

Tribunal fédéral – 4A_330/2021

destiné à la publication

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 5 janvier 2022

Résumé et analyse

Proposition de citation :

STACCHETTI MATTHIAS, Assurance perte d'exploitation : validité de l'exclusion d'une pandémie. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_330/2021, Newsletter rcassurances.ch, mars 2022

Newsletter mars 2022

Assurance perte d'exploitation, COVID-19, validité de l'exclusion d'une pandémie alors que les épidémies sont en principe couvertes

Art. 18 CO, 33 LCA



Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_330/2021 du 5 janvier 2022

MATTHIAS STACCHETTI

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral statue pour la première fois, en relation avec le COVID-19, sur une clause d'exclusion de la couverture des conséquences économiques d'une pandémie de niveau 5 ou 6 selon la classification de l'OMS, dans le cadre d'un contrat qui couvre en principe les épidémies. Il renverse la décision cantonale favorable à l'assuré de manière quelque peu cavalière si l'on tient compte de l'objectif central visé par la législation sur le contrat d'assurance qui est de protéger la partie qui se voit imposer l'utilisation des conditions d'assurance. Comme le Tribunal fédéral le rappelle lui-même dans son arrêt, celle-ci ne doit pas nécessairement être faible et inexpérimentée. Même une partie rompue à une branche donnée peut être surprise par une disposition reprise globalement dans des conditions générales (c. 2.1.3.1 et arrêt 4A_499/2018 du 10 décembre 2018 c. 3.3.2 et les références).

Le Tribunal fédéral procède pour ce faire au contrôle des conditions d'assurances, rédigées par l'assureur et acceptées de manière globale par le preneur d'assurance. Il vérifie tout d'abord si les clauses litigieuses ont été valablement incorporées au contrat (principe de transparence et règle de la clause insolite), puis si elles sont claires (règle de la clause ambiguë, art. 33 LCA). Ce faisant, il arrive, contrairement à l'autorité inférieure, à la conclusion que la clause d'exclusion litigieuse n'est pas objectivement insolite et qu'elle est rédigée de manière claire et non équivoque, de sorte qu'elle est valide. Il admet dès lors le recours de l'assureur.

Cette issue de la procédure devant le Tribunal fédéral est étonnante, compte tenu du fait que le Prof. Walter Fellmann a rendu le 23 avril 2020, sur demande de l'Ombudsman de l'assurance privée et de la SUVA (ci-après Ombudsman) un avis de droit publié sur le site de

ce dernier¹ et que ce document semble ne pas avoir été pris en compte au cours de la procédure, à tout le moins dans cet arrêt.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

B. SA exploite des établissements dans le domaine de la restauration. Elle a conclu auprès de A. SA une assurance « Commerce PME », laquelle comprend notamment, sous la rubrique « Autres risques », une assurance pour pertes d'exploitation et autres frais dus à une épidémie.

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a déclaré une situation extraordinaire au sens de l'article 7 de la Loi fédérale sur les épidémies (LEp ; RS 818.101) en raison de la propagation du coronavirus (COVID-19). Dans la foulée, il a ordonné la fermeture, notamment des bars et restaurants avec effet dès le lendemain (art. 6 al. 1 let. b et c de l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus – COVID-19, Ordonnance 2 COVID-19, RS 818.101.24, modification du 16 mars 2019). Une réouverture partielle n'a été possible que le 11 mai 2020 (art. 6 al. 3 let. b^{bis} Ordonnance 2 COVID-19, modification du 8 mai 2020).

Cette mesure a causé à B. SA une perte d'exploitation qu'elle a évaluée jusqu'au 30 avril 2020 à CHF 75'397.-. Elle a enjoint A. SA de lui verser ce montant au titre de prestation d'assurance. Suite au refus de A. SA, B. SA a intenté une action partielle devant le Tribunal de commerce du canton d'Argovie, concluant à ce que l'assureur soit condamné à lui verser CHF 40'000.- plus intérêts et se réservant le droit de faire valoir d'autres prétentions.

Par jugement du 17 mai 2021², le Tribunal de commerce a admis la requête de B. SA.

A. SA a intenté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre ce jugement, concluant à ce qu'il soit annulé.

B. Le droit

Le contrat d'assurance petites et moyennes entreprises qui lie A. SA et B. SA est régi par des conditions complémentaires qui prévoient dans la rubrique des risques assurés, sous le titre « Epidémies », la couverture des dommages survenus suite à la prise par une autorité suisse ou liechtensteinoise, de mesures de fermeture ou de mise en quarantaine d'entreprises ou de parties d'entreprises ou encore de limitation de leurs activités, dans le but d'éviter la propagation de maladies transmissibles. Dans la rubrique des exclusions, les conditions complémentaires d'assurances visent, également sous le titre « Epidémies », les dommages dus notamment au virus de l'influenza, aux maladies à prions et à d'autres pathogènes pour lesquels les phases 5 et 6 d'alerte pandémie de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) s'appliquent aux plans national et international. La description desdites phases se trouve

¹ Cet avis de droit a d'abord été publié sur un lien relayé, notamment par GastroSuisse sur son site Internet, puis à l'adresse <https://ombudsman-assurance.ch/wp-content/uploads/2021/08/Avis-droit-assurances-epidemie.pdf> (consulté le 26 février 2022)

² Jugement HOR.2020.18, https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/gesetze___entscheide_/gesetze_2/handelsrecht/Entscheid_des_Handelsgerichts_vom_17._Mai_2021.pdf (consulté le 24 février 2022).

notamment sur le site Internet de l'OMS³. Il y a lieu de relever que celles-ci n'étaient plus en vigueur au moment de la conclusion du contrat par la recourante et l'intimée. Elles avaient été remplacées en 2013 par une nouvelle classification en quatre phases⁴. Ce point est admis par les parties. L'objet du litige tourne autour de la clause d'exclusion précitée, sur la question de savoir si elle a été valablement incorporée au contrat et si son contenu est suffisamment clair.

Après deux pages de rappel de sa jurisprudence sur les conditions générales d'assurance et leur interprétation, le Tribunal fédéral résume sommairement la position de l'autorité inférieure en relevant que cette dernière a considéré la clause litigieuse comme n'étant pas objectivement insolite et comme ayant été valablement incorporée au contrat, étant entendu que le document définissant les phases d'alerte pandémie de l'OMS était et est encore disponible sur Internet. En revanche, le Tribunal fédéral relève que l'autorité inférieure a retenu que, pour que la clause d'exclusion soit applicable, la classification en six phases de l'OMS aurait dû être encore en vigueur et que, soit l'OMS ait déclaré l'existence de l'une d'elles, soit qu'une autorité suisse se soit fondée sur l'une d'elles pour prendre des mesures de lutte contre une maladie transmissible, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce (c. 3).

Le présent résumé est structuré selon le schéma appliqué par la jurisprudence et la doctrine en matière de contrôle des conditions d'assurances, rédigées par l'assureur et acceptées de manière globale par le preneur d'assurance. Il consiste à contrôler d'abord si les clauses litigieuses ont été valablement incorporées au contrat (principe de transparence et règle de la clause insolite), puis au contrôle de la clarté (règle de la clause ambiguë). Ce dernier contrôle est concrétisé en droit des assurances privées à l'art. 33 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), qui stipule que, sauf disposition contraire de la présente loi, l'entreprise d'assurance 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.

Contrôle de l'incorporation

Principe de transparence

Le Tribunal fédéral rejette l'argument de l'intimée selon lequel la clause n'aurait pas été valablement incorporée au contrat, en raison de son manque de transparence, du fait que le dispositif de l'OMS n'était pas connu généralement et pas disponible en langue allemande (c. 4.1.1). Il relève que l'intimée n'aurait pas élevé de critique contre le constat de l'autorité inférieure que l'absence de description des phases 5 et 6 d'alerte pandémie de l'OMS dans le contrat ne portait pas préjudice, en raison de la présence des informations nécessaires sur Internet, de sorte qu'il pourrait ne pas entrer en matière sur ce point.

³ Plan mondial OMS de préparation à une pandémie de grippe, https://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/FluPrep_F2.pdf, 2005, p. 2 (consulté le 24 février 2022)

⁴ Pandemic influenza risk management, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259893/WHO-WHE-IHM-GIP-2017.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 2017, p. 13 (consulté le 24 février 2022)

Néanmoins, le Tribunal fédéral se détermine tout de même. Après des considérations sur le principe de transparence, il conclut que la question peut rester ouverte de savoir s'il faut examiner son application déjà au moment de l'examen de l'incorporation, mais que néanmoins, s'il devait le faire, il devrait tenir compte du fait que ce principe ne peut pas signifier que toute notion ou définition utilisée dans des conditions générales doit figurer in extenso dans les conditions d'assurance. Le Tribunal fédéral relève que cela doit s'appliquer aussi à des définitions formulées par des tiers et reprises dans des conditions d'assurance, comme c'est le cas en l'espèce s'agissant des phases d'alerte pandémie de l'OMS. Il termine son argumentation en confirmant la position de l'autorité inférieure sur ce point et renvoie l'examen du principe de transparence au contrôle de la clarté en précisant que cette manière de procéder s'applique également à d'autres exclusions telles celles des risques de terrorisme, de guerre ou encore de grève (c. 4.1.2).

Examen du caractère insolite

Le Tribunal fédéral constate ensuite que l'autorité inférieure a valablement retenu que la clause d'exclusion litigieuse était subjectivement insolite, que cela n'a pas été contesté par la recourante et que cette dernière n'a pas fait valoir qu'elle y aurait rendu l'intimée spécialement attentive.

Sur le point de savoir si la clause litigieuse est objectivement insolite, l'autorité inférieure a répondu par la négative du fait qu'elle n'était pas étrangère au contenu du contrat, qu'elle correspondait à ce qui se trouve dans beaucoup de contrats d'assurance, qu'elle ne modifiait pas la nature du contrat et qu'elle ne constituait qu'une clause parmi d'autres qui limitait la portée de ce dernier (c. 4.2.2).

L'intimée soutient, de son côté que ses attentes légitimes en termes de couverture d'assurance ont été déçues. Elle a en effet conclu une assurance complémentaire pour perte d'exploitation et coûts supplémentaires. Or, la clause litigieuse limite la couverture d'assurance aux situations où des cas isolés d'une maladie surviennent, alors qu'elle n'est plus octroyée lorsque l'épidémie se propage. Elle conclut au caractère objectivement insolite de la clause. Le Tribunal fédéral retient qu'en l'espèce le risque découlant des épidémies n'en est qu'un parmi d'autres dans le cadre de l'assurance « Commerce PME » conclue par l'intimée et qu'il ne s'agit dès lors « pas d'une véritable assurance épidémies ». Il poursuit en constatant que la clause d'exclusion litigieuse ne remet pas en question la couverture des risques les plus fréquents inclus dans le produit d'assurance souscrit par l'intimée, de sorte que la nature du contrat n'est pas remise en cause. Le Tribunal fédéral constate, dès lors, que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a retenu que la clause litigieuse n'était pas objectivement insolite et qu'elle avait été valablement incorporée au contrat par les parties.

Contrôle de la clarté

Le Tribunal fédéral examine ensuite l'interprétation de la clause litigieuse par l'autorité inférieure, en statuant d'emblée que les deux argumentations de cette dernière pour arriver à la conclusion que l'exclusion de couverture est inapplicable ne sont pas convaincantes. Ladite interprétation a été effectuée en application du principe de la confiance, dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas pu dégager la réelle volonté des parties (cons. 5).

En premier lieu, l'autorité inférieure a considéré que la clause litigieuse était incompréhensible et vide de sens, que si la recourante avait voulu rendre applicables les phases 5 et 6 d'alerte pandémie de l'OMS, déjà plus en vigueur au moment de la conclusion du contrat, elle aurait dû reprendre les définitions et les critères dans le texte du contrat, ou à tout le moins y renvoyer au moyen d'un lien Internet valide. Ne l'ayant pas fait, elle ne peut se prévaloir de l'exclusion basée sur la clause litigieuse. Le Tribunal fédéral retient que l'autorité inférieure s'est bornée à interpréter cette dernière de manière isolée, sans tenir compte de l'ensemble des circonstances et que, de ce fait, sa position ne peut pas être suivie (c. 5.1).

En second lieu, l'autorité inférieure a retenu que les conditions prévues par la clause d'exclusion litigieuse n'étaient pas advenues. Elle a considéré que les phases 5 et 6 d'alerte pandémie auraient dû être en vigueur pour pouvoir s'en prévaloir, ce qui n'était plus le cas au moment de la conclusion du contrat et a fortiori le 11 mars 2020, date à laquelle le directeur de l'OMS a qualifié la COVID-19 de pandémie. De plus, l'application de la clause exigeait, soit qu'une autorité internationale déclare que l'épidémie remplissait les critères de niveaux d'alerte pandémie 5 ou 6 de l'OMS, soit qu'une autorité suisse ou liechtensteinoise se base sur ces derniers pour prendre des mesures de lutte contre une maladie transmissible. Or, à aucun moment ces niveaux d'alerte n'ont été évoqués aux plans international et national. A la suite de la recourante, le Tribunal fédéral retient que l'autorité inférieure ne s'est basée que sur le sens littéral de la clause litigieuse, sans appliquer d'autres méthodes d'interprétation. Il explique que, dans la définition du risque (clause B1), les mesures de protection contre les maladies transmissibles visées par la couverture sont expressément nommées, alors qu'à la clause B2 certains sont exclus, dont notamment les cas visés par les niveaux d'alerte pandémie 5 et 6 de l'OMS. Le Tribunal fédéral retient ensuite que l'on pouvait s'attendre à ce qu'un assuré étranger à la branche sache ce qu'est une pandémie, soit une épidémie largement propagée sur l'ensemble de pays ou de régions ou sur de grands territoires ou une épidémie touchant une partie de la planète, une épidémie de grande ampleur. Partant de là, le Tribunal fédéral conclut que l'intimée, sachant ce qu'était une pandémie et devant déduire de bonne foi que les niveaux 5 et 6 d'alerte pandémie de l'OMS étaient les plus élevés, ne pouvait pas ignorer que la recourante voulait exclure la couverture des pandémies les plus graves (c. 5.2.2.2).

Le Tribunal fédéral examine ensuite l'argument de l'autorité inférieure selon lequel les degrés 5 et 6 d'alerte pandémie de l'OMS auraient dû être en vigueur au moment où la recourante voulait se prévaloir de l'exclusion de couverture de la pandémie. Il relève que l'autorité inférieure construit son argumentation sur le terme « s'applique » employé dans la clause litigieuse et explique qu'il ne faut pas se limiter au sens strict de cette expression, mais qu'on peut aussi la comprendre « dans le sens de quelque chose qui peut être apprécié ou jugé d'une certaine manière »⁵. Il en découle, selon le Tribunal fédéral, que l'intimée pouvait déduire de la formulation de la clause litigieuse, que l'exclusion trouvait application lorsqu'une pandémie était qualifiée de niveau 5 ou 6 sur l'échelle de l'OMS, sans que ces niveaux ne soient effectivement en vigueur à ce moment-là. Le Tribunal fédéral ajoute que l'exigence d'une constatation officielle de la part d'une autorité de l'existence d'une pandémie pour que l'exclusion de couverture s'applique ne ressort pas non plus du texte de la clause litigieuse. Le

⁵ Force est d'admettre que cette traduction libre est au moins aussi incompréhensible que le texte original.

Tribunal fédéral revient ensuite sur sa critique selon laquelle l'autorité inférieure s'en serait tenue à une pure interprétation littérale et de ne pas avoir examiné l'ensemble des circonstances. Elle lui reproche de ne pas avoir examiné l'objectif visé par la clause litigieuse et de ne pas en avoir tenu compte dans son appréciation. Il constate que la condition d'avoir un constat officiel de pandémie de niveau d'alerte 5 ou 6 de l'OMS pour pouvoir appliquer l'exclusion de couverture ne se réaliserait jamais, du fait que l'échelle à six niveaux n'était plus en vigueur depuis 2013. Il en déduit que la recourante n'a pas pu vouloir incorporer une clause d'exclusion inapplicable et que l'intimée devait le comprendre de bonne foi. Par conséquent, l'interprétation téléologique conduit à ce qu'il pouvait et devait être clair pour l'intimée que les dommages causés par une épidémie étaient couverts, à l'exception de ceux, plus lourds, causés par une pandémie qualifiée comme telle au sens des niveaux d'alerte 5 et 6 de l'OMS. Le Tribunal fédéral ajoute que le fait que le dispositif de l'OMS ne soit plus en vigueur au moment de la conclusion du contrat n'a pas d'influence. Il ne voit pas de motif pour lequel il ne serait pas possible pour la recourante de se baser sur une ancienne classification de l'OMS pour délimiter sa couverture d'assurances en cas d'épidémies. Il en découle également selon le TF que l'on ne peut pas déduire que le dispositif de l'OMS doit être en vigueur et qu'une autorité s'y soit référée pour que l'exclusion s'applique. Il conclut qu'il n'y a pas de place pour l'application de la règle de la clause ambiguë en l'espèce.

Le Tribunal fédéral constate ensuite que les parties sont d'accord sur le fait que la COVID-19 remplit les conditions d'une pandémie de niveau 6 de la classification de l'OMS.

Enfin, il rejette la critique de l'intimée, selon laquelle la limite entre ce qui est couvert par l'assurance en matière de pandémie et ce qui ne l'est plus n'est pas claire, retenant que la question est purement hypothétique.

Conclusion

Le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que c'est à tort que l'autorité inférieure a dénié l'applicabilité de la clause d'exclusion litigieuse. Il admet le recours et modifie le jugement inférieur dans le sens que l'action de l'intimée est rejetée.

III. Analyse

L'élément central pour la présente analyse est l'avis de droit du Prof. Walter Fellmann cité en introduction de la présente analyse, qui est toujours accessible sur le site Internet de l'Ombudsman. Peu avant la publication de ce document, la question de l'indemnisation par les assureurs privés de la perte d'exploitation des entreprises, principalement de celles de la restauration, a fait l'objet d'un reportage de l'émission Kassensturz, à la télévision suisse alémanique⁶. A cette occasion, le Prof. Stephan Fuhrer est intervenu, notamment au sujet de la validité d'une clause d'exclusion similaire à celle qui fait l'objet de l'arrêt analysé, en arrivant à la même conclusion que le Prof. Walter Fellmann, à savoir qu'en droit suisse, une pandémie est d'abord une épidémie et que, sous réserve d'une clause d'exclusion valable, l'assureur qui a inclus l'épidémie dans une couverture d'assurance, doit aussi couvrir une pandémie (reportage 18'55'' et 21'03'').

⁶ Kassensturz du 5 mai 2020, <https://www.srf.ch/news/schweiz/epidemieversicherung-muessen-versicherungen-doch-zahlen>, 16'03'' (consulté le 26 février 2022)

Le Prof. Walter Fellmann débute son avis de droit par un résumé des annonces internationales et fédérales, ainsi que des prises de mesures par le Conseil fédéral entre le 31 janvier 2020, date à laquelle le directeur général de l'OMS a déclaré que le coronavirus représentait une « urgence de santé publique internationale » et le 17 mars 2020, où le Conseil fédéral a notamment décidé le semi-confinement, y compris la fermeture des restaurants et des bars. Il y mentionne encore les dates jusqu'au 16 avril 2020 auxquelles le Conseil fédéral a modifié son dispositif et la perspective de réouverture partielle du 27 avril 2020 (avis de droit ch. 1 à 4)⁷⁷.

Il poursuit par un examen des notions d'épidémie et de pandémie, ainsi que de leur portée juridique, d'abord en général (avis de droit, ch. 4 à 9), puis en droit des assurances privées (avis de droit ch. 10 à 20).

Il constate que la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101) ne définit pas les notions d'épidémie et de pandémie, mais notamment celles de maladie transmissible (art. 3 let. a LEp) et d'agent pathogène (art. 3 let. c LEp). Il poursuit en constatant que les déclarations de l'OMS, que ce soit d'urgence de santé publique de portée internationale ou de pandémie n'ont pas d'incidence sur la situation juridique suisse, le Conseil fédéral appréciant librement la menace que cette situation induit pour la santé de la population suisse et la Loi sur les épidémies ayant pour vocation de lutter contre les maladies transmissibles en Suisse. Enfin, fort de ces constats, le Prof. Walter Fellmann conclut qu'« 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 » (avis de droit ch. 8). De plus, il relève que la distinction entre épidémie et pandémie n'a aucune influence sur les mesures que peut prendre le Conseil fédéral pour lutter contre la maladie transmissible (avis de droit ch. 9).

Sur les effets juridiques de la distinction entre épidémie et pandémie en droit des assurances privées, principalement dans l'hypothèse où l'assureur veut couvrir la première, mais exclure la seconde, le Prof. Walter Fellmann relève que le problème est que, selon lui, une pandémie découle toujours d'une épidémie, jamais l'inverse et que la pandémie n'est « 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 » (avis de droit ch. 14).

Sur demande de l'Ombudsman, le Prof. Walter Fellmann a procédé à l'analyse de clauses d'exclusions concrètes tirées de conditions d'assurances, notamment en matière d'assurance perte d'exploitation. Pour chacune d'elles, il a procédé au contrôle de l'incorporation et au

⁷⁷ Les bars et les restaurants ont pu ouvrir uniquement leurs terrasses dès le 11 mai 2020 (Art. 6 al. 3 let. b bis Ordonnance 2 COVID-19, modification du 8 mai 2020). Un historique détaillé des mesures de restriction concernant les établissements publics dépasserait le cadre de la présente analyse. On se limitera à noter que les discothèques ont pu rouvrir leurs portes le 28 juin 2021, moyennant un protocole sanitaire strict (communiqué du Conseil fédéral du 23 juin 2021, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-84127.html>) et que la levée de presque toutes les mesures date du 17 février 2022 (communiqué du Conseil fédéral du 16 février 2022, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-87216.html>)

contrôle de la clarté. Il a également procédé au contrôle de validité (critères généraux du Code des obligations, en particulier les articles 19 et 20).

A la question de savoir si une pandémie est couverte lorsque le contrat prend en charge les épidémies, sans prévoir de réserve, le Prof. Walter Fellmann a répondu par l'affirmative, en rappelant que la pandémie n'est qu'un type particulier d'épidémie (avis de droit ch. 55).

L'Ombudsman a soumis au Professeur Walter Fellmann la clause d'exclusion précise qui fait l'objet de la présente analyse. Ce dernier se détermine de la manière suivante:

- Il rappelle que la Suisse ne connaît pas la notion de niveau de pandémie et que le fait que le directeur général de l'OMS en déclare une n'a pas d'effets juridiques au plan national. Il constate que la formulation de l'exclusion fondée sur les niveaux d'alerte 5 et 6 de l'OMS est vide de sens et ne se déclare pas convaincu du fait que la transformation d'une épidémie en pandémie puisse avoir une conséquence sur une couverture d'assurance en Suisse. Néanmoins, il rappelle que les parties peuvent prévoir des exclusions et qu'il s'agira de contrôler si celle-ci est valide (avis de droit ch. 50).
- Sur le contrôle de l'incorporation, le Prof. Walter Fellmann arrive à la conclusion que l'exclusion est objectivement insolite, déjà parce qu'« elle est vide de sens » et que l'assureur ne peut par conséquent « pas présumer, en vertu du principe de la confiance, que l'assuré accepte une telle exclusion ». Il ajoute que le preneur d'assurance ne doit pas s'attendre à ce que sa couverture ne soit plus octroyée parce que l'épidémie est devenue une pandémie, sans conséquences différentes sur son activité commerciale (avis de droit ch. 51 let. a.bb)⁸. Il précise que si l'assureur avait voulu prévoir une telle exclusion « dynamique », il aurait dû l'expliquer à son assuré, étant entendu qu'il faudrait encore déterminer, par exemple le sort de la couverture pendant la période où l'épidémie n'est pas encore devenue une pandémie (avis de droit ch. 51 let. a.cc). Le Prof. Walter Fellmann conclut le contrôle de l'incorporation de la clause en constatant qu'une clause vide de sens est objectivement étrangère à la nature du contrat. Il complète en relevant que le preneur d'assurance peut s'attendre de manière justifiée à ce que sa couverture en cas d'épidémie continue à lui être octroyée même dans les cas où celle-ci s'est étendue au point de conduire à une crise mondiale (avis de droit ch. 51 let. a.dd).
- Sur le contrôle de la clarté, le Prof. Walter Fellmann relève que le sens objectif de la clause n'apparaît pas clairement, du fait qu'aucune disposition légale ne retient le niveau de pandémie en droit suisse et que, de plus, ce dernier ne fait pas de distinction entre épidémie et pandémie. Il arrive à la conclusion que la clause est invalide car elle n'a pas la précision et le caractère non équivoque exigés par l'art. 33 LCA (avis de droit ch. 51 let. b.cc).

⁸ Dans ses développements le Prof. Walter Fellmann cite la comparaison suivante qui lui a été soufflée par un de ses collègues: c'est comme si une assurance-incendie couvrait la maison qui brûle toute seule, mais qui exclurait ce risque au cas où l'incendie devait s'étendre à l'ensemble du village (avis de droit ch. 14, let. b)

- Au surplus, le Prof. Walter Fellmann pose l'hypothèse que le caractère dynamique caché de la clause, qui exclut la couverture lorsque celle-ci devient économiquement trop lourde pour l'assureur, serait contraire aux mœurs (art. 19 CO).

Force est de constater que le Tribunal fédéral est systématiquement arrivé à des conclusions inverses à celles du Prof. Walter Fellmann. La prise en compte des différents arguments des parties, soit dans le cadre du contrôle de l'incorporation, soit dans le cadre du contrôle de la clarté illustre le caractère artificiel de cette distinction, soulevé par la doctrine et rappelé par le Prof. Walter Fellmann dans son avis de droit, « 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 » (avis de droit, ch. 22 let. d).

- Concernant le contrôle de l'incorporation, dans son argumentation l'intimée a fait valoir à deux reprises que la clause litigieuse était incompréhensible et vide de sens, une fois sous l'angle du principe de transparence, par rapport au fait que les phases d'alerte pandémie de l'OMS n'étaient pas généralement connues et pas disponibles en langue allemande et une autre fois sous l'angle de la simple mention incompréhensible des phases d'alerte, plus en vigueur déjà au moment de la conclusion du contrat, sans en mentionner le contenu. De plus, elle a clairement exprimé son attente déçue quant à la couverture qu'elle estimait légitime de la part de la recourante. Sur la question de la transparence, le Tribunal fédéral commence par dire que l'argumentation de l'intimée est insuffisante et qu'il pourrait ne pas entrer en matière, mais le fait quand même pour dire qu'en principe il ne faudrait pas examiner ce point sous l'angle de l'incorporation, mais il poursuit tout de même en disant qu'on ne peut pas tout préciser dans des conditions d'assurance ! A la critique relative au caractère incompréhensible de la clause telle qu'elle est formulée, le Tribunal fédéral, dans son chapitre relatif au contrôle de clarté explique que, comme la recourante n'a pas pu vouloir une clause d'exclusion qui ne s'appliquerait jamais, du fait qu'elle était basée sur un dispositif plus applicable depuis près de cinq ans au moment de la conclusion du contrat, on doit mettre sur le compte de l'intimée qu'elle devait, de bonne foi comprendre que ce qui était vide de sens, incompréhensible et obsolète s'appliquait bel et bien au contrat qu'elle avait conclu. Sur la base de ces éléments, le Tribunal fédéral conclut au caractère non objectivement insolite de la clause litigieuse.
- Le contrôle de la clarté a été effectué de la même manière par le Tribunal fédéral, son principal argument étant celui qui est développé ci-dessus de la clause qui ne s'appliquerait jamais si on la lisait comme elle est écrite et si on la comprenait comme on peut la comprendre. A ce sujet, il faut encore relever l'exercice auquel se sont prêtés les juges fédéraux autour du verbe « s'appliquer », employé dans la clause litigieuse et qu'il ne faut pas comprendre au sens strict, mais qu'on peut aussi comprendre dans le sens de « quelque chose qui peut être apprécié ou jugé d'une certaine manière ». Outre son caractère peu voire pas compréhensible, l'utilisation du terme « aussi » dans cette phrase est intéressante. Elle implique un double sens, source de l'ambiguïté qui justifierait une interprétation en faveur du preneur d'assurance si la clause ne devait pas être déjà déclarée invalide pour son caractère incompréhensible et vide de sens.

- Les conclusions auxquelles parvient le Tribunal fédéral dans son arrêt sont choquantes à la seule lecture de ce dernier. Elles le sont d'autant plus lorsqu'on les confronte aux conclusions de l'avis de droit du Prof. Walter Fellmann.

La question de l'assurabilité d'une pandémie est un thème que les assureurs peuvent et doivent sans aucun doute examiner pour le futur de manière plus attentive qu'ils ne l'ont fait ces dernières années. Le Prof. Walter Fellmann arrive à la conclusion dans son avis de droit que de vouloir offrir une couverture des risques inhérents à une épidémie (qui en droit suisse inclut les pandémies) équivaut à une entreprise téméraire (avis de droit ch. 19). L'argument qui ressort notamment du reportage précité de Kassenstruz selon lequel il aurait été clair pour tout le monde dès la conception des produits d'assurance qu'une pandémie était inassurable, compte tenu de l'impossibilité de calculer les conséquences financières d'un tel événement (reportage 21'27'') constitue à notre avis un essai de rattrapage peu digne de la branche de l'assurance et de ses spécialistes. Ils ont bel et bien vendu cette couverture qui en raison du COVID-19 est devenue très coûteuse et ils essaient de s'en sortir d'une manière ou d'une autre. L'argument selon lequel, par exemple, la couverture proposée dans l'arrêt analysé n'aurait pas été une vraie assurance pandémie, reprise par le Tribunal fédéral, ne correspond pas aux attentes éveillées auprès des commerçants et entrepreneurs qui ont souscrit ces produits auprès des compagnies concernées. L'assertion de l'assureur dans la procédure cantonale qui a précédé l'arrêt analysé, selon laquelle pour une prime annuelle de CHF 380.- l'assuré ne pouvait pas s'attendre à une couverture tous risques et qu'au contraire, il devait s'attendre à des limitations et à des exclusions (jugement cantonal, cons. 6.1) va dans le même sens, avec en plus un risque d'ébranler l'indispensable confiance des assurés envers le système d'assurances.

Le Prof. Walter Fellmann relève dans son avis de droit que « 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 » (avis de droit ch. 11 let. b).

Force est de constater que, dans la situation qui a touché l'ensemble de la société le 16 mars 2020, avec une ampleur que personne n'aurait raisonnablement attendue quelques semaines plus tôt encore, les assureurs ont aussi eu leur lot de surprises auxquelles ils doivent faire face au même titre que presque toutes les autres branches de l'économie.