le Conseil fédéral imposait uniquement aux organisateurs d'évaluer, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, les risques pour déterminer s'ils pouvaient ou non organiser la manifestation (art. 2, al. 2 O-COVID-19).

Ce n'est que dans son **ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020** (voir ch. 4 ci-dessus) que le Conseil fédéral a ordonné des restrictions plus strictes. Il interdisait ainsi les activités présentes dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation (art. 5 O2-COVID-19) et les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément 100 personnes ou plus (art. 6, al. 1 O2-COVID-19). Les manifestations de moins de 100 personnes étaient autorisées à condition que des mesures de prévention déterminées soient respectées (art. 6, al. 2 O2-COVID-19). Les restaurants et les bars ainsi que les discothèques et les boîtes de nuit ne pouvaient pas accueillir simultanément plus de 50 personnes, personnel inclus. Les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique concernant l'hygiène et les distances à garder devaient être appliquées (art. 6, al. 4 O2-COVID-19).

Avant le 13 mars 2020 (entrée en vigueur de l'ordonnance 2 COVID-19), l'assureur est donc uniquement tenu à prestation si l'**assuré** parvient à **établir** que sa perte de recettes est due à l'**ordonnance COVID-19 du 28 février 2020**.

c) Couverture restreinte aux maladies à déclaration obligatoire ?

62. a) aa) Vous m'avez soumis les clauses suivantes¹⁰⁹ (mise en évidence par mes soins) : **B3 épidémie, couverture d'assurance** : selon l'art. B3.1, sont assurés les dommages consécutifs à (a) « la fermeture totale ou partielle, la mise en quarantaine ou la diminution de l'activité de l'entreprise », (b) « l'interdiction aux personnes occupées dans l'entreprise d'effectuer leur activité », (c) « la désinfection ou la destruction de marchandises », dans la mesure où « en vertu des dispositions légales et en vue d'empêcher la propagation de maladies contagieuses, une autorité compétente ou un laboratoire accrédité selon EN 45001 ordonne ou recommande ces mesures ».

« Sont considérées comme maladies contagieuses les maladies transmissibles et leurs agents pathogènes qui, en vertu des annexes 1 à 3 de l'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme (RS 818.101.126), doivent être déclarés à l'Office fédéral de la santé publique. »

¹⁰⁹ Ndlr : Des clauses suffisamment similaires n'ayant pu être trouvées en français pour chacun des éléments cités, le texte source suivant a été traduit partiellement librement : (a) « Schliessung, Teilschliessung, Quarantäne oder Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit des Betriebes », (b) « Tätigkeitsuntersagung der im Betrieb beschäftigten Personen », (c) « Desinfektion oder Vernichtung von Waren », « sofern dies durch die zuständige Behörde bzw. ein nach EN 45001 akkreditiertes Labor aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen und um die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern, angeordnet oder empfohlen wird. » ; « Als übertragbare Krankheiten gelten Krankheiten und ihre Erreger, welche gemäss Anhang 1-3 der Verordnung über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101.126) dem Bundesamt für Gesundheit gemeldet werden müssen. » ; « Den übertragbaren Krankheiten gleichgestellt sind Noroviren sowie der Befall von Milben, Schwabenkäfern und Bettwanzen. ».

« Est assimilée aux maladies contagieuses l'attaque d'acariens, de blattes, (cafards, cancrelats) et de punaises de lit. »

bb) L'art. B3.3 a la teneur suivante : « **Interruption d'exploitation** », « *Pertes de rendement et frais supplémentaires qui se produisent lorsque l'exploitation de l'assuré subit momentanément une interruption partielle ou totale en raison d'un événement assuré au point B3.1.* » « *Coûts salariaux à la suite d'une interdiction d'activité [...].* ».

b) Vous m'avez posé la **question** de savoir si les conditions de couverture sont aussi remplies dans le cas du COVID-19.

63. a) Je me demande, surtout sous l'angle du **contrôle d'incorporation**, si l'assureur peut et doit sérieusement s'attendre à ce que le preneur d'assurance étudie une **annexe de 38 pages** d'une **ordonnance extrêmement technique** couvrant un total **102 maladies** et tableaux cliniques (qu'en règle générale il ne connaîtra pas) afin de découvrir dans quels cas il pourra faire valoir la couverture d'assurance.

À mon sens, ce n'est manifestement pas le cas ! Et refuser la couverture d'assurance portant le titre d'**assurance épidémie** pour le seul motif que l'agent pathogène ne figure pas dans la liste serait un **abus de droit**. Lorsque le preneur d'assurance se fait assurer contre les conséquences d'une épidémie, il peut présumer qu'il est **en principe couvert contre les conséquences de toutes les maladies** aptes à déclencher des épidémies, à moins qu'une certaine maladie (p. ex. la grippe [voir ch. 52 ss ci-dessus]) ne soit exclue de l'assurance « *d'une manière précise, non équivoque* » au sens de l'art. 33 LCA.

b) Heureusement, il n'y a pas lieu d'examiner la question plus en détail ; en effet, le ch. 1 de l'Annexe 1 de l'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme du 1^{er} décembre 2015 (état au 1^{er} février 2020) (RS 818.101.126) déclare que doivent être déclarés les « *cas de maladie ou de décès* » qui (a) « *dépasse l'ampleur attendue pour la période ou le lieu considéré* », (b) « *sont présumés imputables à une maladie transmissible* » et (c) « *pourraient requérir des mesures de protection de la santé publique* ».

Il ne fait pas le moindre doute que l'**infection de COVID-19** peut être **incluse** dans cette catégorie.

d) Condition d'une mesure ordonnée par une autorité

64. a) Vous m'avez soumis la clause suivante¹¹⁰ (mise en évidence par mes soins) : « *En vertu de l'art. B1, sont assurés les dommages subis suite à des mesures ordonnées par des **autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein** en vertu de dispositions de droit public* » en vue de « *prévenir la propagation de maladies transmissibles* » par « *la fermeture ou la mise en quarantaine d'entreprises ou de parties d'entreprise et la restriction de l'activité* ».

¹¹⁰ Ndlr : Des clauses suffisamment similaires n'ayant pu être trouvées en français pour chacun des éléments cités, le texte source suivant a été traduit partiellement librement : « *Gemäss Art. B1 besteht Versicherungsdeckung für Schäden infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt* », um durch (a) « *Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit* », (b) « *[...] die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern.* ».

b) Vous m'avez posé la **question** de savoir s'il était possible d'exclure la couverture si la fermeture de l'entreprise n'a pas été ordonnée par une autorité compétente de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein.

65. À mon sens, la **restriction du risque assuré** aux restrictions d'activité ordonnées par les autorités est **claire**. Du point de vue du **contrôle d'incorporation** tout comme de celui du **contrôle de clarté**, je n'ai pas le moindre doute que les conséquences des restrictions d'activité ne sont assurées que si ces restrictions ont été ordonnées par des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein en vertu de dispositions de droit public.

e) Restriction dans le temps

66. a) Vous m'avez soumis la clause suivante (mise en évidence par mes soins) : A 13 « *Définitions* », « 1 *Événements naturels* », « *Sont considérés comme des événements naturels les hautes eaux [...]. Les [...] mises en quarantaine, les épidémies [...] sont assimilés à des événements naturels. La couverture d'assurance est valable pendant 14 jours au maximum après la survenance pour la première fois des événements susmentionnés.* »

b) Vous me posez la question suivante : Cette restriction de la couverture d'assurance à 14 jours est-elle admissible ?

67. À mon sens, une restriction de ce genre s'avère **insolite** (voir ch. 25 s. ci-dessus) dans le cadre du contrôle d'incorporation (voir ch. 23 s.). En effet, le preneur d'assurance ne doit pas s'attendre, selon les règles de la bonne foi, à trouver une **restriction du risque assuré** au titre « **Définitions** » (p. ex. également « *collision* », « *panne* », « *valeur vénale* », « *activité professionnelle* », « *domicile* », « *animaux domestiques* »).

f) Conséquences d'une interdiction individuelle de travailler

68. a) Vous m'avez soumis la clause suivante (mise en évidence par mes soins) : « *Conditions générales relatives à l'assurance des **risques d'épidémie** pour les entreprises* »¹¹¹. Conformément à l'art. A 1 1) des CGA, l'assureur accorde (dans le cadre des prestations décrites ci-après) « *la protection contre les conséquences financières* » (a) « *d'une fermeture et/ou quarantaine de l'entreprise assurée* », (b) [...], (c) « *l'**interdiction individuelle** de travailler de personnes employées de l'entreprise assurée* ».

Conformément à l'art. A 1 2) des CGA, la couverture d'assurance n'est garantie que si les mesures en question ont été ordonnées – ou que leur respect a été recommandé – par des autorités compétentes de Suisse ou de la Principauté de Liechtenstein en vertu de dispositions de droit public, en vue de prévenir la propagation de maladies transmissibles à l'homme.

Conformément à l'art. A 1 3), sont considérées comme maladies transmissibles les maladies transmises à l'homme par des germes infectieux et qui d'ordinaire doivent être annoncées à l'autorité sanitaire, comme p. ex. la salmonellose ou le typhus.

¹¹¹ Ndlr : Un titre suffisamment similaire n'ayant pu être trouvé en français, le texte source suivant a été traduit librement : « *Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung von Epidemierisiken für Betriebe* ».

b) Vous m'avez posé la **question** suivante : Cette clause déploie-t-elle des effets si, bien qu'il soit déjà possible de reprendre l'exploitation, certaines personnes vulnérables ne sont pas autorisées à travailler en raison des mesures ordonnées par les autorités (p. ex. personnes avec des pathologies préexistantes ou travailleurs âgés) ?

69. À mon sens, la condition d'une mesure ordonnée par les autorités est claire ; à ce sujet, je renvoie aux développements ci-dessus (voir ch. 65).

S'il est possible de reprendre l'exploitation, mais que certaines personnes atteintes de pathologies préexistantes ou les travailleurs âgés ne sont pas autorisés à travailler, le risque « *protection contre les conséquences financières d'une interdiction individuelle de travailler de personnes employées de l'entreprise assurée* » se réalise. À mon sens toutefois, l'obligation de prestation de l'assureur se limite dans ce cas aux conséquences financières découlant directement de cette interdiction.

g) Restriction de la couverture à des infections partant de l'entreprise assurée

70. a) Vous m'avez soumis les clauses suivantes (mise en évidence par mes soins) : L'art. 2.8.1 stipule que sont assurés les dommages « *résultant directement de décisions rendues par les autorités ou de recommandations écrites des autorités visant à éviter la propagation des maladies transmissibles et concernant notamment la **fermeture de l'entreprise**, etc.* ».

Selon la même clause, sont considérées comme des maladies transmissibles les maladies qui doivent être déclarées selon l'ordonnance sur les déclarations de médecin et de laboratoire fondée sur la loi sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies), ainsi que selon l'ordonnance sur la déclaration y relative. Les infestations d'acariens ou de cafards sont assimilées à des maladies infectieuses. Selon l'art. 3.7 des CGA, la grippe (Influenza) et les maladies sexuellement transmissibles sont exclues.

b) Vous m'avez posé la **question** de savoir si les CGA ne pourraient pas être comprises de telle manière que le risque des maladies transmissibles doive partir directement de l'entreprise assurée.

71. Je suis d'avis que les réflexions développées aux ch. 58 ss ci-dessus s'appliquent ici également, je me permets donc d'y renvoyer.

h) Mise en danger par des denrées alimentaires et des objets usuels et biens de consommation

72. a) aa) Vous m'avez soumis les clauses suivantes (mise en évidence par mes soins) : Assurance CombiRisk Business (assurance commerce et bâtiments). Le paquet contient une **assurance hygiène** (CombiRisk C7 Assurance hygiène, édition 03.2015). Sont assurés, conformément à l'art. C7.3.1 « *les dommages consécutifs à des mesures ordonnées ou recommandées par les autorités afin d'empêcher la **mise en danger** de la santé de l'homme **par des denrées alimentaires** ainsi que par des objets usuels et des biens de consommation.* »

Fermeture d'entreprise : « Sont assurés les dommages d'interruption qui surviennent lorsque l'entreprise assurée ne peut pas poursuivre son activité, ou ne le peut qu'en partie, à la suite de mesures ordonnées ou recommandées par les autorités. »

Le point C7.4.3 contient une exclusion pour les virus grippaux, etc.

bb) À vos dires, l'assuré fait valoir que les clients se voient remettre des pagers qui les informent quand leur repas est prêt à être emporté. La fermeture ordonnée par les autorités est liée au risque de contagion pendant l'attente ou en cas de contact.

b) Vous avez demandé ce qu'il faut penser de l'argumentation de l'assuré.

73. a) À mon sens, le risque assuré correspond à la survenue de dommages consécutifs à des mesures ordonnées ou recommandées par les autorités afin d'empêcher la **mise en danger** de la santé de l'homme **par des denrées alimentaires ainsi que par des objets usuels et des biens de consommation**. En conséquence, le risque doit provenir des denrées alimentaires ou des objets usuels et biens de consommation eux-mêmes. Les parties envisageaient probablement les denrées alimentaires périmées ou les objets usuels et biens de consommation qui menacent la sécurité des utilisateurs (pour des raisons d'hygiène).

b) À mon sens, le **texte** (« par ») de cette clause est **clair**. De même, sous l'angle du but de l'assurance (assurance hygiène), il n'y a pas de raisons de penser que le texte ne restitue pas, selon les règles de la bonne foi, la volonté des parties (voir ch. 30 s.).

J'espère que ces développements sauront vous être utiles.

Freundliche Grüsse

SwissLegal Fellmann Rechtsanwälte AG



Prof. Dr. Walter Fellmann