



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre  
CH-1015 Lausanne  
<http://serval.unil.ch>

---

Year: 2024

## L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE COMME CORRECTIF À L'ASYMÉTRIE DE L'INFORMATION DANS LA CONCLUSION DES CONTRATS DE CONSOMMATION - L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ASSURANCE -

Delgado Franco Juan Camilo

Delgado Franco Juan Camilo, 2024, L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE COMME CORRECTIF À  
L'ASYMÉTRIE DE L'INFORMATION DANS LA CONCLUSION DES CONTRATS DE CONSOMMATION -  
L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ASSURANCE -

Originally published at : Thesis, University of Lausanne  
Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>  
Document URN : [urn:nbn:ch:serval-BIB\\_69637B506BCE9](http://nbn:ch:serval-BIB_69637B506BCE9)

### **Droits d'auteur**

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

### **Copyright**

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE COMME CORRECTIF À  
L'ASYMÉTRIE DE L'INFORMATION DANS LA CONCLUSION DES  
CONTRATS DE CONSOMMATION  
- L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ASSURANCE -

*Les problématiques doctrinales, les principaux  
enjeux et les solutions envisageables pour l'avenir*

THÈSE

présentée à la Faculté de droit, des sciences criminelles  
et d'administration publique de l'Université de Lausanne  
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

**Juan Camilo Delgado Franco**

*Titulaire d'une Maîtrise universitaire en droit suisse  
Titulaire d'un Baccalauréat universitaire en droit colombien*

Lausanne 2024



L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE COMME CORRECTIF À  
L'ASYMÉTRIE DE L'INFORMATION DANS LA CONCLUSION DES  
CONTRATS DE CONSOMMATION  
- L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ASSURANCE -

*Les problématiques doctrinales, les principaux  
enjeux et les solutions envisageables pour l'avenir*

THÈSE

présentée à la Faculté de droit, des sciences criminelles  
et d'administration publique de l'Université de Lausanne  
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

**Juan Camilo Delgado Franco**

*Titulaire d'une Maîtrise universitaire en droit suisse  
Titulaire d'un Baccalauréat universitaire en droit colombien*

Lausanne 2024

Lausanne, le 1<sup>er</sup> juin 2024

**Imprimatur**

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 30 janvier 2024 par

**Monsieur Juan Camilo DELGADO FRANCO**

---

dont le titre est le suivant :

**« L'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie  
d'information dans la conclusion des contrats de consommation –  
exemple du contrat d'assurance »**

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

**Cum laude**

  
Francesco Maiani  
Directeur de l'Ecole de Droit

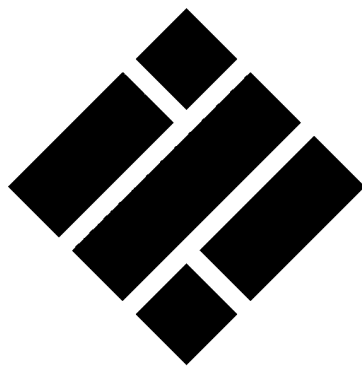
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique

.....

Tél.+41 21 692 27 68 | Fax.+41 21 692 27 76 | administration.droit@unil.ch

L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE COMME CORRECTIF À  
L'ASYMÉTRIE DE L'INFORMATION DANS LA CONCLUSION DES  
CONTRATS DE CONSOMMATION  
- L'EXEMPLE DU CONTRAT D'ASSURANCE –

Par **Juan Camilo Delgado Franco**



**Delgado Franco Legal**

©Editions Delgado Franco Legal SAS, Lausanne 2024

<https://delgadofrancolegal.com>

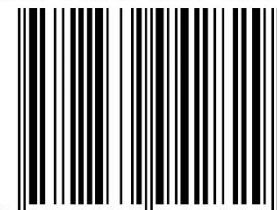
ISBN 978-2-8399-4282-9 (print)

Dans notre site web <https://delgadofrancolegal.com>,

la version suivante est également disponible :

ISBN 978-2-8399-4283-6

ISBN 978-2-8399-4282-9



9 782839 942829 >

Tous les droits sont réservés à Delgado Franco Legal SAS. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la réimpression, la reproduction, la traduction, la diffusion, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique d'extraits ou de l'œuvre complète.



## *Remerciements*

La présente recherche doctorale n'aurait pas été possible sans la collaboration de plusieurs. Je tiens à remercier profondément :

- Le Gouvernement colombien (Ministère des Sciences, des Technologies et de l'Innovation de la Colombie) qui a financé ma recherche doctorale en Suisse.
- Monsieur Vincent Brulhart (Professeur aux Universités de Lausanne et Genève) et Monsieur Jérôme Lorenz (Assistant diplômé à l'Université de Lausanne) pour leur soutien pendant toutes les étapes de la recherche.
- Ma famille et mes amis les plus proches de la Colombie et de la Suisse pour le soutien émotionnel et financier.
- Madame Claudia Rojas qui a fait la correction de style du manuscrit final. Également, Madame Virginie Pommaz, Monsieur Jérôme Lorenz et Monsieur Colin qui ont fait la relecture et les corrections préliminaires du français.
- L'Université de Lausanne (mon alma mater). En particulier, mes amis, collègues et enseignants de l'École de Droit de la Faculté de Droit, des Sciences Criminelles et d'Administration Publique ; aussi du Centre de Langues ; de l'ACILEX ; de l'ACIDUL, de la FAE et de GRADUATE CAMPUS.
- L'ACIDUL pour l'aide financière des fonds de Solidarité des Doctorants (es).
- L'Institut Suisse de Droit Comparé (ISDC) qui m'a donné accès à sa bibliothèque. En particulier Madame Chantal Berger et Monsieur Rodrigo Polanco.
- La Conférence Universitaire de Suisse Occidentale (CUSO). En particulier, les enseignants Pascal Pichonnaz et Florence Guillaume.
- Mes amis et collègues des associations suivantes : AIDA, CILA, ACOLDESE, ALT-CO, ICODECO, Asociación Colombia Vive en Suiza, ACVE, ACIS, HOLA, ILA, ISDCA, Bla Bla Lausanne, BLI, Go Social Lausanne, Salsa&Dulzura, Salsamas, Cubaliente, Matumbe et the Collective Garden Rue de la Paix 19.
- Monsieur Florent Deseneux, Monsieur Volodymyr, Monsieur Fabio Cortes, Madame Katherine Ramirez, Monsieur Xavi Sala et la famille Gall (Philipp, Paola et Laura) de m'avoir accueilli en Suisse.
- Finalement, les membres du jury : Madame Bettina Hummer (Présidente du jury), Monsieur Andreas Ziegler (Expert de la faculté), Madame Ghislaine Frésard-Fellay (Experte-externe), Monsieur Frédéric Krauskopf (Expert-externe) pour les enrichissants apports et suggestions.





*À ma famille et à mes amis les plus proches*



## Table des abréviations et des locutions latines

|            |  |
|------------|--|
| AEAPP      | Autorité européenne de surveillance des assurances et des pensions professionnelles                            |
| AIDA       | Association Internationale de Droit des Assurances   |
| Al.        | et alia (« et autres »)  |
| Cf.        | Confer   |
| Commission | Commission européenne  |
| CUSO       | Conférence Universitaire de Suisse Occidentale   |
| DDA        | Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances |
| DIPA       | Document d'information de produit d'assurance  |
| DITD       | Document d'Information de Thèse de Doctorat  |
| e          | Édition  |
| Édits      | Éditeurs   |
| Ibid.      | Ibidem (au même endroit)   |
| In.        | Dans   |
| Infra.     | Au-dessous de  |
| IAIS       | International Association of Insurance Supervisors   |
| LCA        | Loi sur le Contrat d'Assurance en Suisse   |
| LCD        | Loi fédérale contre la concurrence déloyale  |
| LE         | Liberté d'établissement  |
| LEFin      | Loi sur les établissements financiers  |
| LSA        | Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance   |
| LSFin      | Loi sur les services financiers  |
| OMC        | Organisation Mondiale du Commerce  |
| p.         | Page   |
| pp.        | Pages  |
| Ss         | Suivantes  |
| Supra      | Plus haut, ci-dessus   |
| UE         | Union européenne   |

|       |   |
|-------|---|
| Vol.  | Volumen   |
| PDECA | Principes du droit européen du contrat d'assurance          |
| GSP   | La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP) |
| BGB   | Code civil allemand (BGB)                                   |
| ESG   | Facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG). |

# Table des matières

|   |             |
|---|-------------|
| <b>Table des abréviations et des locutions latines</b>  | <b>XI</b>   |
| <b>Table des matières</b>   | <b>XIII</b> |
| <b>Bibliographie</b>  | <b>XXI</b>  |
| <b>Avant-propos : les grandes préoccupations au moment de commencer à rédiger la thèse de doctorat</b>                | <b>1</b>    |
| <b>Introduction</b>   | <b>7</b>    |
| <b>Chapitre 1 : La délimitation de la thèse</b>   | <b>9</b>    |
| I. Quel est l'objet de la thèse ?   | 9           |
| II. Quels sont les objectifs principaux de l'étude ?  | 9           |
| III. Pourquoi le thème est-il intéressant ?   | 9           |
| IV. Pourquoi le cas d'étude est-il pertinent pour le droit de la consommation ?                                       | 12          |
| A. Le contrat d'assurance comme un cas représentatif de l'asymétrie de l'information                                  | 12          |
| B. Le contrat d'assurance comme un cas d'étude intéressant pour le droit de la consommation                           | 13          |
| V. Quelle est la nature de la recherche ? Juridique ? Économique ? Interdisciplinaire ?                               | 16          |
| VI. Quelle est la portée de notre étude juridique ?   | 17          |
| VII. Y a-t-il d'autres thèses de doctorat en rapport avec notre sujet de thèse de doctorat ?                          | 19          |
| VIII. La thèse va-t-elle aborder une approche sectorielle ? ou abordera-t-elle toutes les relations de consommation ? | 20          |
| IX. La thèse va-t-elle formuler un nouveau modèle ?   | 20          |
| X. Quel est le plan général de la thèse ?   | 21          |
| <b>Première partie : Le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation</b>                | <b>23</b>   |
| <b>Chapitre 2 : Le problème de l'asymétrie de l'information dans le marché économique</b>                             | <b>25</b>   |
| I. Le modèle libéral  | 25          |
| II. Les défaillances du marché liées à l'information  | 26          |
| A. L'incapacité des consommateurs de jouer leur rôle de souverain du marché   | 26          |
| B. La sélection adverse (l'antisélection)   | 28          |
| C. Le risque moral  | 29          |
| D. Les biais cognitifs et la rationalité limitée  | 30          |
| 1. Les biais cognitifs  | 30          |
| a. Le biais d'optimisme   | 30          |
| b. Les erreurs d'appréciation   | 30          |
| c. Le biais d'inertie et la tendance à procrastiner   | 30          |
| 2. Les facteurs externes  | 31          |
| a. L'inégalité des forces   | 31          |
| b. Les pressions au moment de la prise de décision  | 31          |
| c. L'ignorance rationnelle  | 31          |
| 3. La synthèse  | 32          |
| III. La synthèse générale   | 32          |
| <b>Chapitre 3 : Le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats</b>                                     | <b>33</b>   |
| I. Le modèle classique du droit des contrats  | 33          |
| A. La protection de la liberté contractuelle  | 33          |
| B. Aucun <i>devoir de coopération</i> pour la formation adéquate du consentement de l'autre contractant               | 34          |
| C. L'analyse formelle du consentement des contractants  | 35          |
| D. L'obligation générale d'information en droit civil et son application limitée                                      | 36          |
| II. La remise en question du modèle classique à cause des déséquilibres contractuels                                  | 38          |
| III. L'aggravation du problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation                      | 43          |

|      |   |           |
|------|---|-----------|
| A.   | L'augmentation de la fragmentation des connaissances .....  | 43        |
| B.   | La nécessité de prendre des décisions importantes.....  | 44        |
| C.   | La complexité des contrats .....  | 45        |
| 1.   | L'émergence d'un plus grand nombre de contrats innomés .....  | 45        |
| 2.   | Les contrats connexes ou réseaux de contrats ou contrats liés ou ventes croisées .....                  | 46        |
| 3.   | Le problème d'incompréhension des contrats complexes.....   | 46        |
| D.   | Le fait que les contrats ne sont pas lus .....  | 47        |
| E.   | La difficulté de la simplification de l'information .....   | 47        |
| F.   | Les changements substantiels dans la négociation et la conclusion des contrats.....                     | 48        |
| G.   | Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique) .....        | 51        |
| H.   | Le commerce électronique .....  | 52        |
| IV.  | La synthèse.....  | 54        |
|      | <b>Deuxième partie : Les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information</b>                          | <b>55</b> |
|      | <b>Chapitre 4 : Les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information</b>                               | <b>57</b> |
| I.   | La recherche active de l'information par le consommateur .....  | 57        |
| II.  | La fourniture de l'information par le professionnel sur une base volontaire.....                        | 58        |
| III. | La simplification et la vulgarisation de l'information.....   | 58        |
| A.   | Études du comportement des consommateurs.....   | 59        |
| B.   | Legal Design.....   | 59        |
| C.   | La vulgarisation et l'éducation des consommateurs .....   | 59        |
| D.   | Révolution dans l'enseignement du droit et nouvelles méthodes d'enseignement du droit.....              | 60        |
| IV.  | L'aide de tiers spécialisés.....  | 61        |
| V.   | L'intervention de l'État .....  | 62        |
| A.   | Le contrôle effectif du contenu du contrat par l'État.....  | 63        |
| B.   | Le droit de rétractation (la période de réflexion).....   | 64        |
| C.   | L'établissement de modèles standards de contrats ou les clauses contractuelles types .....              | 65        |
| D.   | La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP).....  | 66        |
| E.   | L'interdiction totale de conclure certains contrats.....  | 67        |
| F.   | Le devoir d'information (modèle d'information).....   | 67        |
| VI.  | La prépondérance du devoir d'information du professionnel .....   | 68        |
| VII. | La synthèse.....  | 70        |
|      | <b>Troisième partie : Le devoir d'information du professionnel</b>                                      | <b>71</b> |
|      | <b>Chapitre 5 : Le devoir d'information du professionnel dans les contrats de consommation</b>          | <b>73</b> |
| I.   | L'origine jurisprudentielle.....  | 73        |
| II.  | Le fondement de l'obligation d'information (la bonne foi, la transparence, la confiance) .....          | 75        |
| III. | Les devoirs précontractuels .....   | 77        |
| A.   | Les principaux devoirs précontractuels .....  | 77        |
| 1.   | Le devoir de négocier sérieusement.....   | 77        |
| 2.   | L'obligation de se renseigner.....  | 78        |
| 3.   | Le devoir de vérité.....  | 78        |
| 4.   | Le devoir d'information .....   | 78        |
| 5.   | Les autres devoirs.....   | 79        |
| B.   | Les conséquences en cas de violation des devoirs précontractuels.....                                   | 79        |
| 1.   | Le cas de non-conclusion du contrat.....  | 80        |
| 2.   | Le cas de conclusion du contrat.....  | 80        |
| C.   | La synthèse .....   | 81        |
| IV.  | La dispersion du devoir d'information dans la législation .....   | 81        |
| A.   | Les conflits entre le droit traditionnel et le droit de la consommation.....                            | 82        |
| B.   | Les conflits entre le droit de la consommation et les dispositions protectrices de chaque branche ..... | 83        |
| C.   | L'emplacement du devoir d'information du professionnel .....  | 84        |
| 1.   | L'obligation générale d'information du droit commun .....   | 84        |
| 2.   | L'obligation d'information du droit de la consommation .....  | 85        |

|       |   |            |
|-------|---|------------|
| 3.    | L'obligation d'information du professionnel dans la loi spéciale de chaque secteur.....               | 85         |
| 4.    | L'obligation d'information spéciale applicable à des produits spécifiques .....                       | 85         |
| 5.    | L'obligation d'information dans la réglementation communautaire appliquée à chaque secteur .....      | 86         |
| 6.    | Quelques remarques.....   | 86         |
| V.    | Les ordres de protection du droit de la consommation appliqués au devoir d'information .....          | 87         |
| VI.   | Les objectifs du devoir d'information.....  | 87         |
| A.    | La protection du consentement.....  | 88         |
| B.    | La comparaison des produits du marché.....  | 89         |
| C.    | L'amélioration de l'image de marque des professionnels.....   | 89         |
| VII.  | Les circonstances qui déterminent l'intensité du devoir d'information.....                            | 89         |
| A.    | La qualité des parties.....   | 90         |
| B.    | Le type de bien ou service .....  | 90         |
| C.    | La complexité du contrat .....  | 90         |
| D.    | La valeur et l'importance du contrat.....   | 91         |
| VIII. | L'intensité du devoir d'information .....   | 91         |
| A.    | L'égalité des parties : aucun devoir d'information .....  | 91         |
| B.    | L'asymétrie de l'information : obligation d'information.....  | 92         |
| C.    | Les cas exceptionnels : devoir de conseil .....   | 92         |
| IX.   | Les caractéristiques de l'information .....   | 93         |
| X.    | Le contenu du devoir d'information .....  | 93         |
| XI.   | La proportionnalité et la détermination de l'information essentielle.....                             | 94         |
| A.    | Le problème de proportionnalité .....   | 95         |
| B.    | Le problème de la saturation .....  | 95         |
| C.    | La solution de la doctrine .....  | 96         |
| XII.  | Les limites au devoir d'information du professionnel.....   | 96         |
| A.    | L'information confidentielle.....   | 96         |
| B.    | La délimitation entre le devoir d'information et le conseil .....                                     | 97         |
| C.    | Les coûts du devoir d'information.....  | 99         |
| D.    | La délimitation entre l'obligation de s'informer soi-même et le devoir d'informer.....                | 100        |
| E.    | La distinction entre la réglementation de l'information précontractuelle et la publicité .....        | 101        |
| F.    | Notre analyse.....  | 102        |
| XIII. | Les conséquences de la violation du devoir d'information du professionnel .....                       | 102        |
| A.    | Les conséquences civiles.....   | 103        |
| 1.    | La nature de la responsabilité dérivée de la violation de devoir d'information .....                  | 104        |
| 2.    | Les deux principales hypothèses de responsabilité civile.....   | 105        |
| a.    | Un problème lié à la validité du consentement du consommateur .....                                   | 105        |
| b.    | Une représentation erronée du contenu du contrat.....   | 105        |
| B.    | Les conséquences administratives dans les activités surveillées.....                                  | 108        |
| XIV.  | La synthèse .....   | 109        |
|       | <b>Quatrième partie : L'étude de cas : L'information précontractuelle dans le contrat d'assurance</b> | <b>111</b> |
|       | <b>Chapitre 6 : L'information précontractuelle dans le contrat d'assurance</b>                        | <b>113</b> |
| I.    | L'aperçu général du devoir d'information de l'assureur en droit européen et latino-américain.....     | 114        |
| A.    | La dispersion de la normativité du devoir d'information de l'assureur .....                           | 114        |
| B.    | L'intégration du devoir d'information de l'assureur dans la réglementation transsectorielle .....     | 117        |
| C.    | La nouvelle approche : la transparence dans le marché des assurances privées.....                     | 119        |
| 1.    | La transparence dans les contrats d'assurance .....   | 119        |
| 2.    | La transparence dans la distribution d'assurance .....  | 120        |
| 3.    | La transparence dans la communication vis-à-vis des consommateurs.....                                | 120        |
| 4.    | La transparence auprès des acteurs du marché.....   | 121        |
| 5.    | La transparence dans les investissements :.....   | 121        |
| 6.    | La transparence de la réglementation.....   | 121        |
| a.    | L'articulation entre la législation communautaire et le droit interne dans l'UE :.....                | 122        |
| b.    | L'articulation du droit de la consommation avec d'autres branches du droit.....                       | 122        |



|  |     |
|--|-----|
| 7. Notre analyse.....  | 122 |
| D. La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit européen .....                      | 123 |
| 1. La normativité liée au devoir d'information de l'assureur dans l'Union européenne .....                         | 123 |
| a. La directive 2009/138 (Solvabilité II) .....  | 123 |
| b. La Directive 2016/97 sur la distribution d'assurances (DDA).....  | 123 |
| c. Les autres directives.....  | 125 |
| d. Quelques remarques .....  | 126 |
| 2. Les législations européennes sur le devoir d'information de l'assureur.....                                     | 127 |
| E. La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit latino-américain.....               | 129 |
| 1. Les débats sur l'application du droit de la consommation générale au contrat d'assurance.....                   | 130 |
| 2. La protection spéciale des droits fondamentaux .....  | 130 |
| F. La volonté d'éviter d'importer des problèmes émanant d'autres législations.....                                 | 131 |
| II. La coordination des intérêts : l'équilibre a-t-il été perdu ? .....  | 133 |
| A. La double perspective : le volet de l'assureur et le volet de l'assuré.....                                     | 133 |
| B. Les intérêts légitimes dans l'opération d'assurance .....   | 135 |
| 1. Les intérêts légitimes de la communauté.....  | 135 |
| 2. Les intérêts légitimes des propriétaires des assureurs.....   | 137 |
| 3. Les intérêts légitimes des réassureurs .....  | 139 |
| 4. Les intérêts directs des tiers.....   | 140 |
| 5. Les intérêts indirects des tiers.....   | 142 |
| 6. La synthèse.....  | 142 |
| C. La réflexion : La recherche de la conciliation des intérêts .....   | 143 |
| III. L'objectif spécial du devoir d'information lié au processus de libéralisation du marché des assurances .....  | 143 |
| A. La suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat et des tarifs.....                     | 144 |
| 1. Le contrôle a posteriori des conditions générales du contrat d'assurance par les tribunaux .....                | 146 |
| 2. Le contrôle de l'autorité de surveillance des violations massives des droits des consommateurs.....             | 146 |
| 3. Le retour au contrôle préalable dans les cas exceptionnels.....   | 147 |
| 4. Le renforcement du devoir d'information.....  | 147 |
| B. Les processus régionaux de libéralisation des marchés des assurances.....                                       | 147 |
| 1. Réflexions préliminaires.....   | 148 |
| 2. La libéralisation dans l'Union européenne .....   | 149 |
| 3. La libéralisation dans l'Amérique latine.....   | 151 |
| 4. Analyse de la relation entre le processus de libération du marché et le devoir d'information .....              | 152 |
| IV. Les particularités du contrat d'assurance et les conséquences pour le devoir d'information de l'assureur ..... | 153 |
| A. Les parties du contrat d'assurance .....  | 153 |
| 1. L'assureur comme un professionnel qualifié .....  | 153 |
| 2. Le preneur d'assurance comme un consommateur particulier .....  | 155 |
| 3. Les tiers (les ayants droits) du contrat d'assurance.....   | 156 |
| B. La plus absolue bonne foi ( <i>l'uberrima fides</i> ) dans le contrat d'assurance.....                          | 158 |
| 1. La protection spéciale de l'assureur.....   | 159 |
| 2. Le développement de la protection des consommateurs .....   | 159 |
| 3. L'accroissement de la diligence exigée de l'assureur .....  | 160 |
| 4. Quelques réflexions sur la bonne foi dans le contrat d'assurance .....  | 161 |
| C. Les assurances comme biens de consommation courants malgré les problèmes d'accès à l'assurance.....             | 162 |
| D. La modalité spéciale de conclusion du contrat d'assurance .....   | 163 |
| 1. Le schéma traditionnel du droit commun des contrats.....  | 163 |
| 2. Le schéma du contrat d'assurance .....  | 164 |
| a. Qui fait l'offre ? .....  | 166 |
| b. Qui est la partie la plus vulnérable de l'information ? .....   | 167 |
| c. Qu'en est-il des sinistres survenant lors de l'étude de la proposition d'assurance (phase 2 et 3) ?...          | 168 |
| d. Que se passe-t-il s'il y a une différence entre le convenu verbalement et la police d'assurance ?...            | 169 |
| e. Quand et comment le devoir d'information doit-il être rempli ? .....  | 169 |
| 3. Le schéma spécial de conclusion de certains contrats d'assurance .....  | 171 |
| 4. La synthèse.....  | 172 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
|       | E. La synthèse générale .....   | 172 |
| V.    | La difficulté de vulgariser le droit des assurances privées .....   | 172 |
|       | A. Les problèmes de communication dans le secteur des assurances .....  | 173 |
|       | 1. La base technique : une justification pour faire des discriminations ? .....                                       | 173 |
|       | 2. Le mécontentement quand les assureurs font des profits .....   | 175 |
|       | 3. La complexité des produits d'assurance et les implications des petites décisions .....                             | 176 |
|       | 4. La transformation du marché des assurances .....   | 178 |
|       | a. Un marché plus concurrentiel et avec plus de produits .....  | 178 |
|       | b. L'écosystème numérique des assurances .....  | 180 |
|       | c. Le commerce électronique et le risque de commerce illégal des assurances .....                                     | 181 |
|       | d. La synthèse .....  | 184 |
|       | 5. Les notions particulières du droit des assurances privées .....  | 184 |
|       | a. La notion de risque .....  | 184 |
|       | b. La tarification des assurances .....   | 185 |
|       | c. Le régime juridique spécifique du devoir d'information de l'assureur .....   | 186 |
|       | B. Nos réflexions sur l'efficacité d'informer les consommateurs d'assurance .....                                     | 188 |
| VI.   | L'intensité de la réglementation sur le devoir d'information de l'assureur .....                                      | 190 |
|       | A. Les motifs de l'intensité de la normativité .....  | 190 |
|       | B. Les tentatives d'échapper à la réglementation .....  | 192 |
|       | C. Les conséquences .....   | 193 |
| VII.  | Les classifications de droit des assurances privées et les implications sur le devoir d'information de l'assureur ... | 194 |
|       | A. L'assurance de masse et l'assurance grands risques .....   | 194 |
|       | B. L'assurance obligatoire et assurance volontaire .....  | 196 |
|       | C. L'assurance vie et l'assurance dommages (non-vie) .....  | 198 |
|       | 1. <i>Le principe indemnitaire</i> .....  | 198 |
|       | 2. La composante épargne .....  | 199 |
|       | D. Les assurances privées et assurances sociales .....  | 201 |
|       | E. Les assurances individuelles et les assurances collectives .....   | 201 |
|       | F. La synthèse .....  | 202 |
| VIII. | La violation du devoir d'information de l'assureur .....  | 202 |
|       | A. Les violations axées sur les cas où le contrat d'assurance a été conclu .....                                      | 203 |
|       | B. Les conséquences de la violation du devoir d'information de l'assureur .....                                       | 203 |
|       | 1. Le sinistre n'a pas eu lieu .....  | 204 |
|       | 2. Le sinistre a eu lieu .....  | 204 |
|       | a. L'application des instruments contractuels .....   | 204 |
|       | b. L'application du remède le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation .....                   | 204 |
|       | c. L'invocation de la responsabilité délictuelle .....  | 205 |
|       | d. Notre avis .....   | 206 |
| IX.   | Les autres remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance .....                        | 206 |
|       | A. Les mesures limitant la liberté contractuelle .....  | 206 |
|       | B. Le contrôle des conditions générales du contrat d'assurance .....  | 210 |
|       | 1. Les problèmes du contrôle judiciaire .....   | 211 |
|       | 2. L'intégration de l'analyse de l'exécution du devoir d'information dans le contrôle des contrats .....              | 213 |
|       | 3. L'effet du contrôle judiciaire n'est pas préventif de l'asymétrie de l'information .....                           | 213 |
|       | C. Le droit de révocation du contrat d'assurance .....  | 214 |
|       | D. La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP) .....  | 216 |
|       | E. Le conseil par un tiers ou un intermédiaire ou une plateforme technologique .....                                  | 216 |
|       | 1. L'intermédiaire représentant les intérêts du preneur d'assurance .....   | 217 |
|       | 2. L'intermédiaire représentant les intérêts de l'assureur .....  | 219 |
|       | 3. Les intermédiaires mixtes .....  | 220 |
|       | 4. Nouvelles formes de distribution .....   | 220 |
|       | 5. Notre approche .....   | 221 |
|       | F. La relation entre les autres domaines de connaissances et le devoir d'information de l'assureur .....              | 222 |
|       | G. La synthèse .....  | 223 |

|      |  |            |
|------|--|------------|
| X.   | Les effets des problématiques globales sur le devoir d'information de l'assureur.....                        | 224        |
| A.   | Le changement climatique .....   | 224        |
| 1.   | La transformation de certains produits d'assurance.....  | 225        |
| 2.   | La nouvelle génération de produits d'assurances agricoles .....  | 225        |
| 3.   | Les investissements durables.....  | 226        |
| 4.   | La réflexion finale .....  | 226        |
| B.   | La pandémie de la covid-19.....  | 227        |
| 1.   | La pandémie comme risque assurable .....   | 227        |
| 2.   | La numérisation accélérée de la distribution des assurances.....   | 228        |
| 3.   | La mauvaise image de la marque de l'assurance pendant la pandémie.....                                       | 228        |
| 4.   | La relation entre la pandémie et le devoir d'information.....  | 229        |
| C.   | La crise des assurances vie liées à des fonds de placement et des prévoyances .....                          | 230        |
| 1.   | Les changements démographiques et les problèmes de financement des retraites .....                           | 230        |
| 2.   | Les pertes financières dues à la volatilité des marchés financiers.....                                      | 231        |
| a.   | La perte de confiance .....  | 232        |
| b.   | L'effet massif.....  | 232        |
| c.   | Le problème de communication pour les subventions aux grandes entreprises financières.....                   | 233        |
| d.   | Les conséquences à long terme .....  | 233        |
| e.   | Le cas d'étude .....   | 233        |
| 3.   | Le renforcement du devoir et la nouvelle politique de gouvernance et surveillance des produits.....          | 234        |
| D.   | La quatrième révolution industrielle .....   | 235        |
| 1.   | Les mégadonnées (« <i>Big data</i> ») et l'assurance ouverte (« <i>open insurance</i> »).....                | 236        |
| 2.   | Les nouvelles plateformes d'interaction .....  | 238        |
| 3.   | L'écosystème numérique et les tensions avec les entreprises non traditionnelles .....                        | 239        |
| 4.   | Les nouveaux produits d'assurance utilisant les nouvelles technologies .....                                 | 240        |
| 5.   | Les cyber-risques et nouveaux produits d'assurance pour les couvrir .....                                    | 242        |
| 6.   | La réflexion finale .....  | 243        |
| E.   | La synthèse .....  | 243        |
| XI.  | La synthèse générale .....   | 243        |
|      | <b>Cinquième Partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration</b>    | <b>247</b> |
|      | <b>Chapitre 7 : Les critiques du modèle de l'information et les problèmes contractuels parallèles</b>        | <b>249</b> |
| I.   | Les critiques du modèle de l'information .....   | 249        |
| A.   | Critiques du modèle d'information depuis le droit de la consommation .....                                   | 250        |
| 1.   | Le modèle de l'information complémentaire ou modèle libéral .....  | 250        |
| 2.   | Le modèle compensatoire ou modèle social .....   | 250        |
| 3.   | Le modèle compensatoire échelonné (mixte) .....  | 251        |
| 4.   | Notre approche .....   | 251        |
| B.   | Le grand débat sur la rationalité des consommateurs au moment de la conclusion des contrats .....            | 252        |
| 1.   | La théorie du choix rationnel (le modèle traditionnel).....  | 252        |
| 2.   | La rationalité limitée et les critiques constructives du modèle d'information.....                           | 253        |
| 3.   | L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information .....                   | 256        |
| 4.   | Notre position.....  | 257        |
| C.   | Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (la théorie du pendule) .....            | 258        |
| II.  | Les problèmes contractuels parallèles à l'asymétrie de l'information .....                                   | 260        |
| A.   | Les problèmes avec le contenu des contrats.....  | 260        |
| B.   | Les problèmes de déséquilibres liés aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation).....     | 262        |
| C.   | Les problématiques liées au mauvais exercice des droits des consommateurs et aux décisions arbitraires ..... | 263        |
| D.   | Les problèmes liés à une législation obsolète et inadaptée à la réalité .....                                | 264        |
| E.   | Les problèmes de conception des produits.....  | 265        |
| F.   | Les graves problèmes d'éducation et des groupes extrêmement vulnérables .....                                | 265        |
| G.   | Notre approche.....  | 266        |
| III. | Notre réflexion : Le regard positif du devoir d'information du professionnel .....                           | 267        |

---

|   |            |
|---|------------|
| <b>Chapitre 8 : Les propositions simples pour améliorer le système</b>          | <b>269</b> |
| I. Les propositions générales pour le droit de la consommation.....             | 269        |
| A. Le droit de la consommation doit être simple.....                            | 269        |
| B. Le droit de la consommation doit être cohérent et articulé.....              | 270        |
| C. Le droit de la consommation doit être moderne.....                           | 270        |
| D. Le droit de la consommation doit être équilibré.....                         | 271        |
| II. Les propositions pour le devoir d'information.....                          | 271        |
| A. L'efficacité matérielle du devoir d'information.....                         | 271        |
| B. Les plans de gestion du risque de mauvaise réputation.....                   | 272        |
| C. Le devoir d'information comme stratégie de valorisation des entreprises..... | 272        |
| III. La réflexion finale.....   | 273        |
| <b>Annexes</b>  | <b>275</b> |
| <b>Chapitre 9 : Document d'Information sur la Thèse de Doctorat (DITD)</b>      | <b>277</b> |



## Bibliographie



- ACPR BANQUE DE FRANCE, *Présentation power Point :La Gouvernance et la Surveillance des produits d'assurance : Réglementation applicable et travaux en cours*, 2022, ACPR BANQUE DE FRANCE, disponible sous : [https://gcaf.banque-france.fr/sites/default/files/media/2022/03/21/2022\\_03\\_17\\_gouvernance\\_surveillance\\_des\\_produits\\_dassurance\\_cgaf\\_17\\_mars\\_2022.pptx](https://gcaf.banque-france.fr/sites/default/files/media/2022/03/21/2022_03_17_gouvernance_surveillance_des_produits_dassurance_cgaf_17_mars_2022.pptx) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- ALPA Guido, « *El derecho de los consumidores : un laboratorio para los juristas* », *Revista de Derecho Privado* 2008, n° 15, pp. 5-26.
- ARIZA-FORTICH Alma, « *La liberalización de los seguros en Colombia : perspectiva desde el consumidor* », *Rev. IUS*, 2014, n° 3 Vol. 28, pp. 183- 198.
- ARIZA Rafael, « *Nuevas perspectivas del uso de la tecnología en el ámbito del contrato de seguro* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 57, Vol. 31, pp. 13-48.
- ARIZA Rafael/ CALVO Eloy, « *¿Debe Colombia replantear el tratamiento legal a la reticencia e inexactitud en la declaración del riesgo en materia de seguros? Panorama comparado de este problema frente a las legislaciones española, francesa, y suiza* », *Revista E-Mercatoria* 2017, n° 16, Vol. 1, p. 37 -57.
- ASTEGIANO-LA RIZZA Axelle, *L'assurance et les tiers*, Paris, 2004, Defrénois.
- ATAMER Yesim/ PICHONNAZ Pascal (édits.), « *Control of Price Related Terms in Standard Form* », Cham, 2020, Springer.
- AUBERT DE VINCELLES Carole, *La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen de contrats*, in WICKE Guillaume (édits.), *Droit Européen Du Contrat Et Droits Du Contrat En Europe*, Paris, 2008, Lexis Nexis, pp. 7-19.
- AYNES LAURENT, *Le consommateur*, in L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT (édits.), *Le consommateur*, Journées colombiennes, *Tome LVII 2007*, Paris, 2010, Bruylant, pp. 11-16.
- AYRES Ian/ SCHWARTZ Alan, « *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law* », *Stanford Law Review*, 2014, Vol. 66, No. 3, pp. 545-609.
- BARRIENTOS Francisca/ LANNI Sabrina, « *El consumidor latinoamericano : nuevos desafíos para la armonización del derecho* », *Revista General de Derecho Público Comparado* 2018, n° 23.
- BARRIENTOS Marcelo, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo* », *Revista Chilena de Derecho* 2015, n° 42, Vol 2, p. 423-451 (cité : BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* »).
- BARRIENTOS Marcelo, « *Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », *Revista de Derecho Coquimbo* 2015, n° 22, Vol 1, p. 65-104 (cité : BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* »).
- BASEDOW Jürgen/ BIRDS John/ CLARKE Malcolm/ COUSY Herman/ HEISS Helmut/ LOACKER Leander, « *Principles of European insurance contract law* », 2<sup>e</sup>, Köln, 2016, Otto Schmidt (cité : HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* »).
- BAYE Michael/ SAPPINGTON David, « *Information Economics* », Vol. I, II, III, IV, New York 2014, Routledge.
- BÉGUÉ María del Pilar/ VÁSQUEZ Daniel, « *Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano* », *Revista de Derecho Privado* 2023, n° 44, pp. 313-346.
- BEIGNIER Bernard/ BEN HADJ YAHIA Sonia, *Droit des assurances*, 3<sup>e</sup>, Paris, 2018, LGDJ, Lextenso éditions.
- BÉLANGER André, *Interrogations critiques sur l'uberrima fides dans le contrat d'assurance*, *Assurances et gestion des risques*, 2009, n° 77, pp. 203-236.
- BENITO Félix, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 56, Vol. 31, pp. 45-72 (cité : BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* »).
- BENITO Félix, « *La digitalización en el mercado de seguros* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 57, Vol. 31, pp. 199-230 (cité : BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* »).
- BENITO Felix, « *La transparencia en el mercado de seguros* », Granada, 2020, Editorial Comares (cité : BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* »).
- BIANCA Maximo, « *Derecho Civil III. Contrato* », Bogota, 2007, Universidad Externado de Colombia.



- BIGOT Jean et al., *Code des assurances : commenté*, 36<sup>e</sup>, Antony. 2020, L'Argus éditions (cité : L'ARGUS, Code des assurances).
- BIGOT Jean/ BAILLOT Philippe/ KULLMANN Jérôme/ MAYAUX Luc, *Les assurances de personnes*, Tome 4, Paris, 2007, LGDJ Lextenso éditions (cité : BIGOT et al., *Tome 4 : les assurances de personnes*).
- BIGOT Jean/ BELLANDO Jean-Louis/ CABRILLAC Séverine/ JADAUD Bernard/ MOREAU Jacques/ PARLEANI Gilbert, *Entreprises et organismes d'assurance*, Traité de droit des assurances, Tome 1, 3<sup>e</sup>, Paris, 2011, LGDJ Lextenso éditions (cité : BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*).
- BIGOT Jean/ HEUZE Vincent/ KULLMANN Jérôme/ MAYAUX Luc/ SCHULZ Romain/ SONTAG Katja, *Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, LGDJ Lextenso éditions (cité : BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*).
- BIGOT Jean/ KULLMANN Jérôme/ MAYAUX Luc, *Les assurances de dommages* Tome 5, Issy-les-Moulineaux, 2017, LGDJ Lextenso éditions (cité : BIGOT et al., *Tome 5 : Les assurances de dommages*).
- BIGOT Jean/ LANGE Daniel/ RESPAUD Jean-Louis, *La distribution d'assurance*, Traité de droit des assurances, Tome 2, 3<sup>e</sup>, Paris, 2020, LGDJ Lextenso éditions (cité : BIGOT et al., *Tome 2 : L'intermédiation d'assurance*).
- BORGETTO Michel/ LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 19<sup>e</sup>, Paris, 2017, Dalloz.
- BORY Jonathan, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, Lausanne, 2021, Stämpfli (cité : BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*).
- BORY Jonathan, *Les technologies de persuasion et l'asymétrie des forces de négociation*, Blog LexTechinstitute, Neuchâtel, 2022, Université de Neuchâtel, disponible sous : <https://www.lextechinstitute.ch/les-technologies-de-persuasion-et-lasymetrie-des-forces-de-negociation/> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : BORY, *Les technologies de persuasion et l'asymétrie des forces de négociation*.
- BOTERO Bernardo, « *Estudios sobre seguros* », Bogota, 2022, ACOLDESE disponible sous : [https://acoldeseida.org/wp-content/uploads/2023/05/Estudios\\_Sobre\\_Seguros-Bernardo\\_Botero\\_Morales-ACOLDESE.pdf](https://acoldeseida.org/wp-content/uploads/2023/05/Estudios_Sobre_Seguros-Bernardo_Botero_Morales-ACOLDESE.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- BRAIDI Guillaume, *L'individu en droit de la surveillance financière*, Genève-Zurich-Bâle, 2009, Schulthess.
- BRULHART Vincent, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, in WERRO Franz/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées*, Colloque du droit de la responsabilité civile, Berne, 2015, Stämpfli, pp. 77-98 (cité : BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*).
- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, 2<sup>e</sup>, Genève-Zurich-Bâle, 2017, Schulthess (cité : BRULHART, *Droit des assurances privées*).
- BRULHART Vincent, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, in CHAPPUIS Christine/ WINIGER Bénédict (édits.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève-Zurich-Bâle, 2009, Schulthess, pp. 201- 228 (cité : BRULHART, *le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*).
- BRULHART Vincent, *Le dommage assurable : quelques réflexions sur les limites juridiques et techniques de l'assurabilité*, in WERRO Franz/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Le dommage dans tous ses états*, Colloque du droit de la responsabilité civile, Berne 2013, Stämpfli, pp. 243-271 (cité : BRULHART, *Le dommage assurable*).
- BRULHART Vincent, *Quelques réflexions sur le statut juridique des comparateurs d'assurance sur Internet : un point sur la réglementation en matière d'intermédiation*, in WERRO Franz/ PROBST Thomas (édits.), *Journées du droit de la circulation routière 26–27 juin*, 2014, Stämpfli Verlag AG, pp. 127-153 (cité : BRULHART, *les comparateurs d'assurance sur Internet*).
- BRULHART Vincent, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité : ce qu'elles se doivent l'une à l'autre*, in WERRO Franz/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Les responsabilités fondées sur le risque*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2017, Berne, 2017, Stämpfli, pp. 139-163 (cité : BRULHART, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité*).
- BRULHART Vincent/ FRESARD-FELLAY Ghislaine/ SUBILIA Olivier (édits.), *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance - Avec certains aspects choisis du contrat d'assurance de la protection juridique*, Bâle, 2022, Helbing & Lichtenhahn (cité : AUTEUR, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*).
- BRULHART Vincent/ GAULIS Dimitri, *La responsabilité liée à l'utilisation de véhicules autonomes*, in CHAPPUIS Christine/ WINIGER Bénédict (édits.), *Responsabilité civile et nouvelles technologies*, Journée de la responsabilité civile 2018, Genève-Zurich-Bâle, 2019, Schulthess, pp. 11-43.

- BRULHART Vincent/ LORENZ Jérôme, *Impacts du nouveau droit de la prescription sur les contrats en cours (articles 128a CO et 49 Titre final CC)*, in WERRO Franz/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Le nouveau droit de la prescription*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Berne, 2019, Stämpfli, pp. 141-164.
- CALAIS-AULOY Jean/ TEMPLE Henri/ DEPINCE Malo, *Droit de la consommation*, 10<sup>e</sup>, Paris, 2020, Dalloz.
- CAMPOS Sebastian/ RENZO Munita/ PEREIRA Esteban, « *Fundamentación normativa de los deberes derivados de la buena fe contractual. Entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado* », *Revista de Derecho Privado* 2022, n° 43, pp. 187-217.
- CESLA Amarelle/ MIX & REMIIX/ KUCHOOL Vincent/ PETER Nicolas, *Droit Suisse*, Comprendre, Le Mont-sur-Lausanne, 2018, Editions Loisirs et pédagogie.
- CHAGNY Muriel/ PERDRIX Louis, *Droit des assurances*, 3<sup>e</sup>, Issy-les-Moulineaux, 2014, LGDJ, Lextenso éditions.
- CHAMIE Jose, « *Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor* », *Revista de Derecho Privado* 2013, n° 24, pp. 115-132.
- CHAPPUIS Christine, *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé?* in CHAPPUIS Christine/ WINIGER Bénédicte (édits.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève-Zurich-Bâle, 2009, Schulthess, pp. 11-33.
- CHAPUIS Olivier, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, Bâle, 2005, Helbing & Lichtenhahn (cité : CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*).
- CHINCHILLA Carlos, « *El deber de información contractual y sus límites* », *Revista de Derecho Privado* 2011, n° 21, pp. 327-350.
- COMPIANI María Fabiana, « *La armonización de las legislaciones de consumidor y seguros* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2010, n° 33, Vol. 19, pp. 97-111.
- CORRALES Marcelo/ FENWICK Mark/ FORGO Nikolaus (édits.), « *New Technology, Big Data and the Law* », Singapore, 2017, Springer.
- COUILBAULT François/ ELIASHBERG Constant. *Les grands principes de l'assurance*, 7<sup>e</sup>, Paris, 2005, L'Argus éditions.
- COUSY Herman, « *Changing Insurance Contract Law* », in MARANO Pierpaolo/ SIRI Michele (édits.), « *Insurance Regulation in the European Union* », Cham, 2019, Palgrave MacMillan Springer pp. 31-57.
- DA SILVA Novaes/ CHARLES Anthony, « *Legal Design y Seguros : El futuro empezó* », *Revista de Derecho de Seguros* 2021, n° 1, disponible sous : <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=be6fa37171da442b26d79d76ea9addf6> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- DE FRANCESCHI Alberto, « *European Contract Law and the Digital Single Market : Current Issues and New Perspectives* », in DE FRANCESCHI Alberto (édits.), « *European Contract Law and the Digital Single Market : The implication of the digital Revolution* », Cambridge, 2016, Intersentia, pp. 1-17.
- DELGADO Juan Camilo, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », *Revista Chilena de Derecho de Seguros* 2021, n° 28, tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024), pp. 21-44 (cité : DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* »).
- DELGADO Juan Camilo, *Etats des lieux: L'assurance dépendance, un projet pour l'avenir*, in HUMMER Bettina/ BOILLET Véronique/ DUTOIT Fabien (édits.), *L'assurance dépendance, un projet pour l'avenir* Bern, 2018, Stämpfli, pp. 19-30 (DELGADO Juan Camilo, *Etats des lieux: L'assurance dépendance, un projet pour l'avenir* (cité : DELGADO, *Etats des lieux: L'assurance dépendance*)).
- DELGADO Juan Camilo, *Les enjeux et les remèdes liés à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats* in CHABLOZ Isabelle/ PERRIN Bertrand/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Le contrôle et la liberté en droit*, Bern, 2022, Editions Weblaw (cité : DELGADO, *Les enjeux et les remèdes liés à l'asymétrie de l'information*).
- DELGADO Juan Camilo, *Vidéo : Les grandes préoccupations au moment de commencer à rédiger la thèse de doctorat*, disponible sous : <https://youtu.be/OMqLFMQ78Ss> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- DEVAUD Coralie, *L'information en droit médical : étude de droit suisse*, Genève-Zurich-Bâle, 2009, Schulthess.
- DÍAZ-GRANADOS Juan Manuel, « *El nuevo estatuto del consumidor en Colombia. Su incidencia en el Contrato de Seguro* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2012, n° 36, Vol. 21, pp. 59-96.

- FERNÁNDEZ, Pablo/ MOLINA Manuel/ PORTO Alejandra (édits.), « *Manual de derecho de Consumo* », Valladolid, 2013, Thomson Reuters.
- FONTAINE Marcel, *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup>, Bruxelles, 2016, Lacier.
- FORNAGE Anne Christine, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Berne, 2013, Stämpfli (cité : FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*).
- FORNAGE Anne-Christine, *Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies*, in CARRON Blaise/ MÜLLER Christoph (édits.), 2e Journée des droits de la consommation et de la distribution Assurance de protection juridique : Clauses contractuelles abusives, Bâle 2016, Helbing & Lichtenhahn, pp. 1-35 (cité : FORNAGE, *Le contrat d'assurance protection juridique*).
- FORUM RTS, *Bénéfice de 1,2 milliard de francs pour Swiss RE malgré les intempéries : interview de Vincent Brulhart*, disponible sous : <https://www.rts.ch/play/tv/forum/video/benefice-de-12-milliard-de-francs-pour-swiss-re-malgre-les-intemperies-interview-de-vincent-brulhart?urn=urn:rts:video:12605994> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- GAONA Tatiana/ ORDOÑEZ Andrés, « *El deber de información del asegurador en la relación de consumo de seguros* », in SOTOMONTE Saul (édits.), « *Consumidor y empresa* », Bogota, 2022, Universidad Externado, pp. 295-340.
- GARRIDO Lidia, « *Panorama del consumidor, los seguros y los fondos en el derecho argentino* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2012, n° 36, Vol. 21, pp. 97-122.
- GEISSBÜHLER, Grégoire, *Le droit des obligations*, 2<sup>e</sup>, Vol. 1 : partie générale, Genève-Zurich-Bâle, 2020, Schulthess.
- GÓMEZ Carlos, « *En Colombia, ¿quién es el consumidor de seguros?* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2013, n° 38, Vol. 21, pp. 151-171.
- GOMEZ Lucia, *Les produits structurés et la protection de l'investisseur*, Genève-Zurich-Bâle, 2015, Schulthess
- GUIDE SUISSE DES ASSURANCES, *Manuel pratique à l'usage des entreprises et des indépendants*, Le Mont-sur-Lausanne, 2023, JMB,
- GWENNAËL Francois, *Consentement et objectivation*, Aix-Marseill, 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M.
- HAMMOUD May, *La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance*, Thèse de Doctorat en Droit, Paris, 2012, Université de Pantheon d'Assas et Université libanaise, disponible sous : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/b5f38345-d5aa-4a52-8a5d-09f9d98511fc?inline> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- HAN Yong/ PYNT Greg (édits.), « *Pre-Contractual Duties in Insurance Law : A Global Perspective after 250 Years* », Oxford, 2018, Hart Publishing.
- HAUK Marco/ KEEL Tobias/ DORFMAIER Hannes, *Les écosystèmes comme futur moteur de la croissance. Focus sur le secteur de l'assurance - Partie 1*, 2020, AWK Group.
- HEINEMANN Andreas, *Consommation et concurrence : Améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels*, in OJHA Lauren/ VULLIEMIN Pierre- Francois (édits.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, 2009, CEDIDAC, p- 45-62.
- HERNÁNDEZ Gabriel/ CAMPOS Sebastian, « *Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno* », Revista de Derecho Privado 2020, n° 39, pp. 143-173.
- HERRERA Rebeca, « *El impacto de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 en los seguros* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2022, n° 57, Vol. 31, pp. 121-144.
- HINESTROSA Fernando, « *Autonomía privada y tipicidad contractual* », Revista de Derecho Privado 2013, n° 24, pp. 3-13 (cité : HINESTROSA, « *Autonomía privada y tipicidad contractual* »).
- HINESTROSA Fernando, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », Revista de Derecho Privado 2014, n° 26, pp. 5-39 (cité : HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* »).
- HINESTROSA Fernando, « *Tratado de las obligaciones II* », Bogota, 2015, Universidad Externado de Colombia (cité : HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* »).

- HINESTROSA Fernando, *le rapport général*, in L'Association Henri Capitant (édits.), *Le consommateur, Journées colombiennes* Tome LVII 2007, Paris 2010, Bruylant, p. 19-35(cité : HINESTROSA, le rapport général- Le consommateur, pp. 19-35).
- HIRT Thomas, *Assurances de personnes : privées et sociales*, 12<sup>e</sup> éd. Révisée, Berne, 2019, Association pour la formation professionnelle en assurance (cité : HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*).
- HIRT Thomas, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, 12<sup>e</sup>, Révisée, Berne, 2019, Association pour la formation professionnelle en assurance (cité : HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*).
- HOFER Urs et al., « *Too Big to Fail and Structural Reforms : a Comparative Look at Structural Banking Reforms in Switzerland and the UK and the Underlying Legal and Economic Background* », Berne 2014 Schulthess.
- HUG Dario, *La formation du contrat de consommation*, Collection neuchâteloise, Bâle, 2020, Helbing Lichtenhahn.
- HUG Dario, *La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?*, Jusletter 29 mars 2021.
- HUG Dario/ MÜLLER Christoph/ SINGER Mathieu, *Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance*, in : Jusletter 11 avril 2022.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups 2019* », INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS 2019, disponible sous : <https://www.iaisweb.org/icp-online-tool/> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally* »)
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues paper on index based insurances, particularly in inclusive insurance markets* », INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS 2022, disponible sous : <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/180618-Issues-Paper-on-Index-based-Insurances-particularly-in-Inclusive-Insurance-Markets.pdf> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues paper on index based insurances* ».
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* », INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS 2015, disponible sous : <https://microinsurancenetwork.org/groups/issues-paper-conduct-business-inclusive-insurance>(tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* »).
- JARAMILLO Carlos, Tome 1 : « *La empresa de seguros* », 2<sup>e</sup>, Vol. I, Bogota 2010, Temis (cité : JARAMILLO, *Tome 1*).
- JARAMILLO Carlos, Tome 2 : « *El contrato de seguro* », 1<sup>e</sup>, Vol. I, Bogota 2010, Temis (cité : JARAMILLO, *Tome 2*).
- JARAMILLO Carlos, Tome 3 : « *Teoria general del contrato* », 1<sup>e</sup>, Vol. I, Bogota 2012, Temis (cité : JARAMILLO, *Tome 3*).
- JARAMILLO Patricia, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia : antecedentes, evolución, retos y perspectivas* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2012, n° 37, Vol. 21, pp. 213-233 (cité : JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* »).
- JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation*, 3<sup>e</sup>, Issy-les-Moulineaux, 2019, LGDJ.
- KAHNEMAN Daniel, *Système 1, système 2 : les deux vitesses de la pensée*, Paris, 2012, Flammarion.
- KHOURY Hichem, *L'information et le conseil dus au preneur d'assurance*, Aix-en-Provence, 2011, Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- KULLMANN Jérôme et al., *Lamy assurances : contrat d'assurance, assurances de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance*, Paris 2018, Wolters kluwer (cité : KULLMANN et al., *Lamy assurances*).
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, Genève-Zurich-Bale, 2007, Schulthess.
- L'ASSOCIATION SUISSE D'ASSURANCES, *Bien informés, mieux assurés*, Zürich 2017, disponible sous : [https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-11/svv\\_gut\\_informiert\\_besser\\_versichert\\_2016\\_fr\\_web\\_0.pdf](https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-11/svv_gut_informiert_besser_versichert_2016_fr_web_0.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne/ LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 14<sup>e</sup>, Paris, 2017, Dalloz.
- LANGER Dirk, *les contrats dans le commerce électronique*, in OJHA Lauren/ VULLIEMIN Pierre- Francois (édits.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, 2009, CEDIDAC, pp. 63-100.

- LOACKER LEANDER, « *Informed Insurance Choice? The Insurer's Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance* », Cheltenham, 2015, Edward Elgar Publishing.
- LOPEZ Hernan, « *Comentarios al contrato de seguros* », 7<sup>e</sup> éd Bogota, 2022, Dupre Editores.
- MACDONALD Peter/ PICKEN Simon/ FOSS Patrick, « *Good Faith and Insurance Contracts* », London, 2010, Lloyd's List.
- MALFATTI Marcio, « *Aleatoria es la vida, el seguro es conmutativo* », Revista de Derecho de Seguros 2021, n° 1, disponible sous: <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0c127a3e7d0aaa94aafaaed5f45913cc> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- MANGIALARDI Eduardo/ PANTANALI Norberto/ QUINTANA Enrique, « *Ponencia completa consumidor de seguros* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2013, Vol. 22, n° 38, pp. 13-45.
- MAPFRE ECONOMICS, « *Inclusión financiera en seguros* », Madrid 2020, MAPFRE, disponible sous <https://www.mapfre.com/media/servicio-estudios/2020/mapfre-economics-inclusion-financiera-11-06-2020.pdf> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- MARANO Pierpaolo, « *The Product Oversight and Governance : Standards and Liabilities* », in MARANO Pierpaolo/ ROKAS Ioannis (édits.), « *Distribution of Insurance- Based Investment Products* », Cham, 2019, Springer p. 59-96 (cité : MARANO, « *The Product Oversight and Governance* »).
- MARANO Pierpaolo/ KYRIAKI Noussia (édits.), « *InsurTech : A Legal and Regulatory View* », Vol. I, Cham, 2020, Springer (cité: MARANO, « *InsurTech* »).
- MARANO Pierpaolo/ KYRIAKI Noussia (édits.), « *Transparency in Insurance Contract Law* », Vol. II, Cham, 2019, Springer (cité: MARANO, « *Transparency in Insurance Contract Law* »).
- MARANO Pierpaolo/ KYRIAKI Noussia (édits.), « *Insurance Distribution directive* », Vol. III, Cham, 2021, Springer (cité : MARANO, « *Insurance Distribution directive* »).
- MARANO Pierpaolo/ KYRIAKI Noussia (édits.), « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* », Vol. IV, Cham, 2021, Springer (cité : MARANO, « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* »).
- MARANO Pierpaolo/ ROKAS Ioannis/ KOCHENBURGER Peter (édits.), « *The "Dematerialized" Insurance* », Cham, 2019, Springer (cité : MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* »).
- MARANO Pierpaolo/ROKAS Ioannis (édits.), « *Distribution of Insurance- Based Investment Products* », Cham, 2019, Springer (cité: MARANO, « *Distribution of Insurance- Based Investment Products* »).
- MARCHAND Sylvain, *Droit de la consommation : Le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève-Zurich-Bâle, 2012, Schulthess.
- MARTENET Vincent/ HEINEMAN Andreas, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup>, Genève-Zurich-Bâle, 2012, Schulthess.
- MASSARD Alexandre, *Les contrats d'assurances- vie individuelle*, Bâle, 2021, Helbing &Lichtenhahn.
- MEDINA Pablo/ DE LA FUENTE Miguel, « *Contratación on-line* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2020, n° 53, Vol. 29, pp. 117-136.
- MEJÍA Sebastián, « *Impacto de la ley 1480 de 2011 : estatuto del consumidor en el sector asegurador colombiano* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2014, n° 41, Vol. 23, pp. 13-49.
- MICKLITZ Hans-Wolfgang/ STUYCK JULES/ TERRY, Evelyne (édits.), « *Cases, Materials and Text on Consumer Law* », Oxford, 2010, Hart.
- MONTENEGRO Nathalia/ CORONADO Diego, « *Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro : El camino emprendido para consolidar su debida identificación e interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2019, n° 50, Vol. 28, pp. 241-291.
- MOORE Benoît, *Sur l'avenir incertain du contrat de consommation*, Les Cahiers de droit, 2008, n° 49, pp. 5-25.
- MORENO Simon, « *Los deberes de informacion precontractuales en CESL* », in VAQUER Antoni/ BOSCH Esteve, SANCHEZ Maria Paz (édits.), « *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* », Barcelona 2015.
- MORIN Ariane, *L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation*, in OJHA Lauren/ VULLIEMIN Pierre-Francois (édits.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, 2009, CEDIDAC, pp. 17-43.

- NEME Marta, « Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de los conceptos », *Revista de Derecho Privado* 2009, n°17, pp. 45-76 (cité : NEME, « Buena fe subjetiva y buena fe objetiva »).
- NEME Marta, « El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano », *Revista de Derecho Privado* 2006, n°11, pp. 79-116 (cité : NEME, « El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano »).
- NEME Marta/ CHINCHILLA Carlos, « El consentimiento informado del consumidor : Del sinalagma a las exigencias de información », Bogotá, 2018, Universidad Externado de Colombia.
- NUÑEZ DEL PRADO Alonso, « El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2021, n° 54, Vol. 30, pp. 87-106 (cité : NUÑEZ DEL PRADO, « El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado »).
- NUÑEZ DEL PRADO Alonso, « La declaración del riesgo en los seguros para personas : deber de información y deber de informarse », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2019, n° 48, Vol. 27, pp. 41-62 (cité : NUÑEZ DEL PRADO, « La declaración del riesgo en los seguros para personas »).
- NUÑEZ DEL PRADO Alonso, « La sentencia de la corte interamericana sobre el derecho a la salud y sus efectos en la legislación y en la administración de justicia de la República del Perú », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 57, Vol. 31, pp. 305-320 (cité : NUÑEZ DEL PRADO, « La sentencia de la corte interamericana sobre el derecho a la salud »).
- ORDOÑEZ Andres, « Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos », *Revista de Derecho Privado* 2014, n° 26, pp. 305-349 (cité : ORDOÑEZ, « Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos »).
- ORDOÑEZ Andres, « Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro », *Revista de Derecho Privado* 2005, n° 9, pp. 75-114 (cité : ORDOÑEZ, « Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro »).
- PAILLER Pauline, *Manuel de droit européen des assurances*, Paris, 2019, Bruyant.
- PARIS Catherine, *Développements relatifs au contrat d'assurance*, in PARIS Catherine (édits.), *Actualités en droit des assurances*, Liège, 2020, Anthemis, pp. 7-63.
- PEÑAS Maria, « Obligaciones generales de información en la nueva regulación española de distribución de seguros », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2019, n° 50, Vol 28, pp. 37-81.
- PÉREZ-FRUCTUOSO Maria, « Análisis de los productos de inversión basados en seguros (IBIPs) como una forma alternativa de inversión y/o ahorro para la jubilación », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2019, n° 56, Vol. 31, pp. 167-184.
- PICHONNAZ Pascal, *Quelques réponses possibles de l'art. 8 LCD aux difficultés des conditions générales d'assurance*, in WERRO Franz/ PICHONNAZ Pascal (édits.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Stämpfli, pp. 203-232.
- PIERRE-YVES Greber/ FRESARD-Fellay Ghislaine/ MOLO Romolo/ HUMMER Bettina/ PERRENOUD Stéphanie, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Berne, 2010, Stämpfli.
- PIGNARRE, Geneviève, *Le devoir de conseil et les autres obligations. Rapport français*, in PORCHY-SIMON Stéphanie (édits.), *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruxelles, 2016 Bruylant, pp. 89- 113.
- POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006, LGDJ, Lextenso éditions.
- POSADA Camilo, « Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano », *Revista de Derecho Privado* 2015, n° 29, pp. 141-182.
- QUINTÁNS Rocío, « De la mediación a la distribución de seguros : la nueva directiva 2016/1997 informarse », *Revista General de Derecho Europeo* 2016 n° 39.
- RAYMOND, Guy, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup>, Paris, 2019, LexisNexis.
- RÍOS Roberto, « Delimitación de los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual a cargo del asegurador y del corredor de seguros en el derecho chileno », *Revista de Derecho Privado* 2023, n° 44, pp. 343-382 (cité : RÍOS, « Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual »).

- RÍOS Roberto, « *El deber de información en el seguro como instrumento de decisión racional en la contratación y de tutela a favor del asegurado* », *Revista de Derecho Privado* 2020, n° 39, pp. 203-231 (cité : RÍOS, « *El deber de información en el seguro* »).
- RÍOS Roberto, « *Los efectos del incumplimiento al deber precontractual de información del riesgo en el seguro de daños, bajo el ordenamiento jurídico chileno* », Thèse de doctorat en droit, Pontificia Universidad Católica de Chile 2013, disponible sous : <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/2909> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité: RÍOS, « *Thèse de doctorat : Los efectos del incumplimiento al deber precontractual de información del riesgo* ».
- RISKE Olivier, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen*, Bale, 2016, Helbing &Lichtenhahn.
- ROAM Dan, « *Blah Blah Blah : What To Do When Words Don't Work* », Singapore, 2011, Portfolio.
- ROPPO Vincenzo, « *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos : perspectivas del derecho contractual europeo* », *Revista de Derecho Privado* 2011, n° 20, pp. 177-223.
- RUIZ Miguel/ ANDREU Maria del Mar, « *El contrato de seguros con consumidores* », in LEON Alicia/ GARCÍA Luz María (édits.) « *Derecho de los consumidores y usuarios : Tomo I : doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios* », 2<sup>e</sup>, Vol. I, Valencia, 2007, Tirant lo Blanch, pp. 885-901.
- SAVAUX Eric, *La recherche d'une cohérence en droit européen : de l'acquis communautaire à l'ébauche d'un droit européen de contrats*, in WICKE Guillaume (édits.), *Droit Européen Du Contrat Et Droits Du Contrat En Europe*, Paris, 2008, Lexis Nexis, pp. 51-67.
- SCHNEIDER Carl/ BEN-SHAHA Omri, More, « *Than You Wanted to Know : The Failure of Mandated Disclosure* », 1<sup>e</sup> éd. Reimpression, New New Jersey, 2016 Princeton University Press.
- SCHWARCZ Daniel, « *Reevaluating Standardized Insurance Policies* », *University of Chicago Law Review* 2011, n° 78, p. 1264 etss (cité : SCHWARCZ, « *Reevaluating Standardized Insurance Policies* »).
- SCHWARCZ Daniel, « *Transparently Opaque : Understanding the Lack of Transparency in Insurance Consumer Protection* », *UCLA Law Review* 2011, n° 61, pp. 394-461 (cité : SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* »).
- SEFTON-GREEN Ruth, « *General introduction* », in : SEFTON-GREEN Ruth (Édit.), « *Mistake, fraud, and duties to inform in European contract law* », Cambridge, 2005, Cambridge University Press pp. 1-39.
- SHARON Peggy, « *Disclosure Duties in Insurance. General Report AIDA World Congress –Rio de Janeiro* », AIDA, Octobre 2018, disponible sous : <http://www.aida.org.uk/docs/FINAL%20DISCLOSURE%20DUTY%20REPORT%20-%20PS.pdf>(tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- SHINA Fernando, « *Los contratos de adhesión : conflictos derivados del contrato "no leído"* », Buenos Aires, 2019, Hammurabi, pp. 1-180.
- SIGNORINO Andrea, « *Ciber riesgos : Su dimensión social, funcional y ética* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2019, n° 51, Vol. 28, pp. 35-56 (cité : SIGNORINO, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* »).
- SIGNORINO Andrea, « *Derecho de seguros. Ley N° 19.678, de 26/10/2018, de contratos de seguros. Comentada y anotada* », Montevideo, 2019, La Ley Uruguay (cité : SIGNORINO, « *Derecho de seguros. Ley N° 19.678, de 26/10/2018, de contratos de seguros. Comentada y anotada* »).
- SIGNORINO Andrea, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros : una convivencia pacífica* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 56, Vol. 31, pp. 15-44 (cité : SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* »).
- SIGNORINO Andrea, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2022, n° 57, Vol. 31, pp. 231-248 (cité : SIGNORINO, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* »).
- SOBRINO Waldo, « *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial* », Buenos Aires, 2020, editorial La Ley, Thomson Reuters.
- SOLA FERNANDEZ Francisco, « *El proceso precontractual en el contrato de seguro : nuevo marco jurídico* », Madrid, Fundación Mapfre 2017.
- SPANGLER Evan, « *Swiss Supervisory Laws and Regulations for the Business of Insurance* », Berne, 2011, Stämpfli.

- STÄUBLI ANDREA, « *Pre-contractual Duties under the Swiss Insurance Law* », in HAN Yong/ PYNT Greg (édits.), « *Pre-Contractual Duties in Insurance Law : A Global Perspective after 250 Years* », Oxford, 2018, Hart Publishing, pp. 323-350.
- STIGLITZ Rubén, « *La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo* », Estudios Sobre Consumo 1997, n° 42, pp. 43-54.
- STRAETMANS Gert, « *General Report- Information obligations and disinformation of Consumer* », in STRAETMANS, Gert (édits.), « *Information obligations and disinformation of Consumer* », Cham, 2019, Springer.
- SWISS-RE, « *Economic stress reprices risk : global economic and insurance market outlook 2023/24* », SIGMA-6-2022, Zürich, disponible sous : <https://www.swissre.com/institute/research/sigma-research/sigma-2022-06.html> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : « SWISS-RE, « *Economic stress reprices risk* ».
- SWISS-RE, « *The future of life expectancy Forecasting long-term mortality improvement trends for insurance* », Zürich , 2023, disponible sous : <https://www.swissre.com/institute/research/topics-and-risk-dialogues/health-and-longevity/future-life-expectancy-long-term-mortality-improvement-insurance.html> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : SWISS-RE, « *The future of life expectancy* ».
- SWISS-RE, « *Fusions-acquisitions dans l'assurance : début d'une nouvelle vague?* », Sigma-3-2015, disponible sous : <https://www.swissre.com/institute/research/sigma-research/sigma-2015-03.html> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : SWISS-RE, « *Fusions-acquisitions dans l'assurance* ».
- TATTI Raphaël, « *La surassurance, la sous-assurance et le double assurance* », Lausanne, 2003, Editions Bis et Ter.
- TERCIER Pierre/ PICHONNAZ Pascal, « *Le droit des obligations* », 6<sup>e</sup> , Genève-Zurich-Bâle, 2019, Schulthess.
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *An Investigation into the Insurability of Pandemic Risk* », Zürich, 2021, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic\\_risks\\_report\\_web.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic_risks_report_web.pdf). (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *An Investigation into the Insurability of Pandemic Risk* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Financial Wellbeing : Is it the key to reinventing life insurance?* », Zürich, 2022, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-06/financial\\_wellbeing\\_report\\_0.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-06/financial_wellbeing_report_0.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Financial Wellbeing* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance Development in Emerging Markets : The role of public policy and regulation* », Zürich, 2022, disponible sous [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/emerging\\_markets\\_web\\_final.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/emerging_markets_web_final.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance Development in Emerging Markets* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Nature and the Insurance Industry: Taking action towards a nature-positive economy* », Zürich, 2022, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-11/nature\\_and\\_insurance\\_report.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-11/nature_and_insurance_report.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Nature and the Insurance Industry* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *New Care Models How insurers can rise to the challenge of older and sicker societies* », Zürich, 2021, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/newcaremodels\\_report\\_0819\\_final.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/newcaremodels_report_0819_final.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *New Care Models How insurers can rise to the challenge of older and sicker societies* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Public-Private Solutions to Pandemic Risk Opportunities, challenges and trade-offs* », Zürich, 2021, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic\\_risks\\_report\\_web.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic_risks_report_web.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Public-Private Solutions to Pandemic Risk* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *The global risk landscape after COVID-19: What role for insurance?* », Zürich, 2021, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/postpandemic\\_risk\\_landscape\\_report\\_final\\_310821.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/postpandemic_risk_landscape_report_final_310821.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *The global risk landscape after COVID-19* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *The return of inflation : What it means for insurance* », Zürich, 2022, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2023-01/inflation\\_report.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2023-01/inflation_report.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *The return of inflation* ».



- THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Insurance in Promoting Social Sustainability* », Zürich, 2022, disponible sous [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-11/social\\_sustainability\\_report.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-11/social_sustainability_report.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Insurance in Promoting Social Sustainability* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* », Zürich, 2019, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf\\_public/role\\_of\\_trust\\_web.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/role_of_trust_web.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps* », Zürich, 2018, THE GENEVA ASSOCIATION, disponible sous [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf\\_public/understanding\\_and\\_addressing\\_global\\_insurance\\_protection\\_gaps.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/understanding_and_addressing_global_insurance_protection_gaps.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Anchoring Climate Change Risk Assessment in Core Business Decisions in Insurance* », Zürich, 2022, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-10/Climate%20Risk%203\\_web.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-10/Climate%20Risk%203_web.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Anchoring Climate Change Risk Assessment in Core Business Decisions in Insurance* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Promoting Responsible Artificial Intelligence in Insurance* », Zürich, 2020, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic\\_risks\\_report\\_web.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/pandemic_risks_report_web.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Promoting Responsible Artificial Intelligence in Insurance* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Responsible Use of Data in the Digital Age Customer expectations and insurer responses* », Zürich, 2022, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-09/UseOfData\\_issuebrief.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/2022-09/UseOfData_issuebrief.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Responsible Use of Data in the Digital* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition : Online Platforms, Consumer Outcomes and Competition* », Zürich 2018, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf\\_public/virtual\\_competition\\_and\\_insurance\\_0.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/virtual_competition_and_insurance_0.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition* ».
- THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance in the Digital Age : A view on key implications for the economy and society* », Zürich, 2018, disponible sous : [https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf\\_public/insurance\\_in\\_the\\_digital\\_age\\_01.pdf](https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/insurance_in_the_digital_age_01.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024). Cité : THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance in the Digital Age* ».
- THE INSURANCE DEVELOPMENT FORUM, « *Technology and Innovation : Tools to help close the Protection Gap in Microinsurance Markets* », London, 2020, THE INSURANCE DEVELOPMENT FORUM, disponible sous : [http://www.insdevforum.org/wp-content/uploads/2020/11/Technology-and-Innovation\\_-\\_Tools-to-help-close-the-Protection-Gap-in-Microinsurance-Markets.pdf](http://www.insdevforum.org/wp-content/uploads/2020/11/Technology-and-Innovation_-_Tools-to-help-close-the-Protection-Gap-in-Microinsurance-Markets.pdf) (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN), « *L'État des lieux de la micro-assurance* », 2022, THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN), disponible sous : <https://microinsurancenetwork.org/fr/resources/l-etat-des-lieux-de-la-micro-assurance-2022> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- TINGUELY Blanche, *La distribution sur Internet*, Collection lausannoise, Berne, 2023, Stämpfli/LexisNexis.
- TOLE Julian, « *Colombia, entre los TLC y la OMC : ¿liberalización o administración del comercio internacional?* », 2<sup>e</sup>, Bogota, 2023, Tirant lo Blanch.
- TRUCHET Valerie, *Le concept de consommateur informé en droit européen*, Berne, 2000, Stämpfli.
- TRUJILLO María/ OSSA Daniel, « *Las exclusiones del contrato de seguro deben tener relación causal con el siniestro? Nuevas perspectivas desde la Corte Suprema de Justicia* », Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros 2021, n° 55, Vol. 30, pp. 121-142.
- TWIGG-FLESNER Christian, « *Disruptive Technology- Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law* », in DE FRANCESCHI Alberto (édits.), « *European Contract Law and the Digital Single Market : The implication of the digital Revolution* », Cambridge, 2016, pp. 21-48.

- VAN BAVEL René/ RODRÍGUEZ-PRIEGO Nuria/ VILA José/ BRIGGS Pam, « *Using protection motivation theory in the design of nudges to improve online security behavior* », *International Journal* 2019, n° 123, disponible sous : <https://doi.org/10.1016/j.ijhcs.2018.11.003> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- VAN DROOGHENBROECK Jean-François/ SCHUERMANS Dorothy, *Le devoir de conseil et d'information de l'intermédiaire d'assurances*, in DUBUISSON Bernard/ JADOUL Pierre (édits.), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*. Saint-Louis 2019, Saint-Louis p. 17-66.
- VAN HULLE Karel, « *Solvency Requirements for EU insurers* », Cambridge, 2019, Intersentia Ltd.
- VANDENBERGHE, Ann Sophie, « *Contract Law and Economics* », in DE GEEST Gerrit (édits.), « *Contract Law and Economics* », 2<sup>e</sup>, Vol. 6, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- VANNEROM Johan, « *The Consumer's Right to Information : A 'Reality Check', on the Boundaries of a Duty to Inform and a Proposed Regulatory Reform* », in SAMOY Ilse/ LAOS Marco (édits.), « *Information and notification duties* », Edinburgh 2015, pp. 73-100.
- VÁSQUEZ Daniel, « *La carga de establecer las exclusiones del contrato de seguro en la primera página de la póliza* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2020, n° 53, Vol. 29, pp. 25-38.
- VEIGA Abel, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », *Vniversitas*, 2022, Vol. 71, pp. 1-24 (cité : VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* »).
- VEIGA Abel, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2021, n° 54, Vol. 30, pp. 41-86 (cité : VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* »).
- VEIGA Abel, « *Seguro y tecnología. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro* », 2<sup>e</sup>, Madrid, 2019, Thomson Reuters (cité : VEIGA, « *Seguro y tecnología* »).
- VEIGA Abel, Tome 1 : « *Tratado del contrato de seguro* », 6<sup>e</sup>, Vol. I, Pamplona, 2019, Thomson Reuters (cité : VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* »).
- VEIGA Abel, Tome 2: « *Tratado del contrato de seguro* », 6<sup>e</sup>, Vol. II, Pamplona, 2019, Thomson Reuters (cité : VEIGA, *Tome 2*: « *Tratado del contrato de seguro* »).
- VERGARA Carlos, « *La regulación de los intermediarios de seguros en Colombia : un régimen de supervisión asimétrico* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2019, n° 50, Vol. 28, pp. 83-118.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Genève-Zurich-Bâle, 2006, Schulthess (cité : VIGNERON, *L'information de consommateurs*).
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *Le point sur les clauses abusives*, in OJHA Lauren/ VULLIEMIN Pierre- Francois (édits.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, 2009, CEDIDAC, pp- 101-132(cité : VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*).
- VILLALBA Juan Carlos, « *El deber de información en el derecho del consumo* », *Revista Iusta* 2012, n° 37, Vol. 2, p. 97-119.
- VILLALBA Juan Carlos, « *Los consumidores hipervulnerables ¿una categoría especial de consumidores? Reflexiones sobre su inserción en el derecho colombiano del consumo* », Instituto colombiano de derecho del consumo (ICODCO), Bogota, 2023, ICODECO disponible sous : <https://www.icodeco.org/blog/los-consumidores-hipervulnerables-una-categoria-especial-de-consumidores> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).
- VIVAS Gabriel, « *Transparencia en los contratos de seguros : Cláusulas e información precontractual* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2014, n° 41, Vol. 23, pp. 39-80.
- VOGEL Louis/ VOGEL Joseph, *Traité de droit économique : Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup>, Tome 3, Paris 2020, Larcier.
- WERRO, Franz, *Le droit des contrats*, 2<sup>e</sup>, Vol. 6, Berne, 2019, Stämpfli.
- ZAPIOLA Martin, « *Las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2020, n° 53, Vol. 29, pp. 137-160.
- ZARANTE Gabriela, « *Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguros : Análisis jurisprudencial Corte Constitucional de Colombia* », *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros* 2016, Vol. 25, n° 45, pp. 233-268.
- ZIEGLER Andrea, *Droit international économique*, 2<sup>e</sup>, Genève-Zurich-Bale, Berne, 2017, Stämpfli.



Avant-propos : les grandes préoccupations au moment de  
commencer à rédiger la thèse de doctorat



*Chers lecteurs,*

*Nous voudrions vous remercier par avance de votre intérêt pour la présente thèse de doctorat en droit. Nous vous souhaitons une lecture facile et agréable en espérant répondre à vos attentes.*

Lors de la rédaction de la présente thèse de doctorat sur « *L'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats de consommation - l'exemple du contrat d'assurance* », nous avons éprouvé de **grandes préoccupations** qui ont profondément marqué l'approche, la délimitation et le développement de notre étude<sup>1</sup>. C'est pourquoi il convient d'en décrire les principales, ainsi que les solutions pratiques que nous proposons :

**La préoccupation concernant le risque de contradiction et incohérence** : une thèse portant sur l'importance de bien informer les consommateurs au moment de la conclusion des contrats (le devoir d'information du professionnel) doit nécessairement être compréhensible et accessible à tous (experts et non experts). En effet, nous nous sommes rendu compte que la recherche devait remplir les mêmes caractéristiques que celles du devoir d'information. C'est la raison pour laquelle la thèse se veut claire, précise, transparente et suffisante. En d'autres termes, il faut adopter une démarche transparente dans le processus de recherche, visant à produire un contenu lisible et accessible au plus grand nombre, et ainsi relativement court et synthétique.

**La préoccupation concernant l'accessibilité de la thèse** : les thèses de doctorat en droit sont soumises à un degré élevé de rigueur académique, parce qu'elles sont le résultat d'une réflexion approfondie durant plusieurs années de recherche. C'est pourquoi les thèses sont souvent inaccessibles au grand public, et même parfois aux jeunes juristes.

Afin d'éviter que le public des thèses soit extrêmement réduit, limité presque aux académiciens seulement, il y a actuellement une grande tendance au sein des facultés de droit pour rendre plus accessibles les recherches (vulgariser le droit). Nous sommes d'accord avec cela. D'après nous, il est important de briser les paradigmes et d'innover dans la manière de transmettre les connaissances. Notre expérience en tant que jeune enseignant a ainsi été orientée vers la recherche de nouvelles façons de captiver l'intérêt des nouvelles générations d'étudiants en droit.

Le choix du sujet de thèse a été précisément lié à une réflexion sur la transmission de l'information (le devoir d'information) et l'accès à celle-ci. De plus, nous voudrions devenir un « *Academic influencer* », c'est-à-dire, communiquer régulièrement sur la démarche et les résultats de nos recherches, et produire différents matériels pédagogiques innovants, tels que des vidéos sur YouTube, des articles de blog et des réflexions juridiques sur les réseaux sociaux.

**La préoccupation concernant la longueur de la thèse** : aujourd'hui, l'une des grandes critiques de l'information précontractuelle est que les consommateurs reçoivent une grande quantité de documents. C'est pourquoi l'un des principaux enjeux est de travailler la synthèse et la présentation des informations pertinentes et utiles. Notre recherche doit s'inscrire dans cette tendance car il serait absurde et anachronique d'écrire une thèse de plusieurs milliers de pages.

---

<sup>1</sup> Au cours de notre recherche doctorale en Suisse, nous avons suivi différentes formations à la Conférence Universitaire de Suisse Occidentale (CUSO). L'une des formations a porté sur la réalisation d'une capsule vidéo de 3 minutes. Comme résultat final de la formation, nous avons enregistré la vidéo intitulée « *Les grandes préoccupations au moment de commencer à rédiger la thèse de doctorat* ». Voir DELGADO, *Vidéo: Les grandes préoccupations au moment de commencer à rédiger la thèse de doctorat*.

Dans *la société de l'immédiat et du numérique*, les gens lisent de moins en moins les informations et apprécient les efforts de synthèse et de simplification (la vulgarisation de l'information). La réalité est en effet qu'à mesure que le nombre de pages augmente, le nombre de lecteurs diminue. Par conséquent, nous souhaitons limiter la longueur de la présente thèse.

Par ailleurs, la tendance mondiale pour les doctorats dans d'autres domaines est de présenter des articles scientifiques (« *papers* ») dans des revues indexées qui se caractérisent par leur précision et ne contiennent que des informations pertinentes. À l'avenir, les facultés de droit devront examiner s'il n'est pas anachronique de ne présenter qu'un seul grand travail.

- 5 **La préoccupation concernant les fausses attentes et les problèmes d'incompréhension auprès du public** : Chaque pays a sa propre normativité concernant l'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie de l'information, laquelle pourrait faire l'objet d'une analyse individuelle et constituer à elle seule une thèse de doctorat. De plus, la thèse pourrait se concentrer sur une comparaison des réglementations et notions juridiques dans les systèmes juridiques des différents pays (un travail de droit comparé proprement dit). Cependant, notre travail va présenter seulement les problématiques de fond communes du droit européen et latino-américain et les principaux enjeux sans faire un commentaire approfondi de la normativité car nous voulons montrer un aperçu général.

Nous sommes conscients et soucieux du risque de décevoir le lecteur qui pourrait s'attendre à une étude et à des solutions concrètes aux problématiques quotidiennes dans la normativité de son pays, et qui, en raison de l'approche de la thèse, ne seront pas abordées.

- 6 **La préoccupation concernant les problèmes linguistiques et d'adaptation au destinataire** : la présente thèse de doctorat a pour public ciblé la Suisse romande<sup>2</sup> car ce sera le lieu où la thèse sera présentée pour la première fois et où elle sera évaluée pour l'obtention du grade du docteur en droit. Étant donné que je suis un juriste d'origine étrangère dont la langue maternelle n'est pas le français, il a donc fallu adapter mon discours aux règles de rédaction et caractéristiques du public destinataire en cherchant à être le plus simple et clair possible. À l'avenir, nous ferons une traduction où nous adapterons le contenu du texte à un public international ou d'un autre pays en particulier.

- 7 **Les solutions pratiques** : au vu de ces préoccupations, nous sommes parvenus à quelques décisions pratiques :

- La simplification doit commencer depuis la rédaction des études académiques. Par conséquent, la présente thèse se veut rédigée de manière claire, facile à lire, exacte et accessible à tous (professionnels et non experts). Nous sommes d'ailleurs de l'avis qu'une thèse de doctorat qui vise à vulgariser et réduire la complexité est déjà une contribution significative pour l'académie.
- Il est nécessaire de rompre avec les formes traditionnelles. Nous décidons donc de présenter le discours de manière innovante et attrayante pour les nouvelles générations de juristes, sans pour autant perdre en rigueur scientifique. C'est pourquoi notre objectif est de présenter ce travail sous la forme d'un engagement entre la tradition et les nouvelles tendances (trouver un équilibre).
- Afin d'élargir le nombre de personnes intéressées, nous avons choisi un sujet d'actualité présentant des implications pratiques. De plus, nous allons promouvoir des remèdes utiles concernant des problématiques de la vie quotidienne des consommateurs. En d'autres termes, nous ne voulons pas que la thèse s'adresse uniquement au milieu académique en restant isolée dans les bibliothèques universitaires.
- La thèse va être synthétique. C'est pourquoi l'objectif fixé est un maximum de 300 pages, toutes les parties comprises. En Europe, l'un des concours les plus intéressants

---

<sup>2</sup> La doctrine de la région germanophone de la Suisse ne fera pas l'objet de notre analyse, car je ne maîtrise pas la langue allemande. À l'avenir, un des travaux complémentaires ultérieurs est de constituer une équipe avec des juristes de cette région pour effectuer un travail intégral qui fasse une comparaison doctrinale des deux régions de la Suisse sur notre sujet de recherche.

au niveau universitaire, c'est « *ma thèse en 180 secondes*<sup>3</sup> », au cours duquel les candidats de doctorat doivent synthétiser leurs idées et les exprimer clairement en trois minutes. Suivant cette tendance, nous voulons synthétiser notre discours, afin d'éviter de produire une thèse de plusieurs centaines de pages que très peu de gens liront.

- Afin d'éviter de fausses attentes et des problèmes d'incompréhension auprès du public, il convient de donner une explication détaillée des aspects que nous aborderons, en insistant sur le fait que la recherche présente une vue d'ensemble du sujet, sans approfondir dans l'ensemble des problématiques nationales.
- Le présent manuscrit a pour public ciblé la Suisse romande, c'est pourquoi, le droit suisse aura la prépondérance au moment de la sélection des citations et des références bibliographiques, sans préjudice du fait que nous ferons référence à des doctrinaires de droit européen et latino-américain, et que, étant moi-même d'origine latino-américaine, nous allons partager et donner ainsi de la visibilité aux réflexions des juristes de notre continent.
- De même, étant donné que le français n'est pas notre langue maternelle, au moment de présenter les idées de certains auteurs, nous allons utiliser un grand nombre de citations textuelles afin de demeurer le plus fidèle possible à certains éléments importants.
- Bien que nous ayons rassemblé dans la bibliographie des références dans différentes langues (français, espagnol et anglais), il a été décidé que tout le texte serait complètement rédigé en français. Cette décision est conforme au droit de la consommation selon lequel les contrats doivent être rédigés dans la langue officielle du pays de résidence du consommateur de la thèse.
- En ce sens, nous n'utiliserons pas inutilement de locutions latines ou d'anglicismes car leur utilisation excessive engendre parfois un obstacle à la compréhension du lecteur non expert.
- Lors de la rédaction de la thèse, nous utiliserons un langage simple et clair. En outre, des exemples, des analogies et des explications de concepts de base seront fournies.

**La construction du Document d'Information sur la Thèse de Doctorat (DITD) :** nous allons également remplir le devoir d'information de notre recherche de manière innovante. C'est pourquoi on va présenter un document succinct, avec un design et des symboles attrayants, cherchant à faire comprendre aux lecteurs et aux assistants à la soutenance de la thèse de doctorat, la synthèse de la délimitation de notre thèse. 8

Actuellement, il n'existe pas de format de présentation normalisé sur la thèse de doctorat, c'est-à-dire, un document de 4 pages avec un résumé de l'étendue de la recherche. Ce qui ressemble le plus, ce sont : 9

- Les posters scientifiques (affiches) avec des images et des résumés de projets de recherche, utilisés par les chercheurs pour présenter leurs études pendant les colloques scientifiques.
- Les formulaires pour soumettre des propositions en vue d'écrire des œuvres collectives ou pour participer à des congrès, où la nouvelle tendance est de demander de manière très synthétique (2 ou 3 pages maximum) le résumé du projet de recherche et les principales conclusions.
- Les abstraits, les quatrièmes de couverture, les avant-propos et dans certains cas, les prologues des publications qui donnent une idée générale et invitent à lire la publication, sans que leur but soit d'informer sur les aspects de fond du document.

À titre d'analogie, on peut dire qu'une thèse de doctorat est comme un contrat d'assurance car elle contient également une série de couvertures et d'exclusions (délimitation de la recherche). L'un des derniers développements de l'Union européenne dans le domaine du devoir d'information de l'assureur est la création du Document d'Information sur le Produit d'Assurance (DIPA), c'est-à-dire, un document succinct, avec un design et des symboles 10

<sup>3</sup> Ce concours est très populaire en Europe. Pour plus d'informations, consulter le site web « MA THÈSE EN 180 SECONDES », disponible sous : <https://www.mt180.ch/accueil/> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).



attractifs qui cherche à faire comprendre aux consommateurs des informations précontractuelles sur le contrat d'assurance non-vie<sup>4</sup>.

- 11 Afin de remplir le devoir d'information de notre thèse sur le même thème, on a décidé de faire une adaptation de ce document. À cet effet, un Document d'Information sur la Thèse de Doctorat, (DITD) sera distribué tant aux assistants de la soutenance de la thèse de doctorat qu'aux lecteurs de ce manuscrit<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Article 20 de la Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (DDA).

<sup>5</sup> Infra. Annexes. Chapitre 9 : Document d'Information sur la Thèse de Doctorat (DITD).

# Introduction



# Chapitre 1 : La délimitation de la thèse

## I. Quel est l'objet de la thèse ?

La présente thèse de doctorat a pour objet l'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats de consommation en présentant particulièrement le cas spécial du contrat d'assurance. 12

**Notre travail est une analyse doctrinale qui présente les problématiques de fond et les principaux enjeux sur ce sujet en proposant quelques solutions envisageables pour l'avenir.** Le présent manuscrit a pour *public ciblé* la Suisse romande, c'est pourquoi, le droit suisse sera le point de départ de nos réflexions et aura la prééminence au moment de la sélection des citations et des références bibliographiques, sans préjudice du fait que nous ferons référence à des doctrinaires de droit européen et latino-américain, et que, étant moi-même d'origine latino-américaine, nous allons partager et donner ainsi de la visibilité aux réflexions des juristes de notre continent. 13

## II. Quels sont les objectifs principaux de l'étude ?

Sur la base de ce qui précède, notre étude cherche **cinq objectifs principaux** : 14

1. Analyser les enjeux liés à l'asymétrie de l'information entre les consommateurs et les professionnels au moment de la conclusion des contrats de consommation<sup>6</sup>.
2. Étudier les mesures protectrices des consommateurs en vue de corriger les problématiques liées à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats de consommation<sup>7</sup>.
3. Analyser le devoir d'information du professionnel au moment de la conclusion des contrats de consommation en vue de corriger le problème de l'asymétrie de l'information<sup>8</sup>.
4. Étudier les principales caractéristiques et les enjeux liés au devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion des contrats d'assurance<sup>9</sup>.
5. Identifier les principales critiques au devoir d'information du professionnel, du droit de la consommation en général et proposer des solutions spécifiques aux problématiques identifiées<sup>10</sup>.

## III. Pourquoi le thème est-il intéressant ?

Dans la plupart des relations contractuelles, les parties ne disposent pas des mêmes informations au moment de la conclusion des contrats, étant donné qu'elles n'ont pas les mêmes 15

---

<sup>6</sup> Infra. La première partie : Le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation.

<sup>7</sup> Infra. La deuxième partie : Les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information.

<sup>8</sup> Infra. La troisième partie : Le devoir d'information du professionnel.

<sup>9</sup> Infra. La quatrième partie : L'étude de cas : L'information précontractuelle dans le contrat d'assurance.

<sup>10</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.

connaissances préalables, l'expertise et l'accès aux informations confidentielles. Ces informations confèrent un immense pouvoir de négociation (*le savoir c'est le pouvoir*) qui, en principe, peut être exploité par les parties dans le modèle d'économie de marché<sup>11</sup>.

16 Conformément au modèle économique (modèle libéral) et à *l'approche classique du droit des contrats* (Libéralisme du XIX siècle), il est légitime que les parties s'efforcent de se procurer des informations et de tirer un avantage économique sur la base des différences des connaissances au moment de la conclusion des contrats<sup>12</sup>.

17 Cependant, en raison de *la révolution du droit de la consommation*, le droit a reconnu qu'il y a des cas de *déséquilibres contractuels* au moment de la conclusion des contrats de consommation, et afin de prévenir les abus des professionnels il a limité la liberté contractuelle des parties (mesures protectrices)<sup>13</sup>.

18 D'après la doctrine de CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, la relation entre professionnel et consommateur est naturellement en déséquilibre, même si le premier n'agit pas nécessairement de mauvaise foi, c'est-à-dire, avec l'intention de tromper le consommateur :

*Pour nous procurer des biens ou des services, nous tous consommateurs entrons en relation avec des personnes, physiques ou morales, qui font profession de vendre des biens ou de fournir des services. Or la relation entre professionnel et consommateur est naturellement déséquilibrée. La compétence du professionnel, les informations dont il dispose, et souvent sa dimension financière, lui permettent de dicter sa loi au consommateur. Cela ne signifie pas (est-il besoin de le dire ?) que les professionnels sont par hypothèse gens malhonnêtes, cherchant à abuser de la situation. Il n'en est pas moins vrai que les professionnels sont, par la nature des choses, en position de supériorité, et que les consommateurs risquent d'en être les victimes<sup>14</sup>.*

19 L'un des déséquilibres contractuels dans les rapports de consommation est celui lié à *l'asymétrie de l'information*<sup>15</sup>. Comme HEINEMANN l'exprime :

*Traditionnellement, la nécessité d'un droit particulier des consommateurs est justifiée par la différence de pouvoir entre les consommateurs « faibles » et les entreprises « fortes ». Des études plus récentes s'appuient, en revanche, plutôt sur les effets économiques. En effet, il règne souvent une asymétrie d'information entre les entreprises et le consommateur, parce que ce dernier se trouve dans un état « d'ignorance rationnelle » : le coût de l'obtention de l'information pour le consommateur est plus élevé que l'avantage présumé de cette information supplémentaire. C'est la raison pour laquelle le droit de la consommation cherche à faire régner une plus grande transparence<sup>16</sup>.*

<sup>11</sup> LOACKER, pp. 1-5 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>12</sup> KUONEN, pp. 7-13 et pp. 448-453 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-63.

<sup>13</sup> RAYMOND, p. XIII et pp. 1-36 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-98 ; JULIEN, pp. 17-56 ; KUONEN, pp. 448-450 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-160 ; HUG, pp. 1-9 et pp. 57-85 ; ALPA, pp. 5-26 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585 ; KHOURY, pp. 21-22.

<sup>14</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, p. 1.

<sup>15</sup> HEINEMANN, pp. 45-60 ; RAYMOND, pp. 37-48 et pp. 343-354 ; JULIEN, pp. 43-56 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-192 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 62-65 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 5-7 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-9 ; HUG, pp. 57-85 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>16</sup> HEINEMANN, p. 46.

*Le profil des parties* dans les contrats de consommation est généralement le suivant :

20

- D’une part, nous avons des professionnels qui ont les connaissances et l’expertise, ayant conclu massivement des contrats similaires, étant mieux placés pour acquérir ou rechercher des informations, ayant rédigé les contrats, et ayant préparé les négociations.
- D’autre part, nous trouvons les consommateurs qui n’ont généralement ni les connaissances ni l’expertise sur les contrats, qui ne concluent pas massivement de contrats similaires, ne réalisant pas d’études de marché et de comparaison de produits avant la conclusion du contrat<sup>17</sup>, agissant parfois de manière impulsive, émotionnelle et irrationnelle, ayant une rationalité limitée influencée par les biais cognitifs (limitations cognitives), étant vulnérables à la pression psychologique et facilement manipulables (esclaves de la société de consommation), et qui signent les contrats sans les lire<sup>18</sup>.

Le déséquilibre lié à l’asymétrie de l’information est grave étant donné que les consommateurs doivent jouer un rôle dans le bon fonctionnement du marché, *les souverains du marché (arbitre)*. Ils doivent effectuer des sélections en fonction de la qualité des produits, afin que les meilleures entreprises, ainsi que les plus innovantes perdurent sur le marché. BORY l’évoque ainsi :

21

*Dire que les parties doivent disposer des informations pertinentes aux fins de négocier un contrat sur un pied d’égalité relève de l’évidence. Comme le rappelait déjà le Conseil fédéral en 1986, « le consommateur remplit mieux son rôle dans l’économie de marché et satisfait mieux à ses besoins lorsqu’il achète en connaissance de cause plutôt qu’à l’aveuglette ». Les sciences économiques reconnaissent en effet depuis longtemps que le bon fonctionnement du marché requiert que les acteurs soient informés de manière appropriée des prix et de la qualité des biens et services offerts, même si ce n’est toutefois que depuis les années 1970 qu’ils ont véritablement approfondi la question des risques liés au déficit d’information et les moyens de les prévenir<sup>19</sup>.*

Au cours des dernières années, quelques *mesures protectrices de la partie vulnérable* ont été mises en place pour résoudre le problème de l’asymétrie de l’information, comme c’est le cas du devoir d’information des professionnels. De plus, les professionnels ont compris l’importance d’améliorer leur image de marque et d’éviter la déception des consommateurs. Ils ont également fait de grands efforts pour mieux informer les consommateurs. Il existe en effet plusieurs cas de réussite où ces professionnels ont amélioré leur communication avec leurs consommateurs<sup>20</sup>. C’est pourquoi ce serait une grave erreur de nier les progrès et les efforts accomplis par les professionnels et par la législation.

22

Cependant, **le problème de l’asymétrie de l’information est en évolution permanente** et les remèdes doivent être constamment adaptés aux changements de la société et à l’apparition de nouveaux facteurs. En d’autres termes, le problème n’est pas résolu par l’introduction du devoir d’information et par la volonté d’améliorer l’image de marque. En effet, il faut constamment évaluer la mise en œuvre des mesures et vérifier si les objectifs sont atteints.

23

<sup>17</sup> La plupart des consommateurs n’ont ni les connaissances, ni l’intérêt (la motivation) ni les moyens économiques pour chercher l’information.

<sup>18</sup> RAYMOND, pp. 37-49 et pp. 343-354 ; JULIEN, pp. 43-57 et pp. 113-127 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61-98 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; BORY, *Les technologies de persuasion et l’asymétrie des forces de négociation* ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>19</sup> BORY, *L’effectivité de la liberté contractuelle*, p. 73.

<sup>20</sup> Infra. La deuxième partie : Les remèdes correctifs à l’asymétrie de l’information.

24 La Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO) a organisé un séminaire doctoral sur la technologie, l'humain et le droit en 2022. Lors de ce dernier, nous avons présenté une conférence sur les enjeux liés au consentement des consommateurs au moment de la conclusion des contrats au cours de la quatrième révolution industrielle, dans laquelle nous avons fait l'analogie suivante :

Le problème de l'asymétrie de l'information peut être comparé à *la pandémie de la COVID-19* car ce problème (comme le virus) est en constante mutation, avec de nouvelles variantes, et les vaccins, qui ont été mis au point, ne sont pas efficaces pour toutes les variantes, ce qui justifie de poursuivre la recherche. Dans le cas du problème de l'asymétrie de l'information il y a en effet beaucoup de facteurs qui interviennent (l'aggravation du problème) et donc, chaque solution n'est que temporaire. Aujourd'hui, **il y a une juxtaposition de changements qui ont aggravé le problème de l'asymétrie de l'information et qui engendrent la nécessité d'entreprendre une nouvelle analyse**<sup>21</sup>.

#### IV. Pourquoi le cas d'étude est-il pertinent pour le droit de la consommation ?

25 Dans la présente thèse concernant l'information précontractuelle dans les contrats de consommation, nous présenterons le cas tout particulier du contrat d'assurance<sup>22</sup>. Notre cas d'étude est pertinent pour le droit de la consommation pour les motifs suivants :

- D'une part, le contrat d'assurance est *un cas représentatif* de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation à partir duquel des analyses intéressantes peuvent être faites (A).
- D'autre part, le contrat d'assurance est *un cas d'étude intéressant* pour le droit de la consommation parce que les problèmes de communication liés à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats d'assurance affectent *la relation de confiance* sur laquelle repose l'opération d'assurance en empêchant l'assurance de jouer son rôle de donner à la communauté un sentiment de protection et de confiance dans l'avenir malgré les aléas de la vie (B).

#### A. Le contrat d'assurance comme un cas représentatif de l'asymétrie de l'information

26 Le contrat d'assurance est une sous-catégorie du contrat de consommation car la plupart des assurances sont des *biens de consommation courants*. Elles sont conçues pour subvenir aux besoins de la vie quotidienne des ménages et des petites et moyennes entreprises. Il existe, même, un certain nombre *d'assurances qui sont essentielles* pour la population, comme c'est le cas de l'assurance-maladie. C'est pour cette raison que leur accès doit être garanti à toute la population<sup>23</sup>. De plus, il y a des *activités dangereuses* qui ne devraient être accomplies sans une assurance obligatoire car elles présentent un risque pour la communauté<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Infra. Chapitre 3 III L'aggravation du problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation.

<sup>22</sup> Infra. La quatrième partie : L'étude de cas : L'information précontractuelle dans le contrat d'assurance.

<sup>23</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps* ». Voir aussi : BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-233 ; COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>24</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 4-34 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 21-46 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 17-32 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp.

Afin de remplir les besoins de la population les assurances sont offertes massivement au grand public et la conclusion de ces assurances se fait de manière rapide et sans un long processus de négociation à travers des *clauses contractuelles préformulées (contrats d'adhésion)*. 27

À cet égard, la réglementation de l'UE prévoit une distinction extrêmement utile entre *les assurances pour grands risques*, c'est-à-dire, les cas où les grandes entreprises contractent des assurances ou des branches d'assurance hautement techniques, et *les assurances de masse qui* sont définies par opposition aux grands risques. De conformité avec cette distinction, on peut dire que la plupart des produits d'assurance appartiennent à ce deuxième groupe<sup>25</sup>. 28

Dans les assurances de masse se présente fréquemment une grave inégalité de connaissances et d'expériences entre le professionnel et les preneurs d'assurance (l'asymétrie de l'information) étant donné la complexité technique sur laquelle repose l'opération d'assurance, entre autres. Dès lors, il a été nécessaire de recourir à des mesures de protection spéciales afin de corriger ce déséquilibre au moment de la conclusion du contrat. 29

L'approche classique du droit des contrats fondée sur *l'égalité des armes* est adaptée seulement à la souscription d'assurance de grands risques, c'est-à-dire, qu'en tenant compte de la nature des cocontractants et du type d'affaires, les parties peuvent défendre elles-mêmes leurs intérêts sans le besoin d'une protection spéciale<sup>26</sup>. 30

C'est en raison de ce qui précède que le contrat d'assurance est *un cas représentatif* pour analyser l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats de consommation. Autrement dit, les analyses effectuées sur l'information précontractuelle dans le contrat d'assurance peuvent être utiles pour le droit de la consommation en général. 31

## B. Le contrat d'assurance comme un cas d'étude intéressant pour le droit de la consommation

*L'opération d'assurance* a pour but de donner à la communauté un *sentiment de protection et de confiance* dans l'avenir malgré les mésaventures de la vie, et que, malheureusement, les problèmes d'incompréhension liés à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats d'assurance affectent ce sentiment de protection en empêchant l'opération d'assurance de jouer son rôle. 32

Comme les grands auteurs du droit des assurances privées l'ont expliqué, l'existence humaine est pleine de risques, c'est pourquoi l'Histoire est marquée par l'ancestral *besoin de sécurité*<sup>27</sup>. FONTAINE l'illustre ainsi : 33

*L'existence humaine est pleine de risques. La personne de chacun est à la merci d'événements imprévus : maladies, accidents corporels, entraînant de manière*

---

227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; POILLOT, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>25</sup> FONTAINE, pp. 83-84 ; PAILLER, pp. 4-6 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 1330-1135 ; SOLA, p. 113 et ss.

<sup>26</sup> Infra. Chapitre 2 I. Le modèle libéral.

<sup>27</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-20 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 30-55 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26.



*inopinée des invalidités, des incapacités de travail, des décès prématurés, et les préjudices matériels et moraux qui en résultent pour la victime et ses proches. D'autres événements inattendus frappent l'homme dans ses biens : incendies, vols, accidents, provoquant des dégâts matériels et des pertes de revenus. Parfois, l'atteinte est subie par le patrimoine global de l'intéressé, lorsqu'il est entraîné à exposer des frais imprévus, ou que sa responsabilité est mise en cause à l'occasion d'un fait de sa vie privée ou professionnelle, ou du fait d'une personne ou d'une chose dont il répond*<sup>28</sup>.

LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR l'évoquent également :

*Le besoin ancestral de sécurité. Le souci du lendemain et le dessein de l'avenir sont le propre de l'homme, et sous-tendent le besoin de sécurité que ressent plus ou moins consciemment tout individu. Néanmoins, l'histoire de l'assurance est relativement récente, car elle repose sur une technique mathématique dont les bases n'ont été élaborées qu'au XVIIe siècle*<sup>29</sup>.

- 34 La technique d'assurance est par nature une réponse à ce besoin, puisqu'elle est une forme de prévoyance contre les conséquences économiques d'événements dommageables<sup>30</sup>. BRULHART l'explique :

*L'assurance puise à la source du besoin de sécurité qu'éprouve naturellement tout individu. Elle met en œuvre une technique qui, par le biais d'un système de répartition, permet d'effacer ou à tout le moins d'adoucir les conséquences économiques d'événements dommageables. L'assurance a donc pour essence la réponse à un besoin de prévoyance par le moyen d'une technique*<sup>31</sup>.

- 35 Le fondement de l'opération d'assurance est extrêmement intéressant dans la mesure où c'est un *mécanisme de mutualisation des risques* à travers lequel les personnes peuvent se prémunir contre les conséquences financières individuelles liées à la réalisation de certains risques (problèmes individuels), au moyen du transfert desdits risques à la communauté, par la mise en œuvre de la théorie des probabilités<sup>32</sup>. FONTAINE l'explique :

*La technique des assurances repose en premier lieu sur la vieille idée de mutualité, c'est-à-dire sur le groupement d'un certain nombre de personnes soumises au même risque, afin de répartir entre elles toutes les charges des sinistres qui ne frapperont que quelques membres du groupe. De cette manière, les victimes*

<sup>28</sup> FONTAINE, p. 11.

<sup>29</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 3.

<sup>30</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-20 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 30-55 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446.

<sup>31</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 11.

<sup>32</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-20 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 30-55 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446.

*ne sont plus écrasées par leur infortune. Tous paient pour un, mais la participation de chacun est réduite*<sup>33</sup>.

Selon notre définition des assurances, elles constituent un mécanisme de gestion du risque (de faire face aux peurs), à travers lequel un problème individuel (les conséquences économiques négatives d'une tragédie) est transféré à une communauté (mutualiser les problèmes), en nous montrant qu'ensemble, nous sommes plus forts et plus résilients<sup>34</sup>. 36

C'est en raison de ce qui précède que l'opération d'assurance cherche à faire susciter un sentiment de sécurité (une confiance dans l'avenir)<sup>35</sup>. Les assureurs offrent une promesse, laquelle éveille des attentes chez les consommateurs<sup>36</sup>. Comme THOMAS HIRT l'évoque : 37

*Une assurance ne se mange pas, ne se laisse pas toucher, ne peut pas se voir ni s'essayer... C'est une prestation de service donc un bien immatériel, une promesse de l'assureur au client de le soutenir économiquement dans ses problèmes de sécurité et de lui fournir certaines prestations supplémentaires.*

*Les promesses éveillent des attentes chez les clients. Seul le temps peut dire si elles ont été tenues. L'assureur doit prouver qu'il honore ses promesses et qu'il répond aux attentes des assurés pendant toute la durée du contrat. La tâche lui sera plus facile s'il tient contact, car chaque contact est pour le client une confirmation qu'il a choisi un partenaire compétent et crédible*<sup>37</sup>.

Mais hélas, aujourd'hui **l'asymétrie de l'information produit de sérieux problèmes de communication entre les preneurs d'assurances et les assureurs**, tels que de fausses attentes, des problèmes d'incompréhension du monde de l'assurance, des représentations erronées du contenu du contrat, des problèmes liés à la validité du consentement, la déception et une mauvaise image des professionnels auprès du public. 38

À cet égard, JEAN BIGOT exprime qu'il y a une mauvaise image des assureurs et une profonde méconnaissance du monde de l'assurance. Selon ses mots :

*Personne n'ignore l'existence de l'assurance, ne serait-ce que parce que tout un chacun a souscrit un ou plusieurs contrats d'assurance, pour son habitation, son automobile, ses activités privées ou professionnelles, sa santé, sa vie, etc.*

*Personne n'ignore davantage l'existence des entreprises d'assurance, dont les sièges sociaux imposants ne peuvent échapper au passant. Personne n'ignore l'objet essentiel de leur activité, ne serait-ce que parce que tout un chacun a été impliqué dans un accrochage, victime d'un cambriolage, acheté ou vendu sa voiture, a reçu des soins médicaux, etc.*

*Mais au-delà, il n'est besoin que de parcourir la presse quotidienne ou de discuter avec son voisin pour constater une profonde méconnaissance du monde de*

<sup>33</sup> FONTAINE, p. 17.

<sup>34</sup> Sur la base des approches des grands auteurs du droit des assurances privées, nous élaborons notre propre notion d'assurance. DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », p. 26.

<sup>35</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-20 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 30-55 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26.

<sup>36</sup> NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106.

<sup>37</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, p. 51.

*l'assurance qui se dit ouvert mais se révèle en réalité fermé, qui se veut transparent alors qu'il est opaque*<sup>38</sup>.

Également, SUBILIA l'évoque en se référant au fait que les problèmes d'incompréhension du contrat d'assurance auprès du public ne sont pas nouveaux :

*En 1904, le Conseil fédéral, dans son Message, soulignait à quel point le mécanisme du contrat d'assurance était mal compris du public. Son projet législatif reposait notamment sur les considérations suivantes : « C'est ainsi par exemple qu'une personne inexpérimentée est choquée de ce que, lorsqu'il y a sinistre total, l'assureur contre l'incendie ne paie pas sans discussion la somme assurée ; de ce que l'assureur sur la vie ne restitue pas la totalité des primes payées, lorsque le contrat est résilié unilatéralement. La loi seule, en réglant les droits et les obligations des parties contractantes, peut porter remède à cela. On ne peut que constater, plus d'un siècle plus tard, que les incompréhensions du public n'ont pas varié d'un iota, nonobstant l'adoption de la LCA : le domaine de l'assurance privée est régi par des règles qui lui sont propres et qui, pour être cohérentes, n'en suscitent pas pour autant toujours une compréhension instinctive*<sup>39</sup>.

39 **Les problèmes de communication liés à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats d'assurance ne permettent pas à l'assurance de jouer son rôle** de donner à la communauté un sentiment de protection, en devenant un sujet d'inquiétude significative pour l'assurance. C'est pourquoi, afin d'éviter d'affecter la relation de confiance entre l'assureur et le preneur d'assurance, il faut résoudre le problème de l'asymétrie de l'information<sup>40</sup>.

40 Dans ce sens, LAMBERT et LEVENEUR affirment qu'il est nécessaire d'améliorer la communication avec les consommateurs. Ils soutiennent expressément :

*L'image de marque de l'assurance n'est pas bonne dans le public, car le consommateur est obligé par des contrats hermétiques reposant sur une technique statistique de mutualisation des risques mal comprise. Le seul remède à cette incompréhension est une meilleure communication dont les compagnies d'assurances françaises ont pris conscience ces dernières années*<sup>41</sup>.

41 En résumé, le contrat d'assurance est un cas d'étude de grand intérêt pour le droit de la consommation parce que c'est un cas dans lequel les problèmes de communication liés à l'asymétrie de l'information sont d'une telle gravité qu'ils affectent profondément le rôle de l'assurance et la confiance dans l'opération.

## **V. Quelle est la nature de la recherche ? Juridique ? Économique ? Interdisciplinaire ?**

42 Le problème de l'asymétrie de l'information et le devoir d'information ont été étudiés par différentes disciplines telles que l'économie, la sociologie, la psychologie, la philosophie, entre autres. Au moment de choisir la nature de notre thèse, la décision la plus sensée est de faire une analyse principalement juridique (notre expertise), sans préjudice du fait que nous ferons référence, à des études et des recherches interdisciplinaires telles que *l'analyse économique du droit et la sociologie du droit*. Ces recherches interdisciplinaires nous aident à mieux comprendre les problèmes et les enjeux posés par le devoir d'information du professionnel dans les relations de consommation.

---

<sup>38</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, p. 1.

<sup>39</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 29.

<sup>40</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 40-58 ; LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, pp. 125-154 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26.

<sup>41</sup> LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, p. 154.

En effet, nous vivons dans *une société scientifique et technique* où les personnes ont des connaissances fragmentées et spécifiques<sup>42</sup>. Actuellement, les gens deviennent des experts dans quelques domaines, cependant, ils sont totalement inexpérimentés dans d'autres disciplines. Il y a donc des recherches dans d'autres disciplines, qui échappent à notre expertise, même si elles portent sur le même sujet. 43

Sur la base de ce qui précède, **la thèse sera une analyse juridique**, dans laquelle on fera référence, à des études interdisciplinaires sans qu'elles soient analysées en profondeur et sans qu'un nouveau modèle intégral soit envisagé. Dans l'avenir on pourra faire partie d'un groupe composé d'experts dans différentes disciplines qui analysera les questions de manière plus approfondie et interdisciplinaire. 44

## VI. Quelle est la portée de notre étude juridique ?

Sur la portée de notre étude, c'est important de mentionner deux précisions fondamentales : 45

- D'une part, vu l'ampleur du sujet, **notre analyse se concentrera exclusivement sur des aspects doctrinaux spécifiques**, c'est-à-dire, quelques problématiques de fond choisies.
- D'autre part, **nous n'effectuerons pas un travail de description et de commentaire de la normativité** dans le droit européen et latino-américain.

La justification est la suivante : 46

- Nous avons réalisé une révision bibliographique de droit comparé sur l'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats de consommation, d'une part, dans le droit européen, particulièrement la réglementation de l'Union européenne (UE) et quelques tendances des législations nationales telles que la Suisse, la France, l'Espagne, la Belgique, l'Allemagne. D'autre part, dans le droit latino-américain, particulièrement les nouvelles tendances en Colombie, au Chili, au Pérou, en Uruguay et en Argentine.
- Grâce à cette révision, nous avons pu constater que, dans les dernières décennies, les différents pays, tant en Europe qu'en Amérique latine, ont introduit un devoir d'information du professionnel pour protéger les consommateurs contre l'asymétrie de l'information, non seulement dans la jurisprudence, mais aussi dans la loi.
- Au fur et à mesure que ce devoir a été introduit dans le droit de chaque pays, la doctrine a décrit et commenté le processus en profondeur<sup>43</sup>. En outre, les maisons d'édition ont publié des livres collectifs de droit comparé où des académiciens d'origines différentes font une description de la situation dans chaque pays<sup>44</sup>. Les as-

<sup>42</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-140.

<sup>43</sup> Par exemple, concernant le devoir d'information de l'assureur en Europe, on peut trouver : En Suisse romande : NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; STÄUBLI, pp. 323-350 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189.

En France : KHOURY, pp. 35-127 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 71-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-235 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-312 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 2215-2220 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805.

En Espagne : PEÑAS, pp. 37-81 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; SOLA, pp. 21-219.

En Belgique : FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 292-299.

Dans l'UE : PAILLER, pp. 125-128 ; LOACKER ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126.

<sup>44</sup> YONG QIANG HAN/ GREG PYNT (ÉDIT.), « *Pre-Contractual Duties in Insurance Law: A Global Perspective after 250* ».

sociations internationales ont également organisé des congrès académiques où le thème central a été précisément le devoir d'information (panels de discussion), par exemple les associations de droit des assurances privées (AIDA, CILA)<sup>45</sup>.

- De plus, en Suisse, le professeur renommé de l'Université de Zürich LOACKER a publié un livre intitulé « *Informed insurance choice ?* », dans lequel il fait une étude de droit comparé sur le devoir d'information de l'assureur en droit anglais, allemand et les Principes du Droit Européen du Contrat d'Assurance (PDECA)<sup>46 47</sup>.

47 Au début, c'était accablant de nous rendre compte que notre sujet de thèse n'était pas un sujet nouveau et qu'il y avait une abondante bibliographie d'une grande qualité. De surcroît, nous nous demandions si nous nous étions trompés dans le choix du sujet de recherche.

48 Cependant, **nous avons compris que nous n'étions pas confrontés à une difficulté, mais, au contraire, que nous étions face à une grande opportunité** pour les raisons suivantes :

- Lorsqu'il y a tant d'informations sur un sujet, c'est une contribution significative à l'académie d'effectuer un travail de réduction de la complexité et de synthétiser les problématiques les plus importantes, sur lesquelles les recherches ultérieures doivent se concentrer.
- Il y a des problématiques communes et transversales dans les législations des différents pays qui doivent être mises en évidence et capitaliser les expériences acquises. Par exemple, il faut mentionner les cas de réussite et étudier leur applicabilité dans d'autres pays.
- Les manuels de droit se concentrent parfois sur le fait de faire des descriptions et commentaires de la normativité de chaque pays, sans analyser les problématiques de fond. C'est pourquoi lorsque le droit évolue, il devient rapidement obsolète.
- C'est une réalité que le problème de l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion subsiste (il n'a pas été résolu) et est en constante évolution. C'est pour cela que de nouvelles analyses sont pertinentes et utiles.
- Finalement, le fait qu'il y ait des juristes plus reconnus que nous ayant abordé le sujet, nous sert à donner un fondement théorique à certaines de nos réflexions (« *des nains sur des épaules de géants* »).

49 Dans le but de sélectionner les aspects à analyser, la recherche s'appuie sur quelques prémisses simples :

1. Notre analyse se concentrera sur les principaux problèmes, sans aborder des problématiques spécifiques et complémentaires. Il existe un grand nombre de questions en rapport direct avec le devoir d'information, mais nous pensons qu'il est essentiel de résoudre les principales problématiques, avant d'en aborder d'autres (un problème à la fois).
2. La thèse tentera d'éviter les débats théoriques qui n'ont pas d'intérêt dans la pratique, surtout s'ils sont spécifiques à un pays.
3. Même si l'aspect à analyser pourrait faire partie d'une recherche ayant un regard plus large, nous préférons nous concentrer sur le devoir d'information en général. Par la suite, notre recherche pourra constituer un apport utile et être complétée par des recherches postérieures.

50 En ce qui concerne le type d'étude juridique, **il convient de préciser qu'elle sera axée sur la doctrine**. C'est pourquoi une analyse approfondie de la jurisprudence de chaque pays sur la matière n'a pas été abordée dans la mesure où elle serait extrêmement difficile à étudier, en raison des profondes différences dans les systèmes juridiques.

<sup>45</sup> SHARON, « *Disclosure Duties in Insurance. General* ».

<sup>46</sup> LOACKER.

<sup>47</sup> La présente thèse s'est inspirée de l'analyse de LOACKER.

## VII. Y a-t-il d'autres thèses de doctorat en rapport avec notre sujet de thèse de doctorat ?

Après avoir effectué un examen bibliographique des thèses de doctorat en Suisse romande, nous nous sommes rendu compte que plusieurs juristes avaient fait des thèses de doctorat sur des sujets proches qui constituaient un apport fondamental pour notre travail. Dans la présente thèse, leurs recherches sont reprises comme bases théoriques afin de proposer de nouvelles perspectives et d'amener les réflexions dans d'autres domaines. 51

Dans une certaine mesure, lorsqu'il y a plusieurs thèses sur des sujets connexes, le travail de recherche cesse d'être un travail solitaire et devient un dialogue constant avec les différents auteurs. 52

En reconnaissance des thèses de doctorat en la Suisse romande qui ont fortement influencé nos recherches, il convient de mentionner brièvement les principales et les portées de leurs études : 53

1. Dans la thèse intitulée « *L'effectivité de la liberté contractuelle* », Jonathan BORY s'intéresse aux déséquilibres contractuels et à la légitimité des interventions étatiques protectrices visant à assurer les conditions-cadres d'une liberté contractuelle matérielle (une liberté contractuelle ancrée dans la réalité), et non seulement formelle.
2. Dans la thèse intitulée « *La formation du contrat de consommation* », Dario HUG fait une analyse du régime général et de l'approche sectorielle des rapports de consommation au moment de la formation du contrat.
3. Dans la thèse intitulée « *L'information des études de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels* », Sandra VIGNERON présente les différentes sources de l'obligation d'information en droit de l'Union européenne et en droit suisse de la consommation en mettant en évidence le rôle de l'information dans le marché et les problèmes de la rationalité limitée des consommateurs.
4. Dans la thèse intitulée « *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant* », Anne Christine FORNAGE analyse les mesures envisagées pour améliorer et rendre plus effectif le droit de la consommation en Suisse et dans l'Union européenne.
5. Dans la thèse intitulée « *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat* », Olivier CHAPUIS évoque le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection.
6. Dans la thèse intitulée « *La responsabilité précontractuelle* », Nicolas KUONEN fait une analyse historique des origines de la responsabilité précontractuelle et des instruments précontractuels.
7. Dans la thèse intitulée « *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen* », Olivier RISKE défend la nécessité d'une clause générale de responsabilité précontractuelle dans les droits des obligations.
8. Dans la thèse intitulée « *La surassurance, la sous-assurance et la double assurance* », TATTI Raphaël analyse trois concepts techniques liés à l'opération d'assurance, ce qui démontre la complexité de celle-ci.
9. Dans la thèse intitulée « *Les produits structurés et la protection de l'investisseur* », Lucia GOMEZ analyse la protection de l'investisseur dans les produits structurés en Suisse après la crise bancaire, en démontrant la complexité de ceux-ci.
10. Dans la thèse intitulée « *L'information en droit médical* », Coralie Devaud fait une étude du droit suisse sur le devoir d'information en droit médical.
11. Dans la thèse intitulée « *L'individu en droit de la surveillance financière* », Guillaume BRAIDI analyse la surveillance des individus actifs dans le domaine bancaire et financier en formulant une proposition de créer une autorisation spécifique et trans-sectorielle pour les individus.

### VIII. La thèse va-t-elle aborder une approche sectorielle ? ou abordera-t-elle toutes les relations de consommation ?

- 54 Le devoir d'information du professionnel au moment de la conclusion des contrats peut être étudié, d'une part, de manière générale, en analysant l'obligation à partir d'une vue d'ensemble et applicable à tous les rapports de consommation (*l'approche générale*). D'autre part, on peut l'étudier d'un point de vue sectoriel en se concentrant sur un type de contrat, autrement dit le devoir d'information dans un secteur spécifique (*l'approche sectorielle*)<sup>48</sup>.
- 55 Dans la présente thèse, on a choisi *une approche combinée* :
- D'abord, afin de donner une vue d'ensemble et de disposer de bases théoriques solides, les trois premières parties seront une présentation générale (approche générale). En effet, nous aborderons tout d'abord le problème de l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion de tous les contrats de consommation. Ensuite, nous exposerons les mesures générales de protection du droit de la consommation (remèdes). Et finalement, nous exposerons de manière générale le devoir d'information du professionnel.
  - Ensuite, nous ferons un changement radical d'approche. C'est la raison pour laquelle dans la quatrième partie nous passerons à un regard sectoriel du droit des assurances privées (une étude de cas sur le devoir d'information de l'assureur), à travers lequel on identifiera les problématiques actuelles de la mise en œuvre de ce devoir.
  - Finalement, dans la cinquième partie, on présentera notre position sur les critiques du modèle d'information et quelques propositions spécifiques pour résoudre certaines problématiques actuelles tant du droit de la consommation que du devoir d'information du professionnel, y compris le devoir d'information de l'assureur.

### IX. La thèse va-t-elle formuler un nouveau modèle ?

- 56 L'une des grandes leçons apprises au cours des 5 années de rédaction d'une thèse de doctorat en Droit a été de comprendre **les limites de la recherche et qu'il n'est pas possible de résoudre tous les problèmes** (dans notre cas, les problèmes liés à l'information au moment de la conclusion du contrat d'assurance).
- 57 Ce qui précède peut s'expliquer par plusieurs facteurs :
- Les thèses de doctorat abordent des problèmes complexes dont la solution n'est pas évidente.
  - Les problématiques ne sont pas statiques, elles sont en constante évolution. Une thèse de doctorat est une photo d'un instant qui devient rapidement obsolète.
  - Bien que les études doctorales se situent à un niveau supérieur du système éducatif universitaire (le troisième cycle universitaire dans le processus de Bologne), elles ne constituent pas le dernier échelon de la carrière académique. Les grandes théories et doctrines du droit sont habituellement soulevées par des professeurs d'université et des juristes dans des études de niveau supérieur, tels que les postdoctorats, les thèses d'habilitation, les grandes publications.
  - Une thèse de doctorat est un travail individuel réalisé sur une période de 5 ans. S'il est vrai que ce laps de temps permet une analyse intéressante, il est important de garder à l'esprit que de nombreuses théories pourront être approfondies dans des études

---

<sup>48</sup> Dans sa récente thèse, le docteur HUG a abordé le thème de la formation du contrat de consommation en droit suisse en montrant comment il existe deux approches : générale et sectorielle. HUG, pp. 57-85. Dans le même ordre d'idées, FORNAGE avait constaté la fragmentation de la réglementation par secteurs et la variété de définitions de consommateur. Voir FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 7-73.

ultérieures et complémentaires, et nécessitent, en outre, la constitution d'une équipe interdisciplinaire pour leur réalisation.

Compte tenu de la leçon précédente, nous avons décidé d'axer notre thèse de doctorat sur deux aspects : tout d'abord, répondre pleinement aux exigences de qualité en vue de l'obtention du grade de docteur, étant entendu que certaines analyses plus approfondies et plus mûres pourront faire l'objet de recherches ultérieures. Par ailleurs, notre intention est que les lecteurs (nous espérons qu'ils seront nombreux) sentent que notre recherche a été une aide positive dans la compréhension du problème en précisant que nous ne serons pas pour le moment les sauveurs qui le résolvent définitivement. 58

## **X. Quel est le plan général de la thèse ?**

Nous avons donc décidé de présenter notre analyse en **cinq parties** : 59

- La première partie sera consacrée à la présentation générale des enjeux liés à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats de consommation.
- La deuxième partie examinera les mesures protectrices des consommateurs au moment de la conclusion du contrat (les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information).
- La troisième partie sera consacrée à la présentation du point de vue juridique du devoir d'information des professionnels.
- Ensuite, la quatrième partie abordera l'information précontractuelle dans le contrat d'assurance, particulièrement quelques aspects choisis.
- Pour conclure, dans la cinquième partie, on présentera notre position sur les critiques du modèle d'information et quelques propositions spécifiques pour résoudre certaines problématiques actuelles que nous avons identifiées.





Première partie :

**Le problème de l'asymétrie de l'information  
dans les contrats de consommation**



La présente partie a pour objet de faire une présentation synthétique des enjeux liés à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats de consommation. La partie va être divisée selon les chapitres suivants : 60

- D'abord, le chapitre 2 sera consacré à présenter, de manière générale, l'asymétrie de l'information dans le marché économique.
- Après, dans le chapitre 3, nous aborderons le problème de l'asymétrie dans les contrats de consommation.

## Chapitre 2 : Le problème de l'asymétrie de l'information dans le marché économique

Il s'agit d'abord d'examiner brièvement les bases théoriques du *modèle économique libéral* (Libéralisme du XIX<sup>e</sup> siècle) et après, *les défaillances du marché liées à l'information*<sup>49 50</sup>. 61

### I. Le modèle libéral

La plupart des pays européens et latino-américains ont un système économique fondé sur un ordre libéral (économie de marché), dans lequel l'information des contractants au moment de l'achat de biens et services est essentielle pour une concurrence saine, efficace et adéquate sur le marché économique<sup>51</sup>. 62

Le modèle économique libéral repose sur *la conviction de la concurrence parfaite, ou tout du moins efficace*, selon laquelle les forces du marché peuvent discipliner les abus et l'intervention de l'État doit être limitée au minimum. Ce modèle présuppose que les consommateurs agissent de manière rationnelle et disposent d'informations suffisantes pour prendre des décisions en connaissance de cause. C'est pourquoi à long terme les meilleures entreprises, c'est-à-dire, celles qui offrent les meilleurs produits, restent dans le marché (l'accroissement général du bien-être des citoyens)<sup>52</sup>. 63

Les professionnels sont libres de définir le contenu des contrats, sans qu'il y ait de contrôle par les juges ou les autorités. En théorie les professionnels sont conscients que s'ils commettent des abus ou offrent de mauvais produits, les consommateurs responsables choisiront les produits d'autres entreprises, c'est-à-dire, ces derniers jouent un rôle de *souverain du marché (arbitre)*. À long terme, les professionnels se concentreront sur les produits de la concurrence basée sur la qualité de leurs biens et services et ne commettront pas d'abus. Sur 64

---

<sup>49</sup> Le thème de l'asymétrie de l'information sur le marché a été longuement étudié par l'économie. Il y a une collection de 4 volumes intitulée « *Information economics* » qui rassemble 69 essais d'économistes reconnus sur l'information (un grand nombre de lauréats du prix Nobel d'économie). BAYE/ SAPPINGTON (édits.).

<sup>50</sup> La Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO) a organisé un séminaire doctoral en 2021 sur « *Le contrôle et la liberté en droit* » dans lequel nous avons présenté une conférence. DELGADO, *Les enjeux et les remèdes liés à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats*.

<sup>51</sup> Le modèle économique libéral s'oppose à toutes les formes d'économies planifiées. MARTENET/ HEINEMANN, pp. 17-50 ; HUG, pp. 87-118.

<sup>52</sup> MARTENET/ HEINEMANN, pp. 17-50 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 46-63 ; HUG pp. 87-118 ; CHAMIE, pp. 115-132.

la base de ce qui précède, il est estimé que sans intervention de l'Etat il y a une *justice contractuelle*<sup>53</sup>.

Comme FORNAGE l'explique :

*L'économie de marché repose sur le principe de concurrence, soit la lutte que se livrent les concurrents pour s'attirer les faveurs des acheteurs et accroître ainsi leurs parts de marché.*

*La concurrence garantit la répartition optimale des facteurs de production. Elle incite les entreprises à réaliser des progrès techniques et assure une neutralisation des positions économiques. De manière efficace, elle instaure un équilibre économique qui contribue au bien-être général.*

*Les individus interviennent sur un marché libre. Celui-ci leur ouvre toutes les options. Selon l'expression consacrée par Adam Smith, la concurrence constitue ainsi la « main invisible » du marché. Chaque personne doit opérer un choix en cherchant son profit individuel. Celui-ci réalise par-là les objectifs de la société<sup>54</sup>.*

- 65 En résumé les consommateurs ont un rôle à jouer dans le bon fonctionnement du marché, *le souverain du marché (arbitre)*. Ceux-ci doivent effectuer des sélections en fonction de la qualité des produits, afin que les meilleures entreprises, ainsi que les plus innovantes perdurent sur le marché.

## II. Les défaillances du marché liées à l'information

- 66 Depuis 1970, les **grands économistes ont fortement débattu sur le paradigme de l'information parfaite, montrant les défaillances du marché liées à l'information** (les marchés avec asymétrie d'information) et l'influence de la psychologie et des neurosciences sur les décisions des consommateurs, comme c'est le cas de STIGLITZ, SIMON, KAHNEMAN, THALER, SUNSTEIN, LOEWENSTEIN, ARIELY, LUCAS, FAMA, SHILLER, SMITH, HART et TVESKY, entre autres<sup>55</sup>.

- 67 Traditionnellement, l'asymétrie de l'information des contractants (défaut d'information) entraîne plusieurs problèmes pour le fonctionnement adéquat de la concurrence et du marché économique :

- L'incapacité des consommateurs de jouer leur rôle de souverain du marché (A)
- La sélection adverse (l'antisélection) (B)
- Le risque moral (C)
- Les biais cognitifs et la rationalité limitée (D)

### A. L'incapacité des consommateurs de jouer leur rôle de souverain du marché

- 68 Comme l'on a déjà mentionné, les consommateurs ont un rôle à jouer dans le bon fonctionnement du marché, le souverain du marché (arbitre). Ceux-ci doivent faire des choix en

---

<sup>53</sup> ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-4 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 135-144 ; RISKE, pp. 192-214 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-63 ; KUONEN, pp. 7-13 et pp. 427-466 ; GEISSBÜHLER, pp. 144-148.

<sup>54</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, p. 56.

<sup>55</sup> Voir la collection de 4 volumes intitulée « *Information economics* ». BAYE/ SAPPINGTON (édits.).

fonction de la qualité des produits, afin que les meilleures entreprises, ainsi que les plus innovantes perdurent sur le marché<sup>56</sup>.

Pour que *la concurrence sur le marché soit saine*, c'est-à-dire, fondée sur les qualités des professionnels et de leurs produits, les consommateurs doivent disposer d'informations minimales leur permettant de prendre des décisions rationnelles et conformes à leurs intérêts<sup>57</sup>. Comme l'explique CALAIS-AULOY :

*L'information des consommateurs est, de surcroît, un facteur de transparence du marché, donc de développement de la concurrence. Mieux informés, les consommateurs sauront mieux choisir. Ils se tourneront vers les produits et les services dont le rapport qualité-prix est le plus favorable. Cette concurrence accrue ne peut qu'être favorable au développement économique*<sup>58</sup>.

La relation entre le droit de la concurrence et le droit de la protection des consommateurs est généralement tendue. Mais il y a des sujets où les deux ont des points convergents comme c'est précisément le cas de l'importance de l'information. L'information est essentielle, d'une part, pour permettre la saine concurrence des acteurs du marché, notamment la compétitivité des entreprises en fonction de leurs qualités. D'autre part, pour protéger le consommateur, c'est-à-dire, la protection du consentement des consommateurs vulnérables face au déséquilibre structurel, leur permettant ainsi d'assumer le rôle de souverain du marché<sup>59</sup>.

**Cependant, le consommateur est incapable de jouer son rôle sur le marché, en raison des déséquilibres contractuels**<sup>60</sup>. VIGNERON l'explique ainsi :

*Les rapports de consommation se caractérisent par un profond déséquilibre. Les consommateurs, qui devaient en théorie jouer le rôle d'arbitre sur le marché en stimulant la concurrence sur les prix et la qualité de par les choix qu'ils effectuent, se trouvent en réalité subir la loi des professionnels qui apparaissent plus forts, plus compétents et mieux informés. Le principe de l'autonomie de volonté censé constituer la base du système, et selon lequel tous les opérateurs économiques sont réputés veiller à leurs propres intérêts, se heurte dès lors à d'importants dysfonctionnements qui portent préjudice au marché*<sup>61</sup>.

Contrairement à ce qu'avaient proposé les théoriciens classiques (théorie de la main invisible d'Adam Smith), **le marché ne se contrôle pas seul et sans intervention de l'État**. C'est pour cette raison qu'afin de permettre aux consommateurs de jouer leur rôle, **différents remèdes doivent être utilisés (mesures protectrices de la partie vulnérable)**<sup>62</sup>.

Il est important de clarifier que **les mesures d'intervention de l'État sont une variante du libéralisme et ne visent pas à changer le modèle économique**. HUG évoque à ce sujet :

<sup>56</sup> BORY explique les postulats classiques du modèle libéral et la remise en question de ceux-ci. BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-75. Voir aussi : CARRANZA/ ROSSI, pp. 119-126 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 5-35 ; HEINEMANN, pp. 45-62.

<sup>57</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 97-160.

<sup>58</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61.

<sup>59</sup> HUG, pp. 57-85 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>60</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-192 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 62-65 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 5-7 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-9 ; HUG, pp. 57-85.

<sup>61</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 5.

<sup>62</sup> La récente thèse doctorale de BORY s'intéresse aux déséquilibres contractuels et à la légitimité des interventions étatiques protectrices visant à assurer les conditions-cadres d'une liberté contractuelle matérielle (une liberté contractuelle ancrée dans la réalité), et non seulement formelle. BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-192. Voir aussi : VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-35 ; HUG, pp. 87-118.

*Dans un contexte de marché inévitablement imparfait, la réglementation et le contrôle de l'activité économique privée constituent des mesures interventionnistes. Comme l'a décrit Keynes en 1936 (« la théorie générale de l'emploi et de la monnaie »), le recours à de tels instruments d'intervention directe viserait toutefois à stimuler la croissance et à corriger l'économie de marché.*

*L'intervention du législateur serait une manière de concrétiser la théorie keynésienne, en tant que variante du libéralisme et non un courant anticapitaliste<sup>63</sup>.*

Autrement dit, certaines mesures protectrices des consommateurs ont été mises en place sans changer le modèle libéral.

## **B. La sélection adverse (l'antisélection)**

- 74 Lorsqu'il y a un manque d'information pertinente sur la qualité des produits, le grand risque est que les consommateurs choisissent les produits sur la base de facteurs qui ne leur conviennent pas (comme le prix le plus bas), c'est-à-dire, qu'ils ne font pas une comparaison adéquate sur la qualité des produits<sup>64</sup>.

Comme VIGNERON l'évoque :

*En l'absence de tout problème d'accès à l'information, le consommateur a le choix entre les produits de bonne qualité et chers ou les produits bon marché, mais de moins bonne qualité, les deux notions allant respectivement toujours de pair. Cependant, les dysfonctionnements liés au manque d'information préalable du consommateur ont pour conséquence qu'un choix aussi simple n'est plus possible. Avant de conclure une transaction, le consommateur est en effet souvent incapable d'évaluer la qualité d'un produit ou d'un fournisseur. Si les problèmes liés à la non-connaissance des prix peuvent être réglés par le biais de règles simples, l'insécurité qui résulte pour le consommateur de son ignorance de la qualité est en revanche beaucoup plus difficile à résoudre. Ce problème a été mis en lumière par la théorie de G. Akerlof relative au Market for Lemons. En l'absence d'information, le consommateur se trouve en effet contraint d'estimer la qualité probable d'un produit et, sur la base de cette évaluation, de déterminer son choix. Or ce choix sera dans cette hypothèse le plus souvent influencé par le seul critère du prix. Ainsi, le consommateur va préférer le produit le moins cher parce que, en l'absence de toute autre information, il n'a aucun autre critère à sa disposition pour se déterminer et parce qu'il sait qu'en l'absence de transparence, un prix élevé n'est pas toujours équivalent à une qualité élevée. Il ne désire donc pas prendre le risque de payer plus si la qualité n'est pas assurée<sup>65</sup>.*

- 75 Il en résulte qu'à long terme les produits et entreprises de qualité inférieure prévalent sur le marché. Dès lors, il est nécessaire que les consommateurs puissent comparer les produits et déterminer les plus adaptés à leurs besoins (décisions rationnelles)<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> HUG, p. 90.

<sup>64</sup> Les théories économiques ont montré que le prix n'est pas le facteur le plus approprié pour déterminer la qualité des produits, mais c'est celui qui est le plus utilisé par les consommateurs. ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-9.

<sup>65</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 20-21.

<sup>66</sup> LOACKER, pp. 22-39 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 19-23 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, p. 435.

### C. Le risque moral

Le problème du *risque moral* se pose lorsqu'une partie qui a des informations additionnelles, adopte un comportement opportuniste ou fournit des informations trompeuses. Par exemple, VIGNERON explique que les comportements opportunistes peuvent être identifiés dans les contrats à long terme, comme c'est le cas des contrats d'assurance :

76

*Des comportements opportunistes peuvent également être identifiés dans les contrats à long terme, tels que les contrats d'assurance. Un assureur dans le domaine de la santé peut ainsi être tenté de faire payer aux personnes âgées des primes plus élevées que cela ne s'avérerait nécessaire en réalité, d'une part parce qu'il lui est difficile de fixer, lors de la conclusion de ce type de contrat, les primes d'assurances valables pour toute la durée du contrat soit pour trente ou quarante ans et, d'autre part, parce qu'il sait que les personnes d'un certain âge sont moins susceptibles de quitter leur compagnie d'assurance pour contracter avec une offre concurrente. Ce risque moral est alors étroitement lié aux problèmes d'information asymétrique, dès lors qu'avant de conclure un contrat, le consommateur n'est pas en mesure d'estimer si et dans quelle mesure l'offrant se comporte ou va se comporter de façon opportuniste. Dans le long terme, ce risque moral peut aboutir à une antisélection<sup>67</sup>.*

Il est important de mentionner que les économistes ont étudié les défaillances du marché (risque moral et sélection adverse) qui découlent des comportements tant des professionnels que des consommateurs<sup>68</sup>. Pour illustrer cela, il est pertinent de citer un exemple de VIGNERON montrant comment un risque moral des consommateurs peut aboutir à une sélection adverse dans le droit des assurances privées :

77

*De plus, le consommateur est susceptible de changer son comportement en fonction de la prestation offerte : un consommateur bien assuré contre le vol sera peut-être moins diligent, un assuré bénéficiant d'une couverture médicale complète pourra être tenté de consulter son docteur plus souvent qu'il ne le ferait sans cela. Si l'assurance disposait d'informations suffisantes lui permettant d'identifier les clients à haut risque, elle serait en mesure de fixer des primes plus élevées à ce type d'assurés et de réserver des primes plus basses aux assurés représentant des risques moindres. N'étant cependant pas en mesure d'anticiper les comportements de ses assurés, la compagnie d'assurance est alors tentée d'élever ses primes pour tous ses assurés. Les assurés à bas risques sont alors dissuadés de conclure une assurance, les primes fixées étant trop élevées par rapport à leurs besoins. A long terme, seuls les individus à haut risque restent assurés. L'asymétrie d'information conduit ici aussi à une inefficience du marché<sup>69</sup>.*

À notre avis, **il faut éviter « la généralisation abusive », il n'est pas vrai que les professionnels agissent toujours de manière malhonnête et trompeuse et que les consommateurs sont bons et vulnérables (les victimes)**. En grande partie la grande majorité des critiques envers le droit de la consommation que nous allons exposer dans la dernière partie de la thèse sont le produit de ces fausses généralisations<sup>70</sup>.

78

<sup>67</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 22.

<sup>68</sup> BAYE/ SAPPINGTON (édits.).

<sup>69</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 23.

<sup>70</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.



## D. Les biais cognitifs et la rationalité limitée

79 Afin d'expliquer les défaillances du marché liées à l'information, il convient d'exposer brièvement *les biais cognitifs (1) et les facteurs externes d'altération de la volonté* des consommateurs au moment de la prise de décision (2). Étant donné que ce sujet a été étudié en détail et rigoureusement par BORY, nous allons faire une énonciation de ses conclusions<sup>71</sup>.

### 1. Les biais cognitifs

80 Les résultats empiriques issus des sciences comportementales ont identifié chez les consommateurs, les *biais cognitifs suivants* :

#### a. Le biais d'optimisme

81 Les individus ont une tendance à envisager un scénario favorable, sans analyser les conséquences négatives qui peuvent se produire<sup>72</sup>. Comme BORY l'évoque :

*De nombreuses recherches empiriques suggèrent que les décisions de la majorité des individus (au moins 80%) sont marquées, de manière systématique, par un biais optimiste, en ce sens que leurs prédictions quant à leur propre comportement et aux résultats relatifs révèlent une importante tendance à envisager un scénario favorable, pourtant dépourvue d'ancrage dans la réalité... Si un tel optimisme peut avoir des aspects positifs lorsqu'il s'agit de motiver les esprits, il peut également être particulièrement risqué, notamment en induisant les gens à s'engager sans avoir pris suffisamment de précautions<sup>73</sup>.*

#### b. Les erreurs d'appréciation

82 Les individus commettent des *erreurs d'appréciation* des situations, comme l'évoque BORY « *dans la manière de rechercher les informations pertinentes (heuristique déficiente), dans la façon de les analyser, ainsi que dans l'évaluation des différents scénarios envisageables ont pu être démontrées* »<sup>74</sup>.

83 Il expose quelques exemples : la manière dont l'aversion aux risques fait que le comportement change selon la formulation d'une proposition (la formulation négative ou positive), la difficulté d'apprécier les effets à long terme, la surévaluation des bénéfices à court terme et la focalisation de l'attention sur les faits saillants en ignorant d'autres éléments importants<sup>75</sup>.

#### c. Le biais d'inertie et la tendance à procrastiner

84 Les personnes ont une tendance à suivre l'option qui demande les moins d'efforts. En effet, pour éviter de réfléchir, les consommateurs choisissent l'option par défaut dans les formulaires.

---

<sup>71</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 73-92 ; Voir aussi, BIENENSTOCK, pp. 14-83 ; ZAMIR/TEICHMAN.

<sup>72</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 79 ; LOACKER, pp. 15-147 ; ZAMIR/TEICHMAN.

<sup>73</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 79.

<sup>74</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 80 ; LOACKER, pp. 15-147 ; ZAMIR/TEICHMAN.

<sup>75</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 73-92 ; LOACKER, pp. 15-147 ; ZAMIR/TEICHMAN.

## 2. Les facteurs externes

BORY explique également qu'il y a certains *facteurs externes* qui altèrent la volonté, c'est-à-dire, qu'ils limitent la rationalité dans les décisions. 85

### a. L'inégalité des forces

Les déséquilibres contractuels font qu'il n'est pas économiquement rentable pour le consommateur de chercher l'information et d'acquérir les compétences requises car cela impliquerait du temps et des moyens économiques. 86

### b. Les pressions au moment de la prise de décision

Les consommateurs peuvent être manipulés par des professionnels, c'est-à-dire, des stratégies de marketing peuvent être utilisées pour inciter les individus à acheter des produits qui ne sont pas nécessairement les plus adaptés à leurs intérêts<sup>76</sup>. Comme l'évoque BORY :

*La volonté contractuelle peut être affectée par des pressions sociales, émotionnelles ou psychologiques mises en œuvre par le partenaire contractuel en vue de favoriser la conclusion d'un contrat<sup>77</sup>.*

### c. L'ignorance rationnelle

Il est tout à fait irréaliste de prétendre que les individus vont chercher toutes les informations importantes pour prendre leurs décisions. Au contraire, il est complètement compréhensible et raisonnable que les individus ne soient pas intéressés par la lecture des contrats<sup>78</sup>. Les auteurs appellent cela *l'ignorance rationnelle des consommateurs*. 88

BORY fait une description de la notion :

*Pour de nombreuses personnes, il n'est ni réaliste, ni même raisonnable de mettre en œuvre les recherches nécessaires pour obtenir les informations pertinentes et acquérir les connaissances requises afin d'être en mesure de prendre une décision rationnelle, les coûts de telles démarches au regard des bénéfices potentiels étant largement trop élevés. Il existe ainsi une forme d'ignorance rationnelle pour de nombreux acteurs : « ignorance » car ils n'obtiennent pas les informations ou les connaissances pertinentes et « rationnelle » car il serait disproportionné d'exiger qu'ils s'adjoignent les services d'un expert pour la conclusion de tous les contrats rencontrés au quotidien (contrat d'assurance, achat d'une maison, contrat de téléphonie mobile, contrats bancaires, voyages, etc.) où surgirait un doute (en admettant qu'ils soient conscients de leur déficit d'informations ou de compétences) ou encore qu'ils se forment personnellement aux fins de comprendre les enjeux que revêtent ces contrats, en raison du temps et des moyens financiers que cela impliquerait<sup>79</sup>.*

<sup>76</sup> BORY, *Les technologies de persuasion et l'asymétrie des forces de négociation*.

<sup>77</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 89.

<sup>78</sup> D'un point de vue économique, il serait inefficace que les consommateurs lisent la totalité des contrats, car ils y consacraient beaucoup de temps précieux, surtout si l'on tient compte du nombre de contrats qui sont conclus au quotidien.

<sup>79</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 90.

### 3. La synthèse

- 89 Les biais cognitifs et les facteurs externes au moment de la prise de décision sont précisément l'une des raisons de la nécessité des mesures de protection spéciale du consentement des consommateurs vulnérables<sup>80</sup>.
- 90 Dans la dernière partie de la thèse, nous analyserons si, compte tenu des biais cognitifs des consommateurs, l'information précontractuelle ne conduit pas au comportement attendu et rationnel des consommateurs. En d'autres termes nous analyserons en profondeur le grand débat sur la rationalité des consommateurs et la possible inefficacité du devoir d'information du professionnel<sup>81</sup>.

### III. La synthèse générale

- 91 Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur la conclusion suivante : l'information est essentielle pour une concurrence saine et pour le bon fonctionnement du marché. Il faut prévenir et corriger les défaillances liées à l'information, telles que l'incapacité des consommateurs à jouer leur rôle de souverain du marché, la sélection adverse, le risque moral, les biais cognitifs et la rationalité limitée des consommateurs.

---

<sup>80</sup> Dans l'introduction du livre collectif intitulé « *Control of Price Related Terms in Standard Form* », ATAMER/ PICHONNAZ font une description des facteurs (biais cognitifs des individus et les facteurs externes) ayant une influence dans la détermination des prix des produits et des mécanismes de contrôle de l'État établis dans quelques cas, pp 3-63.

<sup>81</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.

## Chapitre 3 : Le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats

Dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons le modèle traditionnel du droit des contrats (I), la remise en question de ce modèle causée par l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats (II) et l'aggravation du problème en raison de la combinaison de facteurs (III). 92

### I. Le modèle classique du droit des contrats

Sous l'influence du libéralisme du XIX<sup>e</sup> siècle, *la liberté contractuelle et l'égalité des armes* entre les parties étaient la source de la justice et de *l'équilibre contractuel*. Ainsi, ni les juges ni l'État ne devaient intervenir dans les relations contractuelles privées<sup>82</sup>. Les constatations les plus importantes du modèle sont : 93

#### A. La protection de la liberté contractuelle

Le système économique libéral repose sur *la liberté contractuelle*<sup>83</sup>. RISKE fait quelques réflexions sur cette base : 94

*La liberté contractuelle est la liberté de chacun de modeler sous sa propre responsabilité ses conditions de vie grâce aux contrats. Elle fait partie intégrante du droit fondamental de la liberté économique qui lui-même est un aspect de la liberté personnelle. La liberté contractuelle est donc une des manifestations principales de l'autonomie privée. En effet, la liberté contractuelle peut être définie comme le principe de la création de relations juridiques par chacun selon sa volonté. L'autonomie privée et la liberté contractuelle sont, en tant qu'éléments de l'autodétermination, des principes fondamentaux dans un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence*<sup>84</sup>.

Au moment de la conclusion des contrats, les parties bénéficient d'une série de libertés : la liberté de définir l'objet du contrat, la liberté de définir les modalités du contrat, la liberté de la forme, la liberté de modifier le contrat par l'accord des parties, la liberté de mettre fin au contrat par l'accord des parties, la liberté de choisir le cocontractant et la liberté de conclure ou non le contrat<sup>85</sup>. 95

Sur la base des deux dernières libertés, les parties n'ont en principe aucune obligation ni relation juridique avant l'acceptation formelle du contrat, raison pour laquelle il n'y a aucun 96

---

<sup>82</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 135-144 ; RISKE, pp. 192-214 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-63 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-2 ; MARCHAND, pp. 1-2.

<sup>83</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 135-144 ; RISKE, pp. 192-214 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-63 ; KUONEN, pp. 7-13 et pp. 427-466 ; GEISSBÜHLER, pp. 144-148 ; HUG pp. 1-50 et pp. 107-114.

<sup>84</sup> RISKE, p. 193.

<sup>85</sup> GEISSBÜHLER, pp. 144-148 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 30-63.

*devoir de coopérer et de penser aux intérêts de l'autre contractant, pendant les négociations.*

- 97 Comme TERCIER, PICHONNAZ, GEISSBÜHLER KUONEN, BORY, RISKE, HUG et KHOURY l'expriment, **la liberté contractuelle a été progressivement restreinte et des limites ont été imposées grâce à la création jurisprudentielle de devoirs de coopération fondés sur les principes de la bonne foi, de la confiance et de la transparence**, ainsi que l'établissement d'une obligation de réparer le dommage en cas de violation de ces devoirs précontractuels dans le cadre *d'une responsabilité précontractuelle*<sup>86</sup>.

## **B. Aucun devoir de coopération pour la formation adéquate du consentement de l'autre contractant**

- 98 Le modèle libéral repose aussi sur *l'autonomie de la volonté*, c'est pour cela que chaque partie doit agir avec diligence pour protéger ses intérêts<sup>87</sup>. Au moment de la conclusion des contrats, l'égalité des armes entre parties est présumée, ce qui impose aux parties l'obligation d'effectuer elles-mêmes les recherches nécessaires en vue de contracter. Il n'y a pas de *devoir de coopérer et de penser aux intérêts de l'autre contractant*<sup>88</sup>. RISKE l'explique ainsi :

*La personne qui entre en contact avec une autre en vue de conclure un contrat est présumée négocier dans un rapport d'égalité avec son partenaire. En ce sens, chaque partie doit veiller à sauvegarder elle-même ses intérêts pendant la phase précontractuelle et ne doit pas s'attendre à ce que son partenaire les prenne en considération à sa place. Les parties supportent donc le fardeau de devoir se renseigner et de requérir elles-mêmes, du cocontractant prospectif ou de tierces personnes, les informations qu'elles supposent pertinentes*<sup>89</sup>.

- 99 Si une partie conclut un contrat contrairement à ses intérêts ou agit sans diligence, elle doit assumer les conséquences de ses actes. Comme CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE l'affirment :

*Simultanément, le principe de l'autonomie de la volonté devient la base du système juridique. Tous les contractants sont réputés également lucides et raisonnables. Tous doivent veiller, en concluant le contrat, à leurs propres intérêts. Du moment qu'une personne a contracté, elle est tenue. « Qui dit contractuel dit juste ». Il ne paraissait donc pas nécessaire de protéger les contractants autrement que par quelques règles sanctionnant les tromperies caractérisées*<sup>90</sup>.

RISKE l'évoque aussi :

*Par principe, les parties sont libres de conclure des contrats dont les prestations réciproques sont économiquement déséquilibrées. Une économie libérale postule en effet que chacun est libre de faire de « bonnes affaires ». Dans certaines hypothèses précises toutefois, le droit limite la liberté de conclure des contrats déséquilibrés lorsqu'une des parties exploite par exemple la gêne, la faiblesse*

---

<sup>86</sup> KUONEN, pp. 5-207 ; RISKE pp. 187-340 ; CHAPPUIS, pp. 7-58 ; GEISSBÜHLER, pp. 144-148 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 135-144 ; HUG, pp. 106-114 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>87</sup> HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 113-214 et 295-411 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-63.

<sup>88</sup> GEISSBÜHLER, pp. 62-65 et pp. 144-148 ; RISKE, pp. 187-238 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 17-63.

<sup>89</sup> RISKE, p. 232.

<sup>90</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-2.

*ou l'inexpérience de l'autre pour se procurer des avantages alors considérés comme illégitimes. Le droit positif suisse notamment connaît la lésion («Über-vorteilung») qui permet à la personne lésée de conclure également à l'invalidité partielle et demander une correction du déséquilibre des prestations échangées. La sanction pour cette culpa in contrahendo intentionnelle n'est alors pas la réparation du préjudice, mais l'adaptation du contrat<sup>91</sup>.*

En résumé, **chacune des parties subit ses propres risques précontractuels**, c'est pourquoi en principe, les parties peuvent conclure des contrats dont les prestations sont économiquement déséquilibrées. De surcroît, celles-ci peuvent tirer profit des différences existantes résultant du pouvoir de négociation, comme c'est le cas des informations supplémentaires et de la position dominante. 100

### C. L'analyse formelle du consentement des contractants

Dans l'approche classique du droit des contrats, *le consentement* des parties est, en théorie, fondamental pour la formation des contrats, c'est-à-dire, la naissance des obligations réciproques<sup>92</sup> car le caractère contraignant du contrat repose sur la volonté réciproque, véritable et concordante entre les parties<sup>93</sup>. Comme GEISSBÜHLER l'explique : 101

*Un contrat suppose des manifestations de volonté réciproques et concordantes entre les différentes personnes impliquées. Il s'agit donc d'un acte juridique bilatéral voire multilatéral si plus de deux personnes sont impliquées, par exemple dans un contrat de société simple (art. 530 CO).*

*L'offre et l'acceptation qui donnent naissance au contrat sont toutes deux des manifestations de volonté unilatérales. C'est leur échange qui donne naissance au contrat, qui résulte de l'accord de ces deux manifestations de volonté – il s'agit donc d'un acte juridique bilatéral car les deux actes juridiques unilatéraux deviennent alors indissociables. Ce raisonnement vaut mutatis mutandis pour les actes multilatéraux<sup>94</sup>.*

Pendant, **le droit des contrats classique se concentre en réalité sur la force du contrat et moins sur la protection réelle du consentement du contractant**<sup>95</sup>. JULIEN l'évoque : 102

*Dans le Code civil, l'essentiel réside, moins dans la protection du contractant que dans celle du contrat. La finalité réside indiscutablement dans la force obligatoire du contrat. C'est l'article 1103 qui est le centre de gravité du code, et non pas l'article 1128. Du reste, la protection du consentement notamment par la théorie des vices est finalement assez peu développée. Ce qui importe, c'est de s'assurer que le contrat est bien conclu, valablement conclu, mais uniquement dans le but d'assurer ensuite son effectivité, son application, son exécution. Cela se traduisait, avant la réforme de 2016, par exemple, par la très grande difficulté (incapacité ?) de la jurisprudence à admettre la théorie de l'imprévision : pacta sunt servanda avant toute autre chose<sup>96</sup>.*

Sachant que le modèle présume la rationalité et l'égalité des armes des parties, **le contrôle judiciaire n'est exercé que dans des situations extrêmes (les vices du consentement)**, 103

<sup>91</sup> RISKE, p. 198. Voir aussi : pp. 188-238.

<sup>92</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 145-169 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-65 ; GEISSBÜHLER, p. 44.

<sup>93</sup> HUG, pp. 20-50.

<sup>94</sup> GEISSBÜHLER, p. 44.

<sup>95</sup> JULIEN, pp. 32-34.

<sup>96</sup> JULIEN, pp. 32-33.

dans lesquelles l'une des parties a agi de mauvaise foi ou lorsqu'il y a un problème de capacité juridique, notamment<sup>97</sup> :

- *Cas d'incapacité* : le droit présume que toutes les parties ont les mêmes capacités cognitives et peuvent donc exercer leurs droits civils. C'est pourquoi seulement dans des cas extraordinaires, les contrats peuvent être invalidés (en raison de l'incapacité due à l'âge, des mesures de protection de l'adulte en cas de curatelle)<sup>98</sup>.
- *Cas de dol* : en cas de volonté d'une partie de tromper son cocontractant au moyen de manœuvres frauduleuses<sup>99</sup>. GEISSBÜHLER en fait une description :

*Le dol est une forme qualifiée d'erreur. Dans ce cas, la mauvaise représentation de l'errans est due à son cocontractant. Le comportement dolosif peut être actif ou passif. Le cocontractant peut donc avoir activement communiqué des informations fausses, ou n'avoir pas informé l'autre partie de certains faits que la bonne foi lui commandait de révéler (art. 28 CO)<sup>100</sup>.*

- *Cas d'erreur* : seule une erreur essentielle permet d'invalider le contrat à des conditions strictes. Par exemple, la confusion dans le type de contrat, l'erreur dans l'identité de l'autre partie, l'erreur dans l'objet, l'erreur dans la prestation<sup>101</sup>.
- *Cas de lésion* : C'est l'hypothèse de l'exploitation de manière malhonnête d'une faille ou de l'inexpérience de l'autre partie<sup>102</sup>.
- *Cas de violence (ou de crainte fondée)* : l'une des parties a été forcée à conclure le contrat en raison d'une menace ou de violences exercées par l'autre partie<sup>103</sup>.

<sup>104</sup> En théorie, le consentement doit avoir trois attributs de base : il doit être libre, éclairé et réfléchi. Cependant **la protection matérielle du consentement est très faible**. Il n'y a pas d'analyse approfondie par les juges quant à l'accomplissement réel des attributs du consentement<sup>104</sup>.

## D. L'obligation générale d'information en droit civil et son application limitée

<sup>105</sup> Dans le droit classique des contrats, les deux parties ont uniquement l'obligation de se transmettre les éléments essentiels du contrat et de s'abstenir de tromper l'autre partie afin d'éviter les vices du consentement<sup>105</sup>. Cette obligation bilatérale d'information sur les éléments essentiels du contrat a cependant une portée très réduite<sup>106</sup> car, pour constater une

---

<sup>97</sup> KUONEN, pp. 162-164 et pp. 448-453 ; GEISSBÜHLER, pp. 62-65 et pp. 180-190 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 193-211 ; HUG, pp. 48-50 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 885-1205.

<sup>98</sup> GEISSBÜHLER, pp. 62-65 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 90-100.

<sup>99</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 204-206 ; GEISSBÜHLER, pp. 180-199 ; KUONEN, pp. 162-164 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 1021-1059.

<sup>100</sup> GEISSBÜHLER, p. 192.

<sup>101</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 150 et pp. 196-204 ; GEISSBÜHLER, pp. 180-199 ; KUONEN, pp. 162-164 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 941-1021.

<sup>102</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 208-211 ; GEISSBÜHLER, pp. 180-199 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 1129-1205.

<sup>103</sup> GEISSBÜHLER, pp. 180-199 ; KUONEN, pp. 162-164 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 206-207 ; KUONEN, pp. 162-164 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 1061-1095.

<sup>104</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 54-70 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 44-48.

<sup>105</sup> JULIEN, pp. 115-116 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 54-70 ; HUG, p. 306.

<sup>106</sup> CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 68-73 ; RISKE, pp. 187-238 ; KUONEN, pp. 587-594 et pp. 448-453 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 62-67 ; HUG, pp. 303-348.

violation, le juge procède à une analyse complexe cas par cas sur la base de différentes conditions et de l'interprétation du principe de la bonne foi contractuelle. HUG énonce les éléments qui sont pris en compte tant en Europe qu'en Suisse pour déterminer une violation :

*La doctrine européenne rappelle que les éléments suivants sont à observer au stade de l'examen de l'existence d'un devoir d'information général à charge de l'une des parties : (i) son expertise ou ses compétences particulières, (ii) le coût d'acquisition de l'information pertinente, (iii) la facilité d'acquisition de l'information par d'autres moyens pour l'autre partie, (iv) la nature des informations, (v) l'importance prévisible des informations pour l'autre partie et, (vi) la bonne pratique commerciale dans la situation concernée.*

*En Suisse, la doctrine rappelle que le devoir d'information précontractuel général du professionnel à l'égard du consommateur exige la réunion de quatre conditions cumulatives. Le devoir d'information précontractuel général suppose premièrement que le professionnel détienne ou doive détenir l'information en question (1). Deuxièmement, l'information doit être inconnue du consommateur et il n'est pas censé la connaître, ce que le professionnel doit pouvoir identifier (caractère reconnaissable de l'ignorance, [2]). Troisièmement, le professionnel sait ou doit savoir que l'information est importante pour le consommateur (caractère reconnaissable de l'importance de l'information, [3]). Quatrièmement, le professionnel ne peut faire valoir un intérêt supérieur à celui du consommateur qui l'autoriserait à conserver le secret sur l'information en cause (4). On peut intégrer dans la réflexion des éléments généraux, identifiés en droit européen et qui sont susceptibles de fonder un devoir d'information général à charge de l'une des parties<sup>107</sup>.*

Dans de nombreux pays, il n'y a pas de *devoir général d'information* dans le Code des obligations, mais ce devoir est le produit d'une construction jurisprudentielle à partir du principe de la bonne foi contractuelle et d'autres principes généraux<sup>108</sup>. À cet égard, CHA-  
106 PUIS donne l'exemple de la Suisse :

*Le droit suisse ne connaît pas de devoir général d'information entre les parties à un contrat. En cas de litige, le juge doit examiner, selon les circonstances du cas d'espèce, si l'une des parties est tenue à un devoir d'information envers son partenaire. Il tient compte de la nature du contrat et du niveau de connaissances des cocontractants<sup>109</sup>.*

Dans le même sens, VIGNERON évoque :

*Même en l'absence de tout devoir général de renseigner son partenaire contractuel en droit suisse, de le détromper ou de transmettre une information qu'il ignore, l'article 2 CC impose néanmoins aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi dès qu'elles entrent en pourparlers. Chaque partie doit ainsi faire tout ce que l'on est en droit d'attendre d'un partenaire loyal et éviter dans la mesure du possible tout ce qui pourrait causer un préjudice à l'autre. La jurisprudence a déduit de ce principe général un certain nombre d'obligations spécifiques, parmi lesquelles figure le devoir de renseigner. Le but recherché est ainsi d'informer l'autre partie, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions. Ce devoir ne s'étend cependant pas à tous les éléments essentiels du contrat<sup>110</sup>.*

<sup>107</sup> HUG, p. 313.

<sup>108</sup> RISKE, pp. 232-249, et voir aussi pp. 267-441 ; HUG, pp. 303-348.

<sup>109</sup> CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, p. 68.

<sup>110</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 311.



107 En résumé, dans le droit classique des contrats, la portée du devoir d'information était extrêmement limitée.

## II. La remise en question du modèle classique à cause des déséquilibres contractuels

108 Comme l'expliquent MARTENET, HEINEMANN, CAMPOS, RENZO, PEREIRA, BORY et HUG, **la liberté absolue peut entraîner des abus de la part des plus forts**, c'est pour cela que dans le but de protéger la cette liberté, il est nécessaire de fixer des limites et d'introduire des mesures de protection en faveur de la partie vulnérable des relations contractuelles et du marché économique en général<sup>111</sup>. Selon les termes de MARTENET/ HEINEMANN :

*Envisagée de manière absolue, la liberté porte en elle le germe de son autodestruction. En l'absence de toute limite, l'usage par le puissant de la liberté dont il jouit risque, en effet, de conduire - conduit nécessairement selon certains à l'asservissement du plus faible. C'est ce paradoxe de la liberté qui rend nécessaire l'intervention de l'État. Ce libéralisme tempéré n'oppose pas l'Etat et la liberté, mais reconnaît à celui-là la fonction de garantir activement celle-ci : «[...] nous exigeons que l'Etat limite la liberté dans une certaine mesure, de telle sorte que la liberté de chacun soit protégée par la loi. [...] Nous devons construire des institutions sociales, imposées par l'Etat, pour protéger les économiquement faibles des économiquement forts » Toute autre forme de libéralisme n'est au demeurant pas viable<sup>112</sup>.*

Dans le même sens HUG affirme que **les normes protectrices du droit de la consommation concrétisent la liberté contractuelle chez des consommateurs**. Selon ses mots :

*Les normes protectrices du droit de la consommation constituent dès lors souvent des mesures concrétisant la liberté contractuelle dans le chef du consommateur, non comme la limitant. En d'autres termes, elles adaptent « sa » liberté aux réalités économiques modernes en tentant d'éviter des abus. Le but est de garantir ou de rétablir l'équité entre les parties, par une conception matérielle de la justice contractuelle. Nous l'avons déjà dit, le but est généralement de corriger le déséquilibre informationnel et structurel de la relation de consommation, par l'adoption de correctifs en faveur de la partie faible<sup>113</sup>.*

109 En raison des profonds changements dans la société (l'avènement de la société de consommation, industrialisée, urbaine, salariale et digitale), **le droit a reconnu qu'il y a des cas de déséquilibre contractuel au moment de la conclusion des contrats de consommation**, engendrant de grands risques d'abus des professionnels<sup>114</sup>. BORY l'exprime :

*L'avènement de la société de consommation, industrialisée, urbaine, salariale et digitale a entraîné une augmentation des situations d'inégalité des armes et fait perdre au dogme de l'équilibre contractuel - qui dit contractuel, dit juste une partie importante de sa pertinence. Les prémisses selon lesquelles les contrats seraient négociés par des personnes dont les connaissances, la position sur le*

---

<sup>111</sup> CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; MARTENET/ HEINEMANN, p. 1 ; HUG, p. 113 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 65-189.

<sup>112</sup> MARTENET/ HEINEMANN, p. 1.

<sup>113</sup> HUG, p. 113.

<sup>114</sup> RAYMOND, p. XIII et pp. 1-36 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINC, pp. 1-57 ; KUONEN, pp. 448-450 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-160 ; HUG, pp. 1-85 ; ROPPO, pp. 177-223 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-34 ; CESLA/ MIX & REMIX/ KUCHOOL/ PETER, p. 150 ; MARCHAND, pp. 139-156 ; ALPA, pp. 5-26 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

*marché et la capacité à défendre leurs intérêts sont équivalentes relèvent désormais, dans une large mesure, de l'illusion*<sup>115</sup>.

En réalité, il n'y a pas d'égalité des armes entre les parties comme le supposait l'approche classique des contrats au cours du libéralisme du XIX<sup>e</sup> siècle. Au contraire, les consommateurs sont manifestement vulnérables et ne peuvent pas défendre adéquatement leurs intérêts<sup>116</sup>. TERCIER et PICHONNAZ l'expriment :

*Il est toutefois un domaine dans lequel le législateur, largement influencé par les développements du droit européen, a introduit des règles spéciales dérogeant au droit commun : c'est celui de la protection de la partie dite faible. La formule englobe les personnes qui, en raison du déséquilibre structurel dans la négociation, du rapport de force ou de situations spécifiques ne peuvent pas négocier ou ne peuvent pas influencer le contenu de certains contrats dans des conditions acceptables*<sup>117</sup>.

Dans le même sens, RAYMOND affirme :

*La formation des contrats de consommation ne se distingue pas de celle des autres contrats. Elle repose sur un échange de volontés, celle du consommateur, celle du professionnel. Cette volonté de l'une et l'autre partie doit non seulement exister, mais aussi être exempte de vices, au sens des articles 1130 et suivants du Code civil. Or, si la volonté du professionnel est rarement entachée d'un vice ou d'une inexistence, il est beaucoup plus fréquent que la volonté exprimée du consommateur ne corresponde pas à sa volonté interne. Le consommateur ne consent pas toujours au sens où l'entendaient les rédacteurs du Code civil ; très souvent, il est obligé de se plier aux volontés du professionnel, soit parce qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion (contrat relatif à un service indispensable comme le téléphone, le gaz ou l'électricité, contrat de transport), soit parce que le professionnel fait signer un contrat standardisé au consommateur qui se trouve ainsi obligé d'accepter des conditions générales d'un contrat qu'il n'a pas pu discuter*<sup>118</sup>.

Les déséquilibres contractuels principaux sont : le déséquilibre lié aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation) d'une part et le déséquilibre lié à l'asymétrie de l'information entre contractants d'autre part<sup>119</sup>. HUG l'évoque :

*On identifie un déficit informationnel et un déficit structurel :*

*Le déficit informationnel (asymétrie de l'information) résulte de la spécialisation des tâches et des connaissances spécifiques du professionnel par rapport au consommateur. Il doit être mis en lien avec les concepts économiques d'asymétrie de l'information (« Informationsasymmetrie »), d'ignorance rationnelle (« rationale Unwissenheit ») et de rationalité limitée (« eingeschränkte Rationalität »)*

*Le déficit structurel (asymétrie du pouvoir de négociation) résulte de la position économique et juridique inégale des parties à la relation de consommation. Le*

<sup>115</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 1.

<sup>116</sup> RAYMOND, pp. XIII-XIV et pp. 1-36 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-57 ; KUONEN, pp. 448-450 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 65-160 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>117</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 174.

<sup>118</sup> RAYMOND, p. 357.

<sup>119</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 103-160 ; CESLA/ MIX & REMIX/ KUCHOOL/ PETER, pp. 150 ; MARCHAND, pp. 139-156 ; HUG, pp. 57-85 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24 ; KHOURY, pp. 17-30.

*besoin accru de protection s'explique par le rôle (la fonction) économique des parties. L'approche traduit la prémisse selon laquelle le consommateur est la partie faible à la relation et se trouve, partant, dans une position d'infériorité par rapport au professionnel*<sup>120</sup>.

112 **Chaque déséquilibre contractuel a ses propres remèdes qui ont un caractère exclusif et ne résolvent pas les autres déséquilibres.** De même, dans une relation contractuelle, il peut y avoir plusieurs déséquilibres contractuels à la fois et il est nécessaire d'appliquer différents remèdes simultanés<sup>121</sup>.

113 Cette thèse s'intéresse uniquement au déséquilibre lié à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats de consommation, sans aborder les autres déséquilibres contractuels car nous pensons qu'il est pertinent de se concentrer sur un problème à la fois.

114 Dans le cas des rapports de consommation, il peut se présenter un déséquilibre contractuel lié à l'asymétrie de l'information, ce qui remet en question les postulats du droit classique des contrats sur l'égalité des armes entre les contractants. Les parties du contrat de consommation se caractérisent généralement par :

- D'une part, les professionnels qui ont les connaissances et l'expertise, ont conclu massivement des contrats similaires et sont mieux placés pour acquérir ou rechercher des informations, ont rédigé les contrats et ont préparé les négociations<sup>122</sup>.
- D'autre part, les consommateurs qui n'ont généralement ni la connaissance ni l'expertise en matière de contrats ; ne concluent pas massivement des contrats similaires ; ne réalisent pas d'études de marché et de comparaison de produits avant la conclusion<sup>123</sup>; agissent parfois de manière impulsive, émotionnelle et irrationnelle ; ont une rationalité limitée influencée par les biais cognitifs ; sont vulnérables à la pression psychologique, sont facilement manipulables et signent les contrats sans les lire<sup>124</sup>.

115 Les instruments classiques du droit des contrats sont insuffisants pour protéger les consommateurs. De ce fait, **il est nécessaire de créer un cadre spécial de protection de la partie faible et son consentement**<sup>125 126</sup>. FORNAGE l'explique ainsi :

*L'industrialisation qui a débuté avant la Première Guerre mondiale a modifié les échanges entre individus. Les contrats négociés par des personnes dont les connaissances et la position sur le marché sont équivalentes sont devenus rares. Dans ce contexte, la liberté contractuelle n'est plus garantie. En conséquence, les parties se trouvent souvent dans une situation d'inégalité au contrat et le marché est défaillant. Dans de telles circonstances, les instruments classiques du droit des contrats montrent leurs limites, notamment s'agissant des accords conclus entre le consommateur et le professionnel*<sup>127</sup>.

---

<sup>120</sup> HUG, p. 74.

<sup>121</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 70-87.

<sup>122</sup> HEINEMANN, pp. 45-60 ; RAYMOND, pp. 39-44 et pp. 343-347 ; JULIEN, pp. 43-57.

<sup>123</sup> Les consommateurs n'ont pas les connaissances, l'intérêt (la motivation) et les moyens économiques pour se procurer l'information.

<sup>124</sup> RAYMOND, pp. 37-49 et pp. 343-354 ; JULIEN, pp. 43-56 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>125</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 64-73 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-3 et aussi pp. 61-77 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-35 et aussi pp. 310-330 ; AYNÉS, pp. 14-16 ; HUG, pp. 57-85.

<sup>126</sup> GWENHAËL, suivant une approche classique, propose de continuer avec une analyse objective du consentement, sans appliquer une théorie du déséquilibre contractuel qui entraîne, à son avis, beaucoup de problèmes d'interprétation, pp. 15-34.

<sup>127</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, p. 58 ; CHINCHILLA, pp. 327-350.

En ce sens, et selon les mots de BORY :

*Un droit commun des contrats en décalage avec la réalité. Le modèle de contrat projeté par le législateur du Code des obligations de 1911 envisage la rencontre des volontés de sujets égaux et rationnels négociant de bonne foi les termes d'un accord mutuellement bénéfique. Aujourd'hui, la réalité des échanges diffère toutefois fréquemment de cette conception : le droit commun des contrats ne reflète plus qu'une partie des contrats conclus. En effet, l'avènement d'une société de consommation a vu un développement massif de contrats opposant des parties aux forces inégales. Dans un tel contexte, l'image des contractants à la base du droit commun a perdu de sa pertinence et les limites fixées à la liberté contractuelle doivent être revues en conséquence. Les sciences comportementales ont en effet permis de démontrer que la formation de la volonté est influencée par des biais cognitifs et sujette à l'emprise du contractant en position de supériorité. Au-delà des interventions protectrices existantes çà et là, le cadre légal doit être actualisé pour s'adapter aux échanges contemporains et mieux servir les objectifs du contrat, en particulier la justice, l'autonomie et l'utilité sociale<sup>128</sup>.*

**La volonté politique et juridique spéciale de protéger les intérêts des consommateurs face aux déséquilibres contractuels durant les dernières années est à l'origine du droit de la consommation.** Comme l'explique RAYMOND, les juristes de « *la fin du XX<sup>e</sup> siècle et du début du XXI<sup>e</sup> siècle assistent à la naissance et au développement du droit de la consommation* »<sup>129</sup>. 116

S'il est vrai que la protection de la partie faible est très ancienne (depuis le Code d'Hammurabi il existe des dispositions protectrices de la partie vulnérable), l'entité du droit de la consommation est un concept nouveau. Le consumérisme (ou droit de la consommation) est né aux États-Unis après la Deuxième Guerre mondiale, comme une volonté renforcée de protection du consommateur contre les abus des professionnels<sup>130</sup>. 117

LAMBERT et LEVENEUR le décrivent :

*Le consumérisme est né aux États-Unis après la Deuxième Guerre mondiale afin de protéger les intérêts des consommateurs dispersés et mal informés face à la puissance de professionnels organisés, influents et qualifiés<sup>131</sup>.*

*Le droit de la consommation a pour but de rééquilibrer les rapports avec les professionnels à travers l'incorporation de normes protectrices des consommateurs et de la limitation de la liberté contractuelle par l'État<sup>132</sup>.* Comme l'expliquent CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE le droit de la consommation est fondé sur une triple constatation : 118

*L'existence du droit de la consommation se fonde, selon les idées de l'École de Montpellier de droit de la consommation, sur une triple constatation : a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels ; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort ; c) le droit civil classique est, désormais, impuissant, à lui seul, à assurer la protection des consommateurs<sup>133</sup>.*

<sup>128</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 5-6.

<sup>129</sup> RAYMOND, pp. XIII-XIV, voir aussi pp. 1-36.

<sup>130</sup> RAYMOND, pp. 1-36 ; HUG, pp. 1-20 et pp. 89-100 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>131</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 111.

<sup>132</sup> MORIN, pp. 17-24 ; HUG, pp. 57-85 ; RAYMOND, p. XIII et pp. 1-36 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 1-98 ; JULIEN, pp. 17-56 ; TRUCHET, pp. 7-78.

<sup>133</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, p. 22.

119 De plus, JULIEN explique la différence entre le but du droit de la consommation et le but du droit civil en soulignant la fonction du premier dans la correction des déséquilibres contractuels :

*Le but du droit de la consommation n'est pas en effet de s'intéresser à la validité du contrat, et encore moins à sa stricte application. C'est même tout le contraire : il vise à corriger les déséquilibres qui existent à l'intérieur du contrat, lequel demeure valide. Le postulat est finalement assez simple : la relation professionnel/ consommateur est par nature déséquilibrée. Ce déséquilibre risque donc de se retrouver dans le contrat. Par conséquent, il s'agira, tout en maintenant le contrat, de le rééquilibrer, au besoin grâce à la contrainte juridique. C'est d'ailleurs là la raison de son efficacité. Si les contrats ne respectant pas les prescriptions du Code étaient seulement annulés, le préjudice pour le professionnel ne serait sans doute pas si grand : un consommateur de perdu, dix de retrouvés... En revanche si le contrat demeure, mais purgé de ses déséquilibres, alors les choses sont évidemment toutes différentes<sup>134</sup>.*

120 Ce droit a créé un cadre de protection spéciale pour les consommateurs dans lequel on peut repérer des mesures comme :

- L'augmentation des cas d'invalidation des contrats pour cause de vices de consentement, surtout dans les rapports de consommation.
- La création d'un cadre de protection (*devoirs précontractuels* et autres mesures) basé sur *les principes de la bonne foi, de la confiance et de la transparence*.
- La création d'un droit général à l'information.
- L'aggravation de *la responsabilité précontractuelle* pour la violation des devoirs précontractuels<sup>135 136</sup>.

121 Par ailleurs, il est important de souligner le fait que les études des déséquilibres contractuels peuvent se concentrer seulement sur la protection des groupes spécifiques, comme c'est le cas du droit de la consommation dont le but est la protection des consommateurs.

122 Cependant, **plusieurs juristes estiment qu'il n'est pas pertinent de se concentrer sur une catégorie particulière d'individus**. À titre d'exemples :

- ROPPO affirme que le droit de la consommation connaît un déclin. Il propose également de se concentrer sur la construction d'une nouvelle catégorie générale pour *les contrats asymétriques*, sans se limiter à protéger un groupe de personnes (les consommateurs) défini de façon très étroite et restrictive<sup>137</sup>.
- BORY, dans sa recherche doctorale, a abordé de manière générale les déséquilibres contractuels, sans mettre l'accent sur des *catégories de personnes considérées de manière stéréotypique comme vulnérables*<sup>138</sup>.
- Selon MOORE, après la prolifération de règles d'origine consumériste, il voit l'émergence dans le droit commun de la catégorie de *contrat d'adhésion*, catégorie parallèle et plus étendue de protection du contractant vulnérable<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> JULIEN, p. 33.

<sup>135</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 295-423 ; STIGLITZ, pp. 43-54 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 97-120 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 107-580 ; RISKE, pp. 187-578 ; HUG, pp. 57-85.

<sup>136</sup> L'exemple le plus illustratif lié à notre sujet de recherche est celui de *la jurisprudence qui, dans quelques pays, a transformé le devoir d'information en un devoir de conseil du professionnel*. Voir : JULIEN, pp. 113-128 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-140 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61-77 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 48-65 ; ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 141-153 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 39-41.

<sup>137</sup> ROPPO, pp. 177-223.

<sup>138</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 251-256.

<sup>139</sup> MOORE, pp. 5-25.

- NEME et CHINCHILLA exposent que, dans la plupart des contrats, le consentement n'existe pas. C'est pourquoi la volonté des parties ne doit pas être le fondement du contrat, au contraire il faut se concentrer sur *la protection de l'équilibre contractuel* (« *synallagma* »). De plus, le droit des contrats moderne ne doit pas partir d'une notion restrictive de consommateur, mais il doit recourir à une catégorie générique qui rassemble toutes les relations asymétriques<sup>140</sup>.

Notre recherche se concentre sur l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats dans les rapports de consommation car nous estimons qu'il est pertinent de se concentrer d'abord sur une catégorie spécifique qui servira de base à une future recherche plus globale. 123

Nous excluons de notre recherche d'une part, les individus les plus vulnérables (réfugiés, analphabètes, personnes en extrême pauvreté)<sup>141</sup> qui ont malheureusement besoin d'autres mesures spéciales pour protéger leurs droits et d'autre part, les relations entre professionnels et experts, étant donné que le droit considère que les derniers n'ont pas besoin de protection. En d'autres termes, notre recherche se concentre sur les rapports de consommation qui couvrent un groupe important de la population<sup>142</sup>. 124

### III. L'aggravation du problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation

Aujourd'hui, il y a **une juxtaposition de changements qui ont aggravé le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats** et qui engendrent la nécessité d'adaptation du cadre légal tant pour le droit classique des contrats que pour le droit récent de la consommation. 125

Dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons les facteurs qui aggravent le problème de l'asymétrie de l'information. 126

- L'augmentation de la fragmentation des connaissances (A)
- La nécessité de prendre des décisions importantes (B)
- La complexité des contrats (C)
- Le fait que les contrats ne sont pas lus (D)
- La difficulté de la simplification de l'information (E)
- Les changements substantiels dans la négociation et la conclusion des contrats (F)
- Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique) (G)
- Le commerce électronique (H)

#### A. L'augmentation de la fragmentation des connaissances

Comme LAMBERT et LEVENEUR l'ont expliqué, nous vivons dans *une société scientifique et technique* où les personnes ont des connaissances fragmentées et spécifiques. En effet, grâce à internet et à la mondialisation, les personnes ont accès à l'information et à la connaissance, mais elles sont confrontées à une quantité considérable d'informations. Actuellement, les gens deviennent des experts dans des domaines spécifiques. Toutefois, ils sont totalement inexpérimentés et vulnérables dans d'autres disciplines. Même un juriste peut être expert dans une branche du droit et être profane dans les autres. Paradoxalement, nous 127

<sup>140</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-34 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125.

<sup>141</sup> Dans le droit latino-américain, la doctrine commence à créer une nouvelle catégorie de consommateurs appelés consommateurs « *hyper-vulnérables* », concernant les personnes étant plus vulnérables que les consommateurs moyens. VILLALBA, « *Los consumidores hipervulnerables* ».

<sup>142</sup> VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

avons donc de moins en moins des connaissances globales<sup>143</sup>. LAMBERT et LEVENEUR l'expliquent en parlant de la nécessité du devoir d'information de l'assureur :

*Les obligations d'information et de conseil ne sont pas propres à l'assurance : elles sont devenues la contrepartie d'une société scientifique et technique où les connaissances sont fragmentées et où les compétences spécifiques sont l'apanage des seuls spécialistes. L'« honnête homme » des XVII et XVIII siècles pouvait maîtriser un savoir global dans tous les domaines de la connaissance comme les encyclopédistes l'ont brillamment démontré. Aujourd'hui ce n'est plus possible et le scientifique lui-même est enfermé dans le domaine clos de sa spécialité. Dès lors l'individu le plus cultivé est un béotien dans les disciplines qui lui sont étrangères<sup>144</sup>. Guerre mondiale :*

*Apparition du droit (civil) de la consommation en France. La période de l'après-guerre, et particulièrement à partir de la fin des années 1950, voit se développer en France des circuits de distribution, d'abord modestes puis progressivement de plus en plus importants, au point qu'aujourd'hui la majeure partie des produits manufacturés est diffusée au moyen de ces réseaux, dont les formes juridiques sont nombreuses et variées (concession, franchisage, distribution sélective, etc.). L'économie commence à se complexifier, à se développer à un rythme élevé ; les produits et services sont de plus en plus nombreux, et eux-mêmes élaborés. Bref, suivant apparemment une loi de complexité croissante, les circuits de distribution deviennent sophistiqués, et mettent en jeu des intervenants toujours plus nombreux. Il suffit de prendre le simple exemple de la distribution d'un produit fabriqué à l'étranger, et vendu au sein d'une grande surface, ce qui n'est certes pas la situation la plus rare. Pour la vente d'un téléviseur, va intervenir le fabricant, bien entendu, l'importateur, le distributeur, le revendeur, le détaillant... Et finalement l'acheteur final. Ce dernier est vraiment... le dernier maillon d'une chaîne qui peut être extrêmement longue. Si le poids économique des acteurs va décroissant, le consommateur est alors assurément le plus faible de toutes les parties à cette chaîne de distribution. D'où la nécessité de le protéger, au-delà de ce que permet le Code civil<sup>145</sup>.*

- 128 En résumé, les entreprises créent de nouvelles opportunités d'investissement pour les consommateurs. Cependant ces contrats ont des éléments techniques qui sont difficiles à comprendre pour le grand public.

## **B. La nécessité de prendre des décisions importantes**

- 129 Les consommateurs doivent prendre des *décisions importantes* qui entraînent des conséquences financières à long terme, comme c'est le cas du choix des assurances privées, de la caisse maladie, du plan de santé, des produits de prévoyance, de la planification financière, etc<sup>146</sup>.
- 130 De plus, *les crises financières et économiques* de ces dernières années ont été extrêmement dommageables pour quelques secteurs et ont entraîné de lourdes pertes pour les investisseurs. Cela a provoqué un malaise dans la population qui a le sentiment de ne pas avoir été

---

<sup>143</sup> VILLALBA, « *El deber de información en el derecho del consumo* », pp. 97-119 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-140 ; HUG, p. 74 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

<sup>144</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129.

<sup>145</sup> JULIEN, p. 21.

<sup>146</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 14-32 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-63 ; STRAETMANS, p. 4 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 7-35.

suffisamment informée des risques et de la volatilité des investissements (perte de confiance)<sup>147</sup>.

Comme l'a dit RAYMOND, les consommateurs ont besoin d'être bien informés pour conclure des contrats, surtout lors de décisions importantes<sup>148</sup>. C'est pourquoi les professionnels sont non seulement tenus de s'abstenir d'agir de manière trompeuse, mais ils ont également l'obligation d'informer le consommateur. RAYMOND l'explique très clairement dans le passage suivant :

*Pratiquement, avant d'acheter ou de signer un contrat de prestation de services, le consommateur a besoin, comme tout contractant, de connaître les caractéristiques essentielles du produit ou du service qu'il cherche à se procurer ; non seulement il ne doit pas subir de dol actif ou par réticence, mais, au-delà de cette obligation négative, il doit positivement savoir les qualités et les défauts de ce qu'il convoite. Il doit aussi s'intéresser au prix et plus particulièrement procéder à des comparaisons de prix entre les différents fournisseurs. Cette information, il la reçoit à travers les différents messages publicitaires, mais de manière limitée et partielle, et il se la donne lui-même en ayant une démarche comparatiste. Mais tous les consommateurs n'ont pas ce souci d'une information approfondie et beaucoup se décident sur un coup de cœur », à partir de la séduction exercée par le produit ou le service ou plus souvent influencés par le savoir-faire du professionnel<sup>149</sup>.*

Le manque d'information transparente et objective entraîne le risque que les consommateurs fassent des affaires qui ne leur conviennent pas ou qu'ils soient facilement manipulables par les professionnels. Compte tenu de l'importance des décisions et des incidences financières à long terme, la vulnérabilité accrue des consommateurs est extrêmement problématique et il faut donc chercher des remèdes.

## C. La complexité des contrats

Les contrats sont de plus en plus complexes en raison de différents phénomènes, tels que : l'émergence d'un plus grand nombre de contrats innomés (1), les contrats connexes ou réseaux de contrats ou contrats liés ou ventes croisées (2), et le problème d'incompréhension des contrats complexes (3).

### 1. L'émergence d'un plus grand nombre de contrats innomés

Parallèlement aux contrats traditionnels nommés (le bail, la vente, le travail, l'entreprise, le mandat), il y a de nouveaux types de contrats (*contrats innomés*) qui ont fait leur apparition dans le domaine juridique. Ces contrats présentent un mélange d'obligations, de garanties et de devoirs. Les contrats peuvent même être des *actes juridiques multilatéraux*, dans lesquels il y a la participation de plus de deux personnes. C'est pourquoi il est difficile de déterminer le droit applicable à ces contrats et leur nature<sup>150 151</sup>. GEISSBÜHLER l'évoque :

*Certains contrats n'appartiennent pas à ces catégories prédéfinies, on les appelle alors contrats « innommés ». Ceux-ci peuvent résulter d'une combinaison*

<sup>147</sup> STRAETMANS, pp. 4-7 ; SOLA, pp. 67-71 ; PAILLER, pp. 71-80 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

<sup>148</sup> Le droit européen de la consommation a créé la notion de consommateur informé. Voir : TRUCHET, pp. 7-78.

<sup>149</sup> RAYMOND, p. 343.

<sup>150</sup> GEISSBÜHLER, pp. 82-87 ; TERCIER/PICHONNAZ, pp. 70-71 ; WERRO, pp. 19-34.

<sup>151</sup> GOMEZ analyse la protection de l'investisseur dans les produits structurés en Suisse après la crise bancaire, en démontrant la complexité de ceux-ci.



*d'éléments appartenant à d'autres contrats (ils sont alors dits « mixtes »), ou prévoir une prestation qui n'a pas été envisagée par le Code (ils sont alors dits « sui generis », soit littéralement qui appartiennent à leur propre genre)<sup>152</sup>.*

135 L'analyse des contrats innommés est un sujet ancien dans le droit des contrats, mais le rythme de création de nouveaux types de contrats innommés s'est considérablement accéléré, ce qui fait que les consommateurs sont confrontés à de nouveaux contrats complexes<sup>153</sup>.

## 2. Les contrats connexes ou réseaux de contrats ou contrats liés ou ventes croisées

136 Une pratique commune dans le marché est celle des professionnels offrant d'autres contrats additionnels qui complètent leurs services. Selon la nature, la prestation peut être fournie par le professionnel même ou par l'intermédiaire d'un partenaire commercial, où le professionnel devient un intermédiaire. Cela crée un *réseau complexe de relations contractuelles*. Par exemple, une personne ayant acheté un téléphone portable qui reçoit d'autres propositions liées ou connexes à ce contrat de vente, comme un plan de téléphonie mobile ou une assurance contre le vol<sup>154</sup>.

137 A titre illustratif, le règlement (UE) 2019/1150 concernant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne établit quelques mesures sur *la vente de biens et services « accessoires »*, c'est-à-dire, des « *biens et services proposés au consommateur avant la réalisation d'une transaction engagée sur les services d'intermédiation en ligne en complément du bien ou service principal proposé par l'entreprise utilisatrice par le biais des services d'intermédiation en ligne* »<sup>155</sup>.

## 3. Le problème d'incompréhension des contrats complexes

138 La complexité des contrats peut générer des problèmes d'incompréhension ou de fausses attentes à l'égard du consommateur, notamment dans le commerce en ligne, où les parties peuvent ajouter des contrats ou des prestations supplémentaires avec un simple « *clic* ». À cet égard, LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR affirment que le droit de la consommation a gagné en importance dans les dernières décennies en raison du manque de transparence des contrats d'assurance modernes. Selon leurs mots :

*Le consumérisme enfin dont le rôle moteur en matière d'assurance s'est accru dans les dernières décennies : l'opacité d'un produit juridique complexe, pose en effet aux pouvoirs publics un problème de transparence à l'égard du consommateur non-juriste<sup>156</sup>.*

139 La grande question est : **Est-il possible de réduire la complexité et de vulgariser les nouveaux contrats techniques ?** Pour notre part, nous devons admettre que, même si nous sommes juristes, nous n'avons pas la capacité de comprendre certains contrats, par exemple, les contrats relatifs aux nouvelles technologies et aux nouvelles formes d'investissement.

140 Dans la dernière partie de la thèse, nous aborderons le grand débat sur la rationalité des consommateurs au moment de la conclusion des contrats, en tenant compte du fait que la complexité croissante des contrats modernes augmente proportionnellement le problème de

---

<sup>152</sup> GEISSBÜHLER, p. 82.

<sup>153</sup> HINESTROSA, « *Autonomía privada y tipicidad contractual* », pp. 3-13 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 70-71.

<sup>154</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 70-71 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 1 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 865-871.

<sup>155</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

<sup>156</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 1.

l'asymétrie de l'information et compromet l'efficacité des mesures de protection des consommateurs<sup>157</sup>.

#### D. Le fait que les contrats ne sont pas lus

C'est une réalité que la plupart des consommateurs concluent les contrats sans les lire. Malheureusement, ceux-ci ne sont généralement lus que lorsqu'il y a un problème<sup>158</sup>. Actuellement, comme l'indique BORY, il ne serait pas économiquement efficace que les consommateurs lisent tous les contrats car un individu qui le ferait devrait passer plus de 180 heures de sa vie par an pour ce travail. Le juriste l'exprime :

*À titre illustratif, dans le documentaire *Terms and Conditions May Apply* (2013), le réalisateur Cullen Hoback met en évidence le fait que si les individus lisaient attentivement les conditions générales des transactions qu'ils rencontrent au quotidien, le temps qui devrait y être consacré par année serait en moyenne de 180 heures, soit plus d'un mois complet de travail. En effet, qui prendrait raisonnablement le temps de lire les soixante pages de conditions générales d'iTunes pour l'achat d'une chanson à moins d'un franc ? Par conséquent, les individus renoncent fréquemment à lire les conditions générales et se limitent à prendre des décisions sur la base d'extraits des données qu'ils pensent être représentatives, se fiant aux scénarios les plus rapidement accessibles à leur esprit ou à leur imagination. La psychologie se réfère à la notion d'« heuristique » pour définir ces raccourcis fréquents - et souvent inévitables - dans le processus décisionnel<sup>159</sup>.*

Il est tout à fait compréhensible que le consommateur, influencé par ses biais cognitifs, ne lise que quelques parties des contrats. Sur la base de ce constat, la « *notion d'ignorance rationnelle* », que nous avons déjà mentionnée, a été créée et développée<sup>160</sup>.

La documentation précontractuelle doit remplir la tâche difficile de synthétiser et de rendre compréhensible pour une personne inexpérimentée les éléments essentiels et les caractéristiques principales du contrat, étant donné qu'elle sera généralement la seule documentation que les consommateurs examineront. Le fait que les contrats ne soient pas lus par les consommateurs a augmenté ces dernières années à cause de la société de l'immédiateté car les consommateurs font des affaires automatiquement sans consacrer du temps à la réflexion de chaque transaction<sup>161</sup>.

#### E. La difficulté de la simplification de l'information

Comme VEIGA l'explique, l'un des grands défis du droit des assurances privées, et en général du droit des contrats, est la recherche de la simplification et de la vulgarisation de la rédaction des contrats et des documents précontractuels car les consommateurs, après avoir reçu une information claire, objective et transparente du produit, doivent donner leur consentement en connaissance de cause<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.

<sup>158</sup> AYRES/ SCHWARTZ, pp. 545-609 ; SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 55-58 ; SHINA, pp. 1-180 ; SOBRINO, « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* ».

<sup>159</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 90.

<sup>160</sup> Infra. Chapitre 2 : Le problème de l'asymétrie de l'information dans le marché économique.

<sup>161</sup> VEIGA, « *Tome 1 : Tratado del contrato de Seguro* », pp. 1904-1911.

<sup>162</sup> SCHNEIDER/BEN-SHAHA expliquent que la simplification des contrats n'est pas simple (presque impossible) et mentionnent les obstacles qui l'empêchent, pp. 121-168. Voir aussi : VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1669-1730.

- 145 La doctrine se demande s'il est possible de simplifier l'information complexe et technique des contrats. Comme jeunes professeurs de droit, nous sommes d'accord avec l'idée que **la simplicité est le dernier degré de sophistication des contrats**. De même, nous considérons que la vulgarisation de l'information contractuelle (réduction de la complexité) est une contribution significative au droit des contrats. Enfin, de nombreux contrats ne sont pas clairs et accessibles car les idées de base ne le sont pas, et il faut donc effectuer un travail de définition de la réelle intention des parties<sup>163</sup>.
- 146 À l'origine, les efforts législatifs visaient à rendre les documents contractuels et précontractuels clairs, transparents, synthétiques, simples et compréhensibles pour le consommateur type. En outre, la réglementation a établi l'obligation d'attirer l'attention du consommateur sur quelques informations importantes<sup>164</sup>.
- 147 Les nouvelles tendances du droit de la consommation montrent une évolution de la notion de contrat, qui se caractérise par le fait que les contrats doivent cesser d'être élaborés uniquement par des avocats, c'est pourquoi il faut faire appel à des équipes interdisciplinaires (designers, éditeurs, pédagogues, économistes, psychologues). Par ailleurs, les contrats ne doivent pas être uniquement des textes écrits, mais doivent comporter des éléments visuels, tels que des images, des figures, des vidéos explicatives et interactives, des diagrammes, etc<sup>165</sup>.
- 148 En dépit des progrès importants, il s'agit d'un travail extrêmement difficile et continu car il n'est pas facile de simplifier les contrats qui sont de plus en plus complexes.

## F. Les changements substantiels dans la négociation et la conclusion des contrats

- 149 Le modèle libéral du XIX<sup>e</sup> siècle reposait sur *une négociation individuelle des contrats*, c'est-à-dire, les parties négociaient le contenu du contrat et donnaient finalement leur consentement mutuel. Les relations contractuelles étaient alors fondées sur la proximité, l'égalité et la confiance, c'est pourquoi il y avait une négociation individuelle et personnalisée des contrats<sup>166</sup>.
- 150 Cependant, au cours des derniers siècles, la société a connu de profonds changements sociaux, culturels, économiques et démographiques tels que le développement de l'anonymat et de la société de consommation, la révolution industrielle et la production en masse, le passage d'une société rurale à une société urbaine, la modification de la structure familiale, et la modification des conditions de vie<sup>167</sup>. TERCIER/ PICHONNAZ font aussi référence à cette évolution:

*Il s'est toutefois produit une profonde évolution, due avant tout à la multiplication des relations contractuelles, aux exigences nouvelles des contrats modernes et au développement des contrats de masse. Les règles dispositives de la loi ne peuvent plus y tenir le même rôle. C'est pourquoi la pratique a développé des mécanismes nouveaux, avant tout celui dit des contrats d'adhésion : l'une des parties propose une formule de contrat à laquelle l'autre est invitée à adhérer. Cette formule contient des conditions générales.*

*Les conditions générales (CG ; die Allgemeinen Geschäftsbedingungen -AGB ; le condizioni generali -CG) sont dès lors des clauses contractuelles préformu-*

---

<sup>163</sup> Infra. Chapitre 4 III : La simplification et la vulgarisation de l'information.

<sup>164</sup> JULIEN, pp. 279-295.

<sup>165</sup> SOLA, pp. 28-30 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 265-273.

<sup>166</sup> RAYMOND, pp. 7-14 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 167-180 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-44.

<sup>167</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 212-216 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-12.

*lées (standardisées) qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats. On parle aussi de « clauses-types » (UNIDROIT 2.1.19)<sup>168</sup>.*

Actuellement, dès lors qu'il n'est plus possible de mener une négociation individuelle pour chaque contrat, la nécessité de rationalisation a conduit les professionnels à recourir à des conditions contractuelles préformulées<sup>169</sup>. Comme MARCHAND l'exprime, actuellement dans les relations de consommation il n'y a presque jamais une négociation individuelle du contrat: 151

*La problématique des conditions générales est au cœur du droit de la consommation, en ce sens que le contrat entre un consommateur et un commerçant ne fait quasiment jamais l'objet d'une négociation. Le texte en est pré-rédigé par le commerçant, qui l'impose au consommateur par un simple renvoi dans le bon de commande ou par un clic sur le site internet du commerçant. La technique n'est pas scandaleuse en soi : la négociation d'un contrat individuel pour chaque acte de consommation serait aussi insupportable pour le consommateur que pour le commerçant<sup>170</sup>.*

BORY fait le même constat dans les termes suivants :

*À l'heure des contrats de masse, la conception classique du contrat négocié individuellement, qui demeure dominante, révèle un besoin de modernisation. L'idée que la rencontre des volontés de sujets de droit supposés libres aboutisse nécessairement à un accord juste et utile semble trop souvent dépourvue d'ancrage dans le réel. Pour reprendre les mots de Thierry Revet, il existe « un hiatus entre la conception qui fonde la théorie générale incarnée dans le droit commun classique et la réalité, désormais durable, du paysage contractuel »<sup>171</sup>.*

Les conditions générales dans les contrats préformulés peuvent figurer dans un document différent du contrat lui-même. S'il est vrai que pour l'application des conditions générales il faut faire un renvoi dans le corps du contrat de sorte qu'elles soient accessibles, l'absence d'unité incite les consommateurs à ne pas lire et signer automatiquement<sup>172 173</sup>. PICHONNAZ explique que pour que les conditions générales du contrat soient correctement intégrées, il faut que le professionnel remplisse un strict devoir d'information. Selon ses mots : 152

*En outre, pour pouvoir intégrer les conditions générales, il faut remplir un devoir d'information précontractuel. Le stipulant doit en effet avertir son partenaire qu'il entend intégrer des conditions générales dans le rapport contractuel, et ce au plus tard au moment de la conclusion du contrat. Il ne lui suffit pas de signaler l'existence de conditions générales au moment de la remise de la quittance, de la facture ou du bulletin de livraison. Toutefois, l'indication expresse des conditions générales dans une facture ou une demande de paiement de*

<sup>168</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 213-214.

<sup>169</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 313-319 ; RAYMOND, pp. 7-14 ; VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, pp. 104-105 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 212-223 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-33 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; POSADA, pp. 141-182.

<sup>170</sup> MARCHAND, p. 139.

<sup>171</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-2.

<sup>172</sup> PICHONNAZ, pp. 203-232 ; GEISSBÜHLER, pp. 88-93 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 54-65 ; GWENNAËL, pp. 153-199 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 12-14.

<sup>173</sup> En Suisse, suivant la jurisprudence, il y a une règle selon laquelle les conditions générales ne sont intégrées à un contrat que si les parties ont eu la possibilité d'en prendre connaissance. BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 13.

*primes pourrait être interprétée comme la confirmation d'une intégration tacite des conditions générales*<sup>174</sup>.

153 Par ailleurs, le consentement est global, c'est-à-dire, qu'il porte sur l'ensemble des clauses contractuelles. Il n'y a pas de discussion individualisée sur chaque clause. Au contraire, il y a une imposition totale des conditions générales du contrat, sans que le consommateur ait aucun pouvoir de négociation<sup>175</sup>. MORIN l'explique :

*La plupart du temps, les professionnels refusent de négocier le contenu de leurs conditions générales avec les consommateurs, car cela anéantirait l'effet de rationalisation qu'ils cherchent à obtenir en les édictant. Le consommateur se trouve ainsi placé dans l'alternative take it or leave it vis-à-vis du professionnel : soit il conclut le contrat avec ses conditions générales, soit celui-ci renonce à traiter avec lui. Or, le consommateur est très souvent amené à consentir à l'incorporation des conditions générales du professionnel, d'une part parce qu'il n'a pas réalisé qu'elles lui sont défavorables, en raison notamment du déficit d'informations lié au refus de négocier du professionnel, d'autre part parce qu'il n'a en général pas d'autre choix raisonnable que de conclure le contrat visé, par exemple parce que la recherche d'un autre cocontractant apparaît comme trop onéreuse ou difficile par rapport à la valeur de la prestation en cause, ou encore parce que tous les professionnels actifs sur le marché recourent au même type de conditions générales. En définitive, le professionnel peut ainsi dicter les conditions du contrat au consommateur, en se réservant certains avantages par une utilisation à son seul bénéfice de la liberté des conventions*<sup>176</sup>.

154 Les trois principaux problèmes de l'utilisation des conditions contractuelles préformulées sont les suivants :

- D'abord, le problème du consentement puisque le professionnel impose les conditions et le consommateur n'a aucun pouvoir de négociation<sup>177</sup>.
- Deuxièmement, il y a un risque d'abus du professionnel qui pourrait intégrer dans le contrat des clauses abusives ou des clauses insolites<sup>178</sup>.
- La difficulté de déterminer de manière objective quel est le meilleur contrat pour le consommateur étant donné que chacun a des avantages et des inconvénients, mais la personne doit exprimer son consentement pour l'ensemble du contrat, sans pouvoir négocier les parties du contrat qui ne lui conviennent pas<sup>179</sup>.

CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE l'expriment :

*Les contrats préédigés, comme tous les contrats, tirent leur force obligatoire d'un accord de volonté. Mais, dans un contrat préédigé, les deux volontés ne sont pas également éclairées. Celui qui propose le contrat connaît les clauses qui s'y trouvent. Celui qui adhère risque de les ignorer ou de les mal comprendre. Certaines règles de droit, inspirées du principe de l'autonomie de la volonté, viennent donc au secours du contractant le plus faible, et spécialement du consommateur. Les unes ont un caractère préventif : elles tendent à éclairer,*

---

<sup>174</sup> PICHONNAZ, pp. 203-232.

<sup>175</sup> MORIN, p. 19 ; GEISSBÜHLER, pp. 88-93 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39.

<sup>176</sup> MORIN, p. 19.

<sup>177</sup> GEISSBÜHLER, pp. 88-93 ; MARCHAND, pp. 139-156.

<sup>178</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 212-223 ; BRULHART, pp. 216-219 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39 ; MARCHAND, pp. 139-156 ; VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, pp. 101-132 ; POSADA, pp. 141-182 ; MONTENEGRO/ CORONADO, pp. 241-291 ; MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Contract Law* ».

<sup>179</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 313-319.

*avant la conclusion du contrat, la volonté de celui qui adhère. Comme ces règles préventives sont loin d'être parfaitement efficaces, d'autres règles ont un caractère curatif : elles tirent les conséquences du défaut ou du vice du consentement*<sup>180</sup>.

Malheureusement, **le droit classique des contrats se concentre sur la réglementation des négociations individuelles (contrats de gré à gré), alors qu'elles sont maintenant l'exception.** De même, le devoir d'information du professionnel est axé sur les négociations individuelles, alors qu'il devrait se concentrer sur les contrats d'adhésion. 155

Le droit a été progressivement modifié pour tenir compte de ces changements substantiels dans la négociation et la conclusion des contrats. Toutefois, les réformes sont insuffisantes et fragmentaires pour protéger réellement le consentement du consommateur. C'est ainsi que la plupart des pays n'ont pas modernisé leurs codes qui datent du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>181</sup>. BORY décrit la situation en Suisse de la manière suivante : 156

*L'isolement de la Suisse face à l'évolution internationale. La comparaison internationale montre que notre droit des obligations est relativement isolé, caractérisé par une approche libérale plaçant une confiance parfois excessive dans la capacité des forces du marché à discipliner les abus de liberté contractuelle. À titre d'exemple, en droit de la consommation, la Suisse est souvent dotée d'une protection plus faible que celle de l'Union européenne et fait ainsi courir à ses citoyens le risque d'être discriminés : « Un professionnel œuvrant depuis la Suisse est tenu de se conformer aux exigences du droit communautaire lorsqu'il traite avec les consommateurs d'un État membre, mais pas dans ses relations avec les consommateurs suisses*<sup>182</sup>.

Dans le même sens, HUG évoque :

*Le droit de la protection du consommateur reste une matière juridique relativement jeune. Pour certains, elle ne disposerait pas encore d'une assise dogmatique solide autre que celle – relativement vague – de la nécessité de protéger la personne acquérant ou utilisant des biens ou des services à des fins privées. A cela s'ajoute que ce droit s'est développé d'une manière rapide et « pragmatique » – pour ne pas dire désordonnée – au travers d'interventions ponctuelles uniquement plutôt que de réflexions d'ordre plus fondamental à l'aune des principes généraux du droit des contrats. Il est quoi qu'il en soit établi que le droit contractuel de la consommation entend mettre en place des règles nouvelles en vue d'assurer, d'une part, la qualité du consentement du consommateur et, d'autre part, la qualité du contenu contractuel*<sup>183</sup>.

À notre avis, les juristes du passé ont effectué un travail magnifique en créant les bases législatives et doctrinales, mais il faut faire un processus de modernisation radicale du droit conformément aux nouvelles circonstances du droit des contrats. 157

## **G. Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique)**

Aujourd'hui, nous parlons de *l'effet perturbateur des nouvelles technologies* sur les modèles d'affaires établis et les règles juridiques connexes. Comme TWIGG FLESNER l'affirme, les académiciens, les juristes, les législateurs et les autorités publiques ont le grand défi de concevoir une législation qui s'adapte aux nouvelles technologies et qui apporte des solu- 158

<sup>180</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, p. 169.

<sup>181</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 193-289 ; HUG pp. 51-55.

<sup>182</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 8.

<sup>183</sup> HUG, p. 51.

tions appropriées aux nouvelles problématiques. Il s'agit en effet d'identifier les domaines dans lesquels les dispositions légales sont insuffisantes, ainsi que de construire de nouvelles règles, de nouveaux principes et de nouveaux concepts<sup>184</sup>.

Dans la même optique, la Conférence Universitaire de Suisse Occidentale (CUSO) a publié l'ouvrage « *Le droit face à la révolution 4.0* », dans lequel les éditeurs ont indiqué que la révolution numérique transforme non seulement la vie quotidienne des personnes (changements dans la société), mais aussi, le droit (les dispositions juridiques)<sup>185</sup>. Les éditeurs évoquent les points suivants :

*La révolution numérique transforme non seulement le fonctionnement quotidien de notre société, mais aussi et surtout, en ce qui concerne les juristes, les règles qui l'encadrent. Elle aura nécessairement un impact, aussi bien sur le mode de production des normes que leurs modalités et leur efficacité. Le droit tel que nous le connaissons aujourd'hui a été forgé dans un contexte économique et social tout autre. Il est tributaire de conceptions qui répondent à des logiques différentes de celles qui président à l'industrie 4.0. Nous devons dès lors nous demander si les concepts et les catégories juridiques traditionnels sont encore pertinents pour encadrer et accompagner ce nouveau modèle de création de richesse<sup>186</sup>.*

159 Dans ce contexte, **il convient d'adapter les remèdes contre l'asymétrie de l'information à la quatrième révolution industrielle**. A titre d'analogie, la production de dispositions protectrices des consommateurs ressemble aux plans de gestion des risques car, dans les deux cas, il convient de faire un réexamen périodique et s'adapter aux changements (flexibilité)<sup>187</sup>.

160 Certaines solutions contre l'asymétrie de l'information ont été novatrices à l'époque<sup>188</sup>, mais sont désormais obsolètes sur les nouvelles plateformes, par exemple le « *Metaverse* ». Dans ce domaine en particulier, on pourrait d'ailleurs se demander si les utilisateurs doivent retirer leurs lunettes de réalité virtuelle pour lire les fiches d'information du produit. Ne serait-il pas bénéfique que les mesures protectrices des consommateurs soient adaptées à cet environnement, notamment en permettant l'utilisation de la même plateforme et du même format d'interaction avec l'utilisateur (par exemple, des vidéos d'information sur les produits, des codes QR) ? Dans tous les cas, une modernisation de la législation est nécessaire et urgente.

## H. Le commerce électronique

161 Aujourd'hui, les citoyens ont accès rapidement et à distance aux biens et services, au moyen des technologies numériques. Il existe en effet un important *marché du commerce électronique, sans frontières*, où les commerçants et les clients peuvent échanger des informations, des services et des produits de manière rapide et immédiate<sup>189 190</sup>.

---

<sup>184</sup> TWIGG-FLESNER, pp. 21-48. Voir aussi : CORRALES/ FENWICK/ FERNÁNDEZ, pp. 1-17 ; MOLINA/ PORTO, pp. 69-118 ; DUNAND/ DUPONT/ MAHON, pp. 1-2 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; VEIGA, « *Seguro y tecnología* ».

<sup>185</sup> DUNAND/ DUPONT/ MAHON, pp. 1-2.

<sup>186</sup> Ibid., p. 1.

<sup>187</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 68-92 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

<sup>188</sup> Certaines mesures ont été créées il y a moins de 5 ans, mais le monde évolue à un rythme extrêmement rapide.

<sup>189</sup> DI GREGORIO, pp. 113-141 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, 13-

La révolution numérique a profondément changé la manière de distribuer et de conclure des contrats (le commerce en ligne, les contrats avec machines automatisées, les « *smart contracts* », etc.)<sup>191 192</sup>. Les consommateurs peuvent s'approvisionner de biens et services auprès de fournisseurs inconnus et souvent à l'étranger, ce qui implique *une rupture des frontières nationales*<sup>193</sup>. LANGER l'évoque :

*La situation des clients dans le commerce électronique présente des particularités par rapport à la situation typique de l'achat dans un magasin. Le commerce électronique se distingue d'autres cas de « vente à distance » ou de « vente par correspondance » par l'utilisation exclusive de moyens de communication électroniques qui permettent un échange rapide, mais éphémère des déclarations des parties. Le world wide web offre la possibilité de s'approvisionner chez des fournisseurs inconnus auparavant et souvent étrangers. Certaines prestations sont livrées quasi instantanément après la conclusion du contrat (accès à des sites payants, téléchargement de fichiers audio, vidéo et logiciels)<sup>194</sup>.*

Les gens concluent constamment des contrats pour répondre à leurs différents besoins. Le rythme des affaires fait que la conclusion des contrats a lieu de manière massive et automatique<sup>195</sup>. Il n'y a pas de processus de réflexion des parties sur l'information et le contenu des offres, la grande majorité des contrats est même signée sans une lecture de la part des consommateurs<sup>196</sup>.

Pour comprendre la société de l'immédiateté, nous proposons à titre d'illustration une histoire personnelle de souscription en ligne d'une assurance-maladie internationale, depuis la Colombie pour un séjour de recherche en Suisse. Le processus a été le suivant :

1. D'abord, depuis la Colombie, nous avons consulté le site d'un assureur international reconnu qui offrait une assurance santé internationale pour des séjours d'études.
2. Afin de faire une cotation (un devis), nous avons rempli un formulaire appelé « *Demande d'adhésion avec informations personnelles* » (âge, durée du voyage, destination).
3. Après avoir cliqué sur « *continuer* », un devis personnalisé ainsi que les conditions générales du contrat sont apparus immédiatement à l'écran.
4. Après avoir cliqué sur « *continuer* », les documents précontractuels téléchargeables sont apparus à l'écran : i) conditions générales, ii) documents d'information de produit, iii) fiche d'information et de conseil, iv) demande d'adhésion, v) traitements de données personnelles.

---

48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>190</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement Europe en et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« *directive sur le commerce électronique* »).

<sup>191</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 62-64 ; DE FRANCESCHI, pp. 1-17 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance in the Digital Age* » ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 32-34 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* ».

<sup>192</sup> Dans la thèse intitulée « *La distribution sur Internet* », TINGUELY s'intéresse à la question du traitement de la distribution sur internet et les accords verticaux dans le régime européen, français et suisse. TINGUELY.

<sup>193</sup> LANGER, *Les contrats dans le commerce électronique*, pp. 63-100.

<sup>194</sup> Ibid., p. 63.

<sup>195</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231.

<sup>196</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 65-160 ; AYRES/ SCHWARTZ, pp. 545-609.



5. Après avoir cliqué sur « *continuer* », le système nous a demandé de signer électroniquement (l'utilisation d'un message reçu sur le téléphone portable) et d'effectuer le paiement par carte de crédit.
6. Finalement, nous avons reçu les documents contractuels (attestation d'assurance, formulaire de remboursement, conditions générales).

Tout le processus de souscription a duré moins de 5 minutes. À tout moment le consommateur aurait pu s'arrêter et prendre le temps de vérifier correctement la documentation, mais le système est conçu pour souscrire immédiatement, sans lire. Par ailleurs, il est important de mentionner la réception d'un courriel à la fin de chaque étape du processus, certifiant formellement la transmission de l'information précontractuelle sur un support durable.

Finalement, nous avons dû demander une résolution du contrat d'assurance car cette police d'assurance ne permettait pas de formuler la demande d'exception à l'obligation d'affiliation au système de droit des assurances sociales suisses. Dans ce cas-là, la résolution a été facile. Si cela n'avait pas été le cas et qu'un litige judiciaire aurait eu lieu, une violation du devoir d'information aurait pu être alléguée, étant donné que les informations fournies sur le contrat au moment de la conclusion étaient partiellement vraies et prêtaient à confusion. En effet, selon l'information transmise, les couvertures étaient « *conformes aux exigences des plus grandes universités internationales* ». Néanmoins, si le contrat couvrait les risques de maladies en Suisse, celui-ci ne dispensait pas, en revanche, de s'affilier au système de santé du pays.

- 165 L'utilisation courante de nouveaux canaux de distribution numérique fait que le système traditionnel d'expression du consentement et de la mise en œuvre du devoir d'information du professionnel sont inappropriés. Par conséquent, les problèmes d'information au moment de la conclusion du contrat se sont accrus et il n'y a aucun moyen de vérifier si les personnes sont bien informées sur les produits acquis. Malheureusement, le **devoir d'information qui a été introduit il y a moins de 20 ans n'est pas adapté aux nouveaux changements de la révolution numérique et du commerce électronique.**

#### IV. La synthèse

- 166 Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur les conclusions suivantes :

- L'asymétrie de l'information est une caractéristique commune des contrats. Dans la plupart des relations contractuelles, l'une des parties a des avantages informatifs par rapport à l'autre.
- En principe, dans le modèle traditionnel du droit des contrats, il est parfaitement légitime d'exploiter les informations supplémentaires et d'en obtenir des avantages économiques, et chaque partie assume les conséquences d'une mauvaise protection de ses intérêts.
- Cependant ce modèle classique basé sur l'autonomie privée et l'égalité d'armes a été remis en question, une volonté politique et juridique spéciale de protéger les intérêts des consommateurs face aux déséquilibres contractuels (la révolution du droit de la consommation) est née. C'est pour cette raison que le droit a reconnu qu'il y a des cas où les parties sont en situation de vulnérabilité en raison de l'asymétrie de l'information et il est nécessaire de prendre des mesures protectrices des consommateurs (les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information).
- Finalement, aujourd'hui il existe une juxtaposition de changements qui ont aggravé le problème de l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation et qui engendrent la nécessité de faire un processus d'adaptation des remèdes et répondre à une série de critiques sur leur efficacité. Ces critiques seront abordées dans la dernière partie de la recherche doctorale.

- 167 Dans la partie suivante, nous étudierons précisément les différents remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation et la raison pour laquelle le devoir d'information est le plus prépondérant et le plus utilisé aujourd'hui.

Deuxième partie :

Les remèdes correctifs à l'asymétrie de  
l'information



## Chapitre 4 : Les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information

Le droit propose différents *remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information* dans les contrats de consommation que nous allons examiner brièvement<sup>197</sup> : 168

- La recherche active de l'information par le consommateur (I).
- La fourniture de l'information par le professionnel sur une base volontaire (II).
- La simplification et la vulgarisation de l'information (III).
- L'aide de tiers spécialisés (IV).
- L'intervention de l'État (V).
- La prépondérance du devoir d'information du professionnel (VI).
- La synthèse (VII).

### I. La recherche active de l'information par le consommateur

Les consommateurs doivent s'informer eux-mêmes pour combler les lacunes informationnelles. Il y a une responsabilité de l'individu qui devrait l'inciter à ne pas agir de manière désintéressée et négligente<sup>198</sup>. C'est pourquoi au moment de conclure des contrats, les consommateurs doivent effectuer des recherches, et doivent même assumer les conséquences de ne pas protéger correctement leur patrimoine (éviter le paternalisme extrême)<sup>199</sup>. 169

C'est l'approche classique du droit des contrats (la pensée libérale du XIX<sup>e</sup> siècle) qui repose sur l'égalité des armes entre les parties et sur la non-intervention de l'État dans les relations contractuelles<sup>200</sup>. Le modèle traditionnel des contrats s'est adapté car il ne garantissait pas le consentement des parties, et n'empêchait pas les abus de la position dominante (protection de la partie faible de la relation contractuelle). La réalité a montré que les consommateurs n'ont ni les connaissances ni l'expertise nécessaire pour mener leurs propres recherches eux-mêmes, alors que les modèles envisagés par les législateurs les voient comme un présupposé<sup>201</sup>. 170

---

<sup>197</sup> VIGNERON a fait une analyse des remèdes proposés que nous avons utilisée comme source d'inspiration pour notre analyse. VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-35.

Également, Hug fait une présentation des moyens de protection spécifiques du droit contractuel de la consommation pour rétablir l'équilibre contractuel, y compris l'amélioration de l'information, HUG, pp. 163-178.

<sup>198</sup> HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 113-214 et 295-411 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39 ; HINESTROSA, « *Autonomía privada y tipicidad contractual* », pp. 3-13 ; TERCIER/PICHONNAZ, p. 163 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 61-65.

<sup>199</sup> GEISSBÜHLER, pp. 62-65 et pp. 144-148 ; RISKE, pp. 187-238 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>200</sup> KUONEN, pp. 448-450.

<sup>201</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 97-160 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-35.

## II. La fourniture de l'information par le professionnel sur une base volontaire

171 Afin d'améliorer leur image de marque, les professionnels peuvent *donner de manière volontaire des informations personnalisées* aux consommateurs sur leurs produits, ce qui permet d'une part d'offrir un service additionnel et d'autre part de se différencier des entreprises concurrentes<sup>202</sup>. Cependant, il y a beaucoup de problèmes qui peuvent apparaître. Il s'agit en particulier des aspects suivants :

- L'augmentation excessive des coûts de distribution des produits. Chaque service supplémentaire et personnalisé implique une augmentation du prix<sup>203</sup>.
- Le problème de l'objectivité de l'information. Il est difficile que les professionnels admettent les défauts de leurs produits et révèlent que les produits de la concurrence sont meilleurs. Il est évident qu'il y a une incitation naturelle à cacher les défauts et à mettre en évidence les qualités (publicité des produits).
- Le risque de la sélection adverse. Les consommateurs choisissent les produits avec les prix les plus bas, nonobstant qu'ils soient des produits sans information additionnelle<sup>204</sup>.

172 C'est une approche très intéressante parce que les professionnels ont décidé de faire des changements dans leurs pratiques commerciales, afin d'avoir une image positive auprès du public. Par exemple, en Suisse, les consommateurs doivent prendre une décision importante sur l'assurance maladie de base et les assurances complémentaires chaque année. L'association des assureurs-maladie suisses (*Santésuisse*) a fait un accord concernant le démarchage téléphonique à froid et les limites en matière de commissions en 2021. Cet accord cherche à améliorer la transparence et la sécurité du droit en faveur des clients<sup>205</sup>.

173 La réputation étant un bien important, quelques entreprises ont formulé des plans spéciaux de protection des consommateurs avec des mesures au-delà de celles exigées par les autorités<sup>206</sup>. Il y en a quelques pratiques *d'auto-régulation* dans le droit des assurances (codes de déontologie), comme c'est le cas de la Belgique. Cependant, ces codes n'ont pas de valeur juridique contraignante, et ils peuvent seulement exercer une influence positive et faire prendre conscience de l'importance de l'image de marque de l'opération d'assurance<sup>207</sup>.

## III. La simplification et la vulgarisation de l'information

174 Afin d'améliorer la protection et de résoudre les problèmes de communication avec les consommateurs, il y a un grand nombre de projets, de mouvements sociaux, de nouvelles méthodologies, de centres de recherche et d'associations de consommateurs qui se concentrent sur *l'amélioration du processus d'élaboration des contrats, la simplification des documents précontractuels et l'éducation des consommateurs*. À titre d'illustration, il convient d'en mentionner quelques-uns :

---

<sup>202</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-25 ; LOACKER, pp. 1-39 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

<sup>203</sup> LOACKER, p. 4.

<sup>204</sup> Supra. Chapitre 2 : II. Les défaillances du marché liées à l'information.

<sup>205</sup> Le site web SANTÉSUISSE : <https://www.santesuisse.ch/fr/detail/content/nouvel-accord-de-branche-complet?backLinkId=71&cHash=3e6d88341df8e9d63b06704dd387b256> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).

<sup>206</sup> FONTAINE, pp. 31-92 et pp. 292-299.

<sup>207</sup> FONTAINE, pp. 114-118 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », 31-92.

## A. Études du comportement des consommateurs

Il existe des laboratoires et des centres de recherche qui étudient *le comportement des consommateurs au moment de la prise des décisions* à travers la psychologie et l'économie (*behavioural economics research*)<sup>208</sup>. 175

L'objectif est d'élaborer des contrats conformes aux caractéristiques et aux particularités de ceux-ci. Des études sont également menées sur l'efficacité des documents précontractuels et des pratiques pour bien informer les consommateurs<sup>209</sup>. 176

## B. Legal Design

Dans le but de faciliter la compréhension des documents juridiques (lois, contrats), les chercheurs proposent d'inclure des éléments graphiques dans le matériel destiné aux consommateurs (images, « *nudges* », figures, vidéos explicatives et interactives, diagrammes, etc.). Pour ce faire, il faut consulter des experts en graphisme et d'autres disciplines connexes afin d'élaborer des documents juridiques<sup>210 211</sup>. 177

Par exemple, l'école de droit de Stanford (*Stanford Law School*) a créé un laboratoire de *Legal Design* (« *The Legal Design Lab* »), où une nouvelle méthodologie a été mise en place pour la création de documents juridiques<sup>212</sup>. 178

Dans le livre intitulé « *Blah : What To Do When Words Don't Work* », DAN ROAM propose une méthodologie pour améliorer la communication à travers des schémas et des dessins simples, qui peuvent être utilisés dans différents domaines de la connaissance, y compris les contrats. L'idée de base, c'est que l'excès de communication (de mots) rend l'interlocuteur moins informé<sup>213</sup>.

## C. La vulgarisation et l'éducation des consommateurs

Dans le but d'expliquer les concepts de base et d'améliorer l'éducation des consommateurs, *une grande quantité de matériels pédagogiques* a été conçue par des associations et des fédérations de professionnels<sup>214</sup>. Actuellement, il y a beaucoup de difficulté dans l'éducation des consommateurs. RAYMOND l'évoque : 179

*De la nécessité d'une éducation du consommateur. L'information du consommateur se heurte à un certain nombre de difficultés que le législateur s'efforce de vaincre sans que les résultats soient toujours satisfaisants.*

*La première difficulté est sans doute le niveau hétérogène de compréhension des consommateurs ; beaucoup de consommateurs ne savent pas lire ou tout au*

<sup>208</sup> ZAMIR/ TEICHMAN, « *Behavioral law and economics* ».

<sup>209</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 264-273 ; EUROPEAN COMMISSION -JOINT RESEARCH CENTRE, « *Empirical testing of the impact on consumer choice resulting from differences in the composition of seemingly identical branded products* » ; VANDENBERGHE, « *Contract Law and Economics* », pp. 401-423 ; SOLA, pp. 67-71.

<sup>210</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 264-273 ; ROAM DAN.

<sup>211</sup> Les conceptions spéciales peuvent aider non seulement à informer, mais aussi à améliorer la protection des consommateurs contre d'autres risques tels que la sécurité en ligne. VAN BAVEL RENÉ/ RODRÍGUEZ-PRIEGO/ VILA/ BRIGGS, pp. 29-39.

<sup>212</sup> Le site internet : The Legal Design Lab of STANFORD LAW SCHOOL : <https://law.stanford.edu/organizations/pages/legal-design-lab/> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).

<sup>213</sup> ROAM DAN.

<sup>214</sup> RAYMOND, pp. 343-356 ; CHAMIE, pp. 115-132.

*moins ne comprennent pas à la première lecture un message simple. Or, l'information nécessaire au consommateur est le plus souvent donnée par écrit. Cette difficulté peut conduire à des conséquences graves, notamment en ce qui concerne les précautions d'emploi à respecter pour des produits dangereux. La loi impose parfois l'utilisation de pictogrammes, mais ce palliatif n'est pas pleinement satisfaisant, car il ne permet pas d'informer les personnes mal voyantes ou aveugles. La seconde difficulté est l'ignorance des règles de droit par la plupart des consommateurs, bien que le Code de la consommation de 2017 ait fait un effort louable pour rendre les textes accessibles au plus grand nombre. Pour bien comprendre un contrat, et notamment les obligations qui découlent des conditions générales de vente, il faudrait avoir des connaissances juridiques qui font défaut à la très grande majorité des consommateurs. Or, on ne peut exiger que le vendeur explique le contenu de son contrat, alors que lui-même ne sait peut-être pas très bien de quoi il s'agit. La loi et la jurisprudence interviennent alors a posteriori, lorsque le litige se présente, pour sanctionner un manquement à l'obligation d'information que le professionnel n'a pas respectée<sup>215</sup>.*

- 180 Afin de vulgariser les notions et les institutions juridiques en Suisse, il existe une collection « Comprendre » des Éditions Loisir et Pédagogie, expliquant de manière simple et avec illustrations les institutions classiques du droit, ce qui améliore l'éducation des personnes et l'exercice de leurs droits<sup>216 217</sup>.
- 181 Dans de nombreux cas, ce matériel de vulgarisation est produit par les professionnels eux-mêmes, étant donné que ceux-ci ont compris l'importance de l'image de marque du secteur. Par exemple, l'Association Suisse d'Assurances (ASA) a publié un certain nombre de publications et brochures, à manière d'exemple le livre « *Bien informés, mieux assurés* »<sup>218</sup>. Également, il y a le « *Guide Suisse des Assurances* » QUI est un manuel pratique à l'usage des entreprises et des indépendants sur le secteur des assurances<sup>219</sup>.

## **D. Révolution dans l'enseignement du droit et nouvelles méthodes d'enseignement du droit**

- 182 Dans de nombreux cas, les contrats sont complexes et incompréhensibles car ils sont élaborés par des avocats qui ont reçu une éducation très conservatrice et sans adaptation aux nouvelles tendances et technologies. En d'autres termes, les contrats sont le reflet d'une éducation peu innovante dans les facultés de droit.
- 183 Aujourd'hui, un grand nombre de professeurs d'université innovent dans la manière de transmettre les connaissances aux nouvelles générations. Par exemple GEISSBÜHLER, dans son livre intitulé « *Le droit des obligations* » utilise plus de 300 schémas pour exposer les principaux principes et postulats du droit des obligations<sup>220</sup>. TERCIER et PICHONNAZ fournissent également un effort de simplification du droit suisse des obligations en affirmant que :

*Plus de trente-cinq ans consacrés à l'enseignement universitaire n'ont pas ébranlé ma conviction profonde [d'après TERCIER] : qu'il faut savoir et oser d'abord dire des choses simples. Certains les jugeront précisément trop simples, simplistes, voire scolaires, reproche suprême ; et ils auraient raison si j'avais la*

---

<sup>215</sup> RAYMOND, pp. 343-344.

<sup>216</sup> CESLA/ MIX & REMIIX/ KUCHOOL/ PETER.

<sup>217</sup> Dans notre condition d'étudiant étranger, ces publications ont été extrêmement utiles pour comprendre les institutions juridiques helvétiques et nous adapter à la vie en Suisse.

<sup>218</sup> L'ASSOCIATION SUISSE D'ASSURANCES, *Bien informés, mieux assurés*.

<sup>219</sup> GUIDE SUISSE DES ASSURANCES, *Manuel pratique à l'usage des entreprises et des indépendants*.

<sup>220</sup> GEISSBÜHLER, p. VII et pp. 1-3.

*prétention de croire que les choses simples viennent à bout de tous les problèmes : pas tous certes, mais beaucoup, voire la plupart. Le droit, qu'il soit appris par les étudiants ou exercé par les professionnels, ne gagne rien à des montages dont l'équilibre est sans cesse menacé par des exceptions que menacent de nouvelles sous-exceptions. Autant d'années passées à tâter de la pratique n'ont pas suffi non plus à me faire changer d'idée, même s'il est évident que la réalité est d'une diversité infinie, à laquelle le juriste expérimenté sait précisément adapter les choix de base<sup>221</sup>.*

Notre but de vie est de faire partie de ce groupe de professeurs innovants, c'est pourquoi nous produisons actuellement différents matériels pédagogiques, tels que des vidéos sur YouTube, des articles de blog et des réflexions juridiques sur les réseaux sociaux<sup>222</sup>. 184

#### IV. L'aide de tiers spécialisés

Il serait souhaitable que les consommateurs soient *conseillés par un expert indépendant* (intermédiaire, association de consommateurs, institution publique, avocat), surtout pour des décisions entraînant des conséquences financières à long terme<sup>223</sup>. De plus, un tel expert est apte à effectuer une comparaison objective des produits, ainsi que des contrats offerts par une même entreprise, ou par différentes entreprises du marché. 185

Lorsqu'un intermédiaire conseille le consommateur, il est pertinent de se demander si le devoir d'information du professionnel est remplacé par *le devoir de diligence de l'intermédiaire*, en d'autres termes, s'il y a libération totale de la responsabilité du professionnel. 186

À notre avis, effectivement le devoir d'information du professionnel est remplacé par *le devoir de diligence de l'intermédiaire* puisque le problème de l'asymétrie de l'information est résolu par un autre remède. Dans ce cas, le consommateur reçoit les conseils d'un intermédiaire expert, qui doit répondre en cas de mauvais conseils au consommateur. Le devoir d'information du professionnel est l'un des remèdes au problème de l'asymétrie de l'information, mais ce n'est pas le seul existant. 187

Au cours des dernières années, de nouvelles formes de distribution se sont développées, telles que la vente de contrats à distance sur Internet, le développement de comparateurs sur internet, l'utilisation de nouvelles plateformes technologiques, etc<sup>224</sup>. Afin d'éviter leur disparition, les intermédiaires traditionnels ont fait des efforts pour sensibiliser le public de l'importance de leur rôle dans le marché. Pour illustrer brièvement les nouvelles tendances en la matière, il convient de mentionner : 188

- Ces dernières années, la réglementation a été profondément modifiée dans le but de rendre le marché transparent, c'est pourquoi, dans les différents secteurs, un nouveau cadre institutionnel a été mis en place pour réglementer des aspects tels que la surveillance des intermédiaires, le devoir d'information de l'intermédiaire, la rémunération, les conditions pour obtenir l'autorisation d'exercer l'activité (exigences minimales d'accès à la profession), les conflits d'intérêts et la responsabilité<sup>225 226</sup>.

<sup>221</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. VII-VIII.

<sup>222</sup> Le site internet de DELGADO FRANCO LEGAL : <https://delgadofrancolegal.com/investigaci%C3%B3n> (tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 mars 2024).

<sup>223</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, p. 61 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189.

<sup>224</sup> FONTAINE, pp. 623-661 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition* » ; BRULHART, *Quelques réflexions sur le statut juridique des comparateurs d'assurance sur Internet*, pp. 127-153 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 135 et ss.

<sup>225</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement Européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.



- L'offre d'un service complet et intégral qui ne se limite pas seulement à la souscription d'un contrat, mais couvre toutes les étapes du processus (avant, pendant et après). Par exemple, dans le secteur des assurances les intermédiaires font des plans de gestion des risques qui comprennent : l'identification des besoins du client, la déclaration du risque, le processus de rénovation des contrats, l'assistance dans la réclamation et les services supplémentaires en cas de sinistre. Dans les plans de gestion des risques, les intermédiaires conseillent même d'engager non seulement des produits d'assurance, mais aussi d'autres méthodes alternatives de gestion du risque<sup>227</sup>.
- Les intermédiaires ont compris que satisfaire le client est la tâche principale dans le processus de prestation de leurs services. Par exemple le guide de l'Association pour la Formation Professionnelle en Assurances affirme qu'un service d'intermédiation est excellent s'il répond à 5 critères fondamentaux :
  - Fiabilité : le partenaire tient ses promesses de manière exacte, fiable et ponctuelle.
  - Souplesse : le partenaire est capable de comprendre les problèmes et de trouver rapidement des solutions.
  - Compétence : les connaissances du métier.
  - Courtoisie : le partenaire est prêt à aider et est facilement joignable.
  - Aspects extérieurs (bonne présentation des intermédiaires, fourniture des documents facilement lisibles avec une mise en page soignée)<sup>228</sup>.

189 Il n'est pas possible que les consommateurs soient conseillés par un expert indépendant dans tous les contrats, en raison du rythme des affaires actuelles (la société de l'immédiateté) et des coûts élevés qu'engendrerait un conseil individualisé pour chaque contrat. De plus, il faut laisser un espace de liberté aux personnes, c'est-à-dire, éviter *le paternalisme extrême* de prendre toutes les décisions pour les consommateurs. À l'heure actuelle, ce n'est que dans des cas limités (pensions, investissements risqués) que l'on rend obligatoire le recours à un intermédiaire qui fournit des conseils mais la décision finale de conclure le contrat est du consommateur<sup>229</sup>.

## V. L'intervention de l'État

190 Comme l'explique VIGNERON, les remèdes décrits ci-dessus sont des solutions offertes par le marché, cependant dans quelques cas **l'intervention de l'État est nécessaire à travers le contrôle et la réglementation de l'information**. Il y en a même quelques secteurs où il est nécessaire de prévoir un devoir d'information du professionnel. VIGNERON l'exprime :

*Indépendamment des solutions offertes par le marché lui-même, l'État peut intervenir pour résoudre les problèmes liés au manque d'information du consommateur. Les autorités peuvent ainsi favoriser la transmission de l'information, déterminer quelles informations doivent être fournies et de quelle manière, ou encore exercer un contrôle sur les transactions privées afin de prévenir l'utilisation de clauses défavorables au consommateur. L'intervention étatique peut donc soit promouvoir les institutions privées encourageant l'échange d'information ou, si cela s'avère insuffisant, prévoir des obligations légales d'information, voire réglementer directement les conditions de transactions<sup>230</sup>.*

---

<sup>226</sup> SOLA, p. 100 et ss. ; MARANO/ KYRIAKI, « *Insurance Distribution directive* » ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 31-92 ; HIRT/ ASSOCIATION POUR LA FORMATION PROFESSIONNELLE, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189.

<sup>227</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 51-57 et pp. 104-189.

<sup>228</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, p. 53.

<sup>229</sup> FONTAINE, pp. 623-661 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 135 et ss ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 123.

<sup>230</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 25.

Dans les paragraphes qui suivent, on illustrera brièvement les méthodes d'intervention de l'État pour résoudre le problème de l'asymétrie de l'information. 191

- Le contrôle effectif du contenu du contrat par l'État (A).
- Le droit de rétractation (la période de réflexion) (B).
- L'établissement de modèles standards de contrats ou les clauses contractuelles types (C).
- La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP) (D).
- L'interdiction totale de conclure certains contrats (E).
- Le devoir d'information (modèle d'information) (F).

## A. Le contrôle effectif du contenu du contrat par l'État

Lorsque les conditions générales du contrat de consommation sont rédigées de manière claire et que leur contenu est conforme aux *principes de la bonne foi, de la transparence, de la proportionnalité et de l'équité*, il est plus facile pour les consommateurs de prendre des décisions en toute connaissance de cause. 192

*La révision du contenu du contrat* peut être de deux types : 193

- **La révision des conditions générales du contrat avant la commercialisation du produit** : les autorités de surveillance peuvent effectuer un contrôle préalable à la mise sur le marché. Ce contrôle implique analyser s'il y a des clauses abusives et des clauses insolites dans les conditions générales des contrats. De plus, les autorités pourraient vérifier que la documentation précontractuelle est compréhensible et accessible pour le consommateur, surtout dans les contrats plus importants<sup>231</sup>.
- **La révision des conditions générales du contrat après la commercialisation du produit.** Ce type de révision peut être de deux types : l'action en justice visant à indemniser le consommateur pour les dommages causés par des abus dans le contenu contractuel, et la plainte auprès de l'autorité de surveillance qui vise à protéger le groupe de consommateurs et à exiger des professionnels de modifier certaines conditions générales du contrat (le contrôle administratif)<sup>232</sup>.

Un contrôle préalable des conditions générales du contrat diminue proportionnellement les problèmes liés à l'asymétrie de l'information, surtout s'il y a une analyse de la clarté et de l'accessibilité du contrat pour le consommateur moyen. Cependant, la plupart des pays accordent une place prépondérante à la liberté contractuelle. C'est pourquoi l'intervention dans le contenu du contrat est limitée. VIGNERON l'exprime : 194

*Le droit suisse des contrats n'intervient que peu dans le contrôle du contenu des clauses contractuelles, laissant ainsi une place prépondérante à la liberté contractuelle. Les limites imposées au contenu du contrat tiennent avant tout à la protection de la personnalité (article 27 CC), à la sauvegarde de l'ordre public (article 19 alinéa 2 CO) et des bonnes mœurs (articles 19 alinéa 2 et 20 alinéa 1 CO), au respect des normes impératives (articles 19 alinéa 2 CO, 100 et 101 CO) ou à la protection de la partie faible face à un abus de liberté contractuelle (interdiction de la lésion au sens de l'article 21 CO). Enfin, les principes issus*

<sup>231</sup> Sur le contrôle préalable des conditions générales du contrat dans le droit des assurances : BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 512-513 ; FONTAINE, pp. 57-61 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 6-7 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 118-119 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 98-102.

<sup>232</sup> JULIEN, pp. 301-360 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 26-28 et pp. 330-342 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 192-239 ; RAYMOND, pp. 367-391 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 65-160 et pp. 273-286 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 212-223 ; VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, pp. 107-108 ; FONTAINE, pp. 57-61 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 181-217 ; ALPA, pp. 5-26 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; POSADA, pp. 141-182 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

*de la bonne foi assurent aussi une certaine loyauté contractuelle, principalement par l'interdiction de l'abus de droit (article 2 alinéa 2 CC). Néanmoins, ces dispositions générales, limitées dans leur objet, ne sont pas spécifiquement destinées à réglementer les contrats standardisés*<sup>233</sup>.

- 195 En 2020 un ouvrage collectif intitulé « *Control of Price Related Terms in Standard Form* » a été publié. Celui-ci analyse le contrôle des prix des produits, tant la *révision préalable* (« *ex ante* ») effectuée par les autorités administratives que le *contrôle postérieur* (« *ex post* ») réalisé par les juges, ainsi que les facteurs déterminants pour ce contrôle. Il s'agit d'une analyse de droit comparé très intéressante qui donne un aperçu général de la question. La complexité de la révision d'un aspect du contrat (le prix) montre la difficulté et la lourde charge d'une vérification approfondie de tous les contrats<sup>234</sup>.
- 196 Autrefois, dans quelques secteurs clés il y avait un contrôle préalable des conditions générales du contrat, par exemple dans le secteur des assurances privées et des finances. Cependant, afin de permettre la *libéralisation des marchés*, la plupart des pays ont abandonné le contrôle préalable par les autorités de surveillance. Le contrôle du contenu du contrat est effectué par les juges dans les cas de responsabilité contractuelle, c'est-à-dire, lorsque la question d'une indemnisation pour les éventuels abus du professionnel se pose. Il serait extrêmement difficile de revenir au contrôle préalable des conditions générales du contrat car il va à l'encontre du modèle économique actuel et ses fondements<sup>235</sup>.

## **B. Le droit de rétractation (la période de réflexion)**

- 197 Dans certains cas, les consommateurs sont impulsifs et n'analysent pas l'information avant la conclusion du contrat. Parfois, ils sont influencés par le fait que les professionnels leur font des offres dans des endroits inhabituels, comme dans la rue, par téléphone ou sur internet. C'est pourquoi un *droit de rétractation* a été introduit dans le droit de la consommation, accordant au consommateur un délai supplémentaire pour réfléchir et révoquer le contrat<sup>236</sup>  
<sup>237</sup>.
- 198 Ce remède part du principe que le consommateur va faire un processus de réflexion sur le contenu du contrat pendant la période additionnelle. Malheureusement, un consommateur qui se trouve dans une grave asymétrie de l'information n'a pas les éléments suffisants pour apprécier. Cette mesure de protection vise à résoudre principalement le problème des achats impulsifs et non pas le problème de l'asymétrie de l'information<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, p. 107.

<sup>234</sup> ATAMER/ PICHONNAZ.

<sup>235</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 512-513 ; FONTAINE, pp. 57-61 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 6-7 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 118-119 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 98-102 ; BOTERO, pp. 184-201.

<sup>236</sup> RAYMOND, pp. 310-318 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 342-348 ; MARCHAND, pp. 166-185 ; ALPA, pp. 5-26 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

<sup>237</sup> Articles 9 à 16 de la Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

<sup>238</sup> LOACKER, pp. 15-147.

### C. L'établissement de modèles standards de contrats ou les clauses contractuelles types

La législation peut aussi fixer de manière stricte le contenu des contrats en limitant le droit du professionnel à le modifier. En d'autres termes, des *clauses types* sont créées pour certains types de contrats, ce qui réduit le risque d'une mauvaise décision du consommateur<sup>239</sup>. 199

Comme VIGNERON l'explique, il y a deux manières de fixation du contenu du contrat, l'une positive et l'autre négative. Selon la juriste : 200

*Le rôle du droit de la consommation est ainsi de rééquilibrer les rapports contractuels et renforcer les intérêts économiques du consommateur en agissant directement sur les termes du contrat.*

*Un premier procédé - positif - tend à imposer un contenu minimal à certains types de contrats en imposant, secteur par secteur, certaines clauses obligatoires. L'élaboration du contrat ne dépend ainsi plus uniquement du professionnel, mais également, dans une certaine mesure, des pouvoirs publics qui édictent des dispositions impératives. Les points essentiels pour le consommateur ne sont donc plus laissés à la libre disposition des parties, mais imposés par le législateur, tout comme certaines exigences de forme visant à renforcer la sécurité juridique et à attirer l'attention du cocontractant sur l'importance de son engagement.*

*Un second procédé consiste à interdire l'usage de clauses défavorables au consommateur qui limitent ses droits de manière abusive ou qui créent un déséquilibre significatif à son détriment. L'intervention est dans ce cas négative<sup>240</sup>.*

Les clauses contractuelles types ont un lien avec l'asymétrie de l'information car elles diminuent et réduisent considérablement l'importance des décisions des consommateurs. Le consommateur n'a pas à prendre de décision sur le contenu du contrat car celui-ci est déjà établi pleinement et clairement par le législateur. CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, l'expriment : 201

*Des contrats rééquilibrés par la loi. Pour certains contrats, la politique consistant à protéger le contractant le plus faible prend la dimension du contrat tout entier : des règles impératives imposent certaines obligations au contractant qui se trouve en situation de force. Les clauses contraires sont frappées de nullité, même si elles ont été acceptées. Le contrat est partiellement construit par la loi. La liberté contractuelle ne subsiste que pour les clauses ne faisant pas l'objet de dispositions impératives<sup>241</sup>.*

L'unification du contenu des contrats (les clauses types) peut être radicale et contestée dans les pays avec un modèle libéral. Cependant il est important de préciser que ce remède n'a été utilisé que dans quelques domaines, par exemple pour les crédits à la consommation<sup>242</sup>. Dans le secteur du droit des assurances, les législations prévoient des couvertures uniformes et égales pour certaines assurances obligatoires spéciales (assurance maladie, assurance responsabilité automobile, assurance incendie et catastrophes naturelles)<sup>243</sup>. 202

<sup>239</sup> JULIEN, pp. 280-285 ; SCHWARCZ, « *Reevaluating Standardized Insurance Policies* », pp. 1264-1349 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 764-765 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182.

<sup>240</sup> VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, p. 107.

<sup>241</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, p. 215.

<sup>242</sup> JULIEN, pp. 280-285.

<sup>243</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 126-129 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, p. 24 et pp. 764-765.

203 Il s'agit d'une limitation excessive de l'autonomie des entreprises qui peut avoir pour effet de décourager l'innovation. C'est pourquoi son utilisation est limitée à des cas très spécifiques. À notre avis, il y a certaines décisions très importantes pour les consommateurs, c'est pour cela qu'il serait souhaitable d'augmenter à l'avenir le nombre de cas de *clauses types*, sans abandonner le modèle économique libéral que nous avons.

## D. La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP)

204 Dans le droit financier du Royaume-Uni, *une nouvelle méthode de conception et surveillance des produits* a été mise au point. Selon cette méthode, les consommateurs doivent être au centre du système et les produits financiers doivent être conçus en fonction de leurs besoins et des risques de la distribution de produits. De plus, il faut faire un suivi constant des produits à toutes les étapes et pas seulement au stade de l'acte de vente <sup>244</sup>. PAILLER l'évoque :

*Obligations du concepteur. Sur le modèle de la directive MIF II, le nouveau dispositif européen en matière de distribution de produits d'assurance innove en créant un nouvel encadrement qui intervient tout au long de la commercialisation du produit d'investissement : il ne s'agit plus de se placer uniquement au stade de l'acte de vente au sens strict, mais bien de prendre en considération, en amont, le processus en son entier* <sup>245</sup>.

205 Sur la base de cette méthode, les produits qui ne répondent pas aux besoins et qui ne conviennent pas aux consommateurs doivent cesser d'être commercialisés.

206 Pour expliquer la nouvelle approche, la métaphore du médicament pharmaceutique ou d'un vaccin est utilisée. Normalement, pour le lancement d'un nouveau produit de ce type il est nécessaire :

- Dans la conception du produit, l'entreprise pharmaceutique (concepteur) doit : analyser le besoin d'une notice ; tester le médicament ; déterminer la pathologie précise (le marché cible) ; étudier les contre-indications (le marché cible négatif) ; et stipuler les modalités d'administration, c'est-à-dire, la posologie (stratégie de distribution).
- Dans la distribution du produit, le distributeur (médecin) doit questionner le patient pour établir un diagnostic (exigences et besoins) ; la connaissance de sa pharmacopée ; la prescription, etc.

207 D'une manière similaire, dans la nouvelle approche de la politique de GSP il y a plusieurs obligations organisationnelles applicables tant pour le concepteur que pour le distributeur du produit, comme c'est le cas de :

- Mise en place d'un processus de validation de chaque produit, ou des modifications significatives apportées à un produit d'assurance ;
- Détermination d'un marché cible ;
- Détermination d'une stratégie de distribution ;
- Mise à la disposition des distributeurs de tous les renseignements utiles sur le produit et le marché cible ;
- Révisions périodiques des dispositifs<sup>246</sup>.

208 Les autorités de surveillance doivent contrôler les professionnels pour s'assurer qu'ils respectent la politique gouvernance et surveillance des produits (méthode de conception et distribution de produits). En cas de violation, les professionnels doivent être sanctionnés.

---

<sup>244</sup> PAILLER, pp. 176-180 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 113-121 ; MARANO, « *The Product Oversight and Governance* », pp. 59-96 ; SOLA, pp. 109-123.

<sup>245</sup> PAILLER, pp. 176.

<sup>246</sup> ACPR BANQUE DE FRANCE.

Cela implique un renforcement des responsabilités et la mise en place d'une structure de surveillance très stricte par les autorités de surveillance de chaque pays<sup>247</sup>.

À notre avis, la politique de GSP est une méthodologie très intéressante avec des objectifs louables. Toutefois, étant donné qu'elle est extrêmement sophistiquée et complexe, elle ne peut s'appliquer qu'à certains types de produits, tels que les produits d'investissement et les produits présentant un risque élevé de pertes. Il serait totalement inefficace d'un point de vue économique de généraliser cette méthode, en particulier pour les produits de masse bon marché offerts aux consommateurs. En outre, les autorités de surveillance de chaque secteur n'ont pas la capacité d'exercer un contrôle aussi complet sur tous les produits. 209

## E. L'interdiction totale de conclure certains contrats

Étant donné qu'il y a des affaires ou des contrats qui sont extrêmement complexes, risqués et techniques, un remède est *l'interdiction totale* pour que les consommateurs inexpérimentés et vulnérables ne puissent conclure certains types de contrats. 210

À l'heure actuelle, tous *les produits d'investissement* présentent un risque de perte (il n'y a pas d'investissement 100 pour cent sûr), il est donc difficile de déterminer quels produits interdire, notamment, si on tient compte du fait que les produits les plus attrayants pour leurs grands profits sont, généralement, les plus risqués. 211

Comme l'a fait remarquer LOACKER, le modèle du marché libre n'utilise pas cette mesure, étant donné qu'elle est considérée comme radicale et extrêmement paternaliste car elle ne crée pas une solution au déséquilibre de l'information, mais élimine totalement la source du problème en limitant l'autonomie privée<sup>248</sup>. 212

À notre avis, s'il est vrai qu'il existe sur le marché des produits extrêmement complexes qui peuvent entraîner de lourdes pertes pour les consommateurs, l'interdiction totale de commercialisation de certains produits doit être la dernière option car cela implique de sous-estimer la capacité des consommateurs à prendre leurs propres décisions, et les individus ont le droit de prendre des risques avec des produits aléatoires. C'est pour cette raison qu'il convient dans ces cas-là de recourir à d'autres mesures telles que le devoir d'information, l'avis obligatoire d'un intermédiaire, la politique de GSP et les clauses types. 213

## F. Le devoir d'information (modèle d'information)

*Le devoir d'information du professionnel* est né comme une réponse au grand problème de l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats<sup>249</sup>. Comme VIGNERON l'explique : 214

*L'amélioration de l'information tend à corriger la faiblesse du consommateur résultant des problèmes liés à l'asymétrie de l'information sur le marché. L'asymétrie d'information réside, nous l'avons dit, dans le fait que le consommateur se trouve face à un opérateur économique qui œuvre dans des marchés qu'il connaît bien, pour y conclure de nombreux contrats, alors que lui-même, pour la satisfaction de ses besoins personnels ou familiaux, opère sur de nombreux marchés qu'il connaît mal, du fait qu'il n'y conclut qu'un nombre limité de con-*

<sup>247</sup> PAILLER, pp. 176-180 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 113-121 ; MARANO, « *The Product Oversight and Governance* », pp. 59-96 ; SOLA, pp. 109-123.

<sup>248</sup> LOACKER, pp. 44-52.

<sup>249</sup> STRAETMANS, pp. 1-7 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 687-718.

*trats. Or la recherche d'informations pertinentes est très souvent coûteuse en temps et en argent pour le consommateur, voire sans proportion avec la valeur du bien à acquérir. Un consommateur mal informé ne peut, d'autre part, effectuer un choix éclairé et faire jouer la concurrence entre les entreprises : la demande des consommateurs doit, pour ce faire, être l'expression libre, consentie et rationnelle de leurs besoins*<sup>250</sup>.

215 Comme HUG le définit, le devoir d'information précontractuel du professionnel est :

*Toute règle de comportement commandant d'informer l'autre partie, avant la conclusion du contrat, indépendamment du fait que cette partie demande, expressément ou implicitement, à être renseignée à ce sujet. Une partie qui ne serait pas correctement informée encourt le risque de conclure un contrat ne correspondant pas à ses attentes, ce que le législateur estime parfois nécessaire de prévenir. En ce sens, un tel devoir entend pallier le déficit informationnel de l'une des parties négociantes et il vise à préserver la formation libre et éclairée de sa volonté*<sup>251</sup>.

216 **L'établissement des devoirs précontractuels est une rupture du paradigme contractuel libéral**, puisqu'on passe d'un système fondé sur l'égalité des armes et la liberté (l'obligation de chaque partie de défendre ses intérêts) à **un système où il existe des devoirs de coopération, de solidarité contractuelle et de confiance précontractuelle (contrôle de la liberté des professionnels)**<sup>252</sup>. En d'autres termes, les consommateurs doivent recevoir des informations complémentaires pour prendre des décisions en connaissance de cause (un outil pour protéger le consentement).

217 S'il est vrai que le champ d'application est limité et que les sanctions pour violation de ces devoirs (responsabilité précontractuelle) s'appliquent en cas de violations graves, c'est un changement fondamental d'approche. RAYMOND affirme :

*Le solidarisme est opposé généralement à une vision pure et dure de l'autonomie de la volonté, telle qu'elle a pu être conçue par les libéraux de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. À partir de ce solidarisme contractuel, il serait trop facile de dire que, en droit de la consommation, le solidarisme a remplacé le libéralisme. Cependant, on ne peut nier une influence certaine de ces thèses dans le droit de la consommation. L'ensemble du droit de la consommation est imprégné de solidarisme, mais il n'a pourtant pas remis en cause la règle de l'autonomie de la volonté ; une lecture faite par certains auteurs conduit au contraire à dire que les mesures de protection prises en faveur des consommateurs ne sont qu'une déclinaison de la règle de l'autonomie de la volonté*<sup>253</sup>.

## VI. La prépondérance du devoir d'information du professionnel

218 La plupart des pays ont introduit un modèle d'information complémentaire, selon lequel les consommateurs doivent recevoir des informations supplémentaires des professionnels pour pouvoir prendre des décisions informées<sup>254</sup>. Comme POILLOT l'exprime :

---

<sup>250</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 32.

<sup>251</sup> HUG, p. 181.

<sup>252</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-17 et pp. 65-160 ; RAYMOND, pp. 1-7 ; RISKE, pp. 187-238 et aussi pp. 443-518 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>253</sup> RAYMOND, pp. 4-5.

<sup>254</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 75-106 ; LOACKER, pp. 44-148 ; VANNEROM, pp. 73-100.

*Il n'est pas exagéré de dire que le droit communautaire a fait un véritable triomphe à l'obligation d'information comme instrument juridique de protection du consommateur. Ce phénomène a d'ailleurs été relevé par une doctrine autorisée en droit privé européen, qui n'hésite pas à affirmer que la politique communautaire de protection du consommateur est principalement fondée sur la stratégie de l'information<sup>255</sup>.*

C'est pourquoi **le devoir d'information a une importance prépondérante, en comparaison avec d'autres remèdes, qui ont été moins utilisés** <sup>256</sup>. 219

Certains auteurs critiquent le fait que la réglementation se soit concentrée sur le devoir d'information, étant donné qu'il existe d'autres méthodes moins utilisées, mais plus efficaces<sup>257</sup>. Par exemple, le professeur américain SCHWARCZ affirme qu'afin de chercher la transparence, le droit a obligé les professionnels à fournir des informations aux consommateurs ou à leurs représentants (organisations de consommateurs, journalistes, académiciens), alors qu'il y a des mesures plus efficaces comme le contrôle du contenu des produits. C'est pour cette raison que SCHWARCZ propose que le droit de la consommation donne la priorité à d'autres mesures plus efficaces, et non au devoir d'information <sup>258</sup>. 220

Comme on va l'exposer dans la dernière partie de la recherche, **BEN-SHAHAR et SCHNEIDER affirment que le devoir d'information du professionnel a échoué**, il faut donc, d'après eux, chercher d'autres solutions plus efficaces en vue de surmonter l'asymétrie de l'information. <sup>259</sup>. Selon ces professeurs américains, le devoir d'information n'a pas abouti à son objectif d'éviter la déception des consommateurs et de faire que ceux-ci prennent des décisions éclairées puisque la plupart des décisions des consommateurs sont impulsives, émotionnelles et irrationnelles. Même si les professionnels donnent l'information précontractuelle de manière objective, les décisions, de la part des consommateurs, ne sont pas prises habituellement en fonction de celle-ci, mais en fonction des fausses représentations et attentes qui ne sont pas conformes à la réalité (information objective) et, par conséquent, le résultat est la déception <sup>260</sup>. 221

Dans leur livre intitulé « *More Than You Wanted to Know : The Failure of Mandated Disclosure* » ces professeurs affirment que le devoir d'information des professionnels fonctionne rarement, et expliquent de manière détaillée la raison de cet échec<sup>261</sup>.

La présente thèse se concentre sur le devoir d'information. Toutefois, nous sommes conscients que ce n'est pas la seule solution et qu'il faudra dans l'avenir créer des programmes qui articulent et combinent les différentes stratégies de gestion de l'asymétrie de l'information. 222

Quelques juristes ont décidé d'étudier en profondeur les autres remèdes correctifs, comme c'est le cas de MARIANO<sup>262</sup>, SCHNEIDER, BEN-SHAHA<sup>263</sup> et SCHWARCZ<sup>264</sup> et AYRES/SCHWARTZ<sup>265</sup>. Autrement dit, ils se concentrent sur d'autres stratégies. Nous nous réjouissons que tous les juristes n'aient pas les mêmes approches surtout parce que les autres stra- 223

<sup>255</sup> POILLOT, p. 94 et pp. 91-114.

<sup>256</sup> LOACKER, p. 57.

<sup>257</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 1-272. Voir aussi : STRAETMANS, pp. 73-85 ; SCHWARCZ. « *Transparently Opaque* ».

<sup>258</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* ».

<sup>259</sup> Infra. Chapitre 7 : B. 3. 1.L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information

<sup>260</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* » ; SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 1-272 ; STRAETMANS, pp. 73-85.

<sup>261</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp.1-272.

<sup>262</sup> MARANO, « *The Product Oversight and Governance* », pp. 59-96.

<sup>263</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 3-13.

<sup>264</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* ».

<sup>265</sup> AYRES/ SCHWARTZ, pp. 545-609.



tégies alternatives peuvent être la grande solution en cas d'un échec total du modèle d'information. Il faut appliquer *le principe de l'activité d'assurance de répartir les risques (la notion de distribution des risques)*.

## VII. La synthèse

224 Pour conclure, on peut souligner :

- Il y a différents remèdes (solutions) qui ont été mis en pratique pour corriger l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation. Quelques remèdes sont des solutions proposées par le marché même tandis que d'autres sont le résultat de l'intervention de l'État.
- Le devoir d'information a une importance prépondérante, en comparaison avec d'autres mécanismes ayant été moins utilisés. Cependant il faudra à l'avenir créer des programmes qui articulent et combinent les différentes stratégies de gestion de l'asymétrie de l'information.

Troisième partie :

## Le devoir d'information du professionnel



## Chapitre 5 : Le devoir d'information du professionnel dans les contrats de consommation

Le présent chapitre sera consacré à la présentation du point de vue juridique du devoir d'information des professionnels. C'est pour cela qu'on fera une caractérisation générale sur l'étendue du devoir, notamment la naissance, la source, l'emplacement, le fondement, les objectifs, les caractéristiques, le contenu, les limites et les sanctions. Cette présentation constituera un apport et une base théorique pour l'analyse que nous ferons sur le devoir d'information dans le contrat d'assurance. 225

Les aspects suivants seront abordés : 226

- L'origine jurisprudentielle (I).
- Le fondement de l'obligation d'information (bonne foi, transparence, confiance) (II).
- Les devoirs précontractuels (III).
- La dispersion du devoir d'information dans la législation (IV).
- Les ordres de protection du droit de la consommation appliqués au devoir d'information (V).
- Les objectifs du devoir d'information (VI).
- Les circonstances qui déterminent l'intensité du devoir d'information (VII).
- L'intensité du devoir d'information (VIII).
- Les caractéristiques de l'information (IX.).
- Le contenu du devoir d'information (X).
- La proportionnalité et la détermination de l'information essentielle (XI).
- Les limites au devoir d'information du professionnel (XII).
- Les conséquences de la violation du devoir d'information du professionnel (XIII).
- La synthèse (XIV).

### I. L'origine jurisprudentielle

Comme de nombreux doctrinaires l'on déjà longuement étudié, le devoir d'information fait partie de l'ensemble des *devoirs précontractuels que la jurisprudence a créés sur la base des principes du droit (la bonne foi, la transparence et la confiance)*<sup>266</sup>. VOGEL et VOGEL l'évoquent : 227

*L'obligation d'information a vocation à rétablir l'équilibre contractuel, en termes de connaissances et de compétences, entre les parties au contrat de vente, notamment lorsque celui-ci lie un professionnel à un profane. Particulièrement développée en matière bancaire et médicale, elle est applicable à tous types de débiteurs professionnels. Véritable création prétorienne, elle présente un caractère précontractuel lorsque sa délivrance ou sa rétention détermine le consentement du cocontractant et une nature contractuelle lorsqu'elle conditionne la bonne exécution du contrat formé. Implicite jusqu'à la réforme du droit des contrats, elle prend sa source dans la bonne foi visée à l'article 1104*

---

<sup>266</sup> CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 59-95 ; RISKE, pp. 187-249 ; KUONEN, pp. 5-207 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; HUG, pp. 303-348 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-48 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; TRUCHET, pp. 7-78 ; BIANCA, pp. 175-199.

*(ancien art. 1134) et les vices du consentement – erreur, dol, violence – énoncés à l'article 1130 (ancien art. 1109)<sup>267</sup>.*

Dans le même sens, JULIEN explique que **le devoir d'information n'est pas une nouveauté du droit de la consommation** :

*L'obligation d'information n'est pas une nouveauté due au droit de la consommation proprement dit. Elle est déjà fortement présente en droit civil. Cependant, alors que l'information en droit commun était essentiellement d'origine jurisprudentielle avant la réforme opérée en 2016, le Code de la consommation en a fait dès l'origine une obligation légale. Elle est bien entendu imposée au professionnel, afin que le consommateur puisse contracter en toute connaissance de cause<sup>268</sup>.*

228 Par le passé, l'absence totale d'obligations de conduite pendant les négociations des contrats engendrait et permettait les abus de l'une des parties. Sauf lors de tromperies très graves (situations caractérisées), il n'y avait pas d'indemnisations de dommages ou de contrôle des comportements des parties au cours des négociations. Progressivement, des limites à la liberté contractuelle ont été établies grâce à *la création jurisprudentielle des devoirs de coopération fondés sur les principes de la bonne foi, de la confiance et de la transparence* et l'établissement de la réparation de dommages en cas de violation (responsabilité précontractuelle)<sup>269</sup>.

229 Par la suite, ces devoirs ont été incorporés soit dans le Code des obligations, soit dans le code de la consommation, ou dans les différentes branches du droit. Comme RAYMOND affirme, l'information du consommateur est une nécessité aussi pratique que juridique, laquelle a été reconnue juridiquement dans la résolution #39/248 d'avril 1985 des Nations Unies (NU), dans les dispositions communautaires européennes et dans les droits nationaux.

En ce qui concerne la nécessité juridique en France, RAYMOND exprime également :

*Juridiquement, la nécessité de l'information du consommateur a été affirmée dans la résolution n° 39/248 du 9 avril 1985 des Nations unies et dans la charte du Conseil de l'Europe, ou, plus proche de nous, dans l'article 1682 du Code civil. Des dispositions communautaires viennent renforcer sur tel ou tel point les obligations d'information qui pèsent sur le professionnel. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a imposé de nouvelles informations précontractuelles réglementées désormais par les articles L. 111-1 à L 111-8 du Code de la consommation<sup>270</sup>.*

230 Après examen de la littérature, nous nous rendons compte que la plupart des pays ont un devoir d'information dans les contrats de consommation consacré dans l'ordre juridique. Alors que *les pays du droit civil* ont introduit le devoir d'information dans leur législation, les pays du « *common law* » ont reconnu cette notion par décisions des juges (les précédents judiciaires)<sup>271</sup>.

231 La présente thèse ne se concentrera pas sur la création jurisprudentielle (analyse des différents arrêts) et historique du devoir d'information du professionnel car il s'agit d'un sujet qui a été largement étudié et analysé<sup>272</sup>. Notre recherche part de la réalité que le devoir a

---

<sup>267</sup> VOGEL/ VOGEL, p. 763.

<sup>268</sup> JULIEN, p. 113.

<sup>269</sup> RISKE, pp. 187-238 et aussi pp. 443-518 ; KUONEN, pp. 5-207 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; HUG, pp. 107-113 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>270</sup> RAYMOND, p. 343.

<sup>271</sup> SEFTON-GREEN, pp. 24-30 ; STÄUBLI, pp. 323-350.

<sup>272</sup> Pour approfondir dans l'analyse sur l'origine jurisprudentielle de ce devoir en Suisse, consulter la thèse de doctorat de RISKE et KUONEN. Voir: RISKE pp. 187-578 ; KUONEN, pp. 7-209.

déjà été consacré légalement, nous nous concentrerons donc sur les problématiques de sa mise en pratique (les discussions sur la portée du devoir).

## II. Le fondement de l'obligation d'information (la bonne foi, la transparence, la confiance)

*Les devoirs précontractuels ont été créés par la jurisprudence*, c'est-à-dire, les juges ont dû adapter la législation existante et interpréter les principes pour créer l'institution. Sur la base des principes généraux du droit (*bonne foi, transparence et confiance*), les juges ont reconnu des devoirs précontractuels pendant le stade des négociations qui limitent l'autonomie privée et engagent la responsabilité précontractuelle en cas de violation<sup>273</sup>. En d'autres termes, **c'est un cas où les principes généraux sont source de devoirs de comportement**<sup>274</sup>.

Pendant la phase précontractuelle les parties passent d'un antagonisme à une coopération mutuelle. Dans le passé chacune des parties cherchait à faire valoir ses intérêts qui pouvaient être divergents de ceux de l'autre partie. Mais aujourd'hui, compte tenu de la confiance générée tout au long de l'avancement des négociations, les parties doivent agir de manière solidaire, transparente et de bonne foi pour aboutir à un but commun et convergent<sup>275</sup>.

Dans le cas concret du devoir d'information, il est prévu que la partie ayant une position dominante (la détentrice de l'information) coopère avec l'autre partie afin de résoudre l'asymétrie de l'information. Par exemple, dans le déséquilibre d'information des relations de consommation, le professionnel doit fournir les informations complémentaires nécessaires pour que le consommateur donne son consentement librement et en connaissance de cause. En d'autres termes, compte tenu de l'asymétrie de l'information, les parties devraient tenir compte des intérêts de l'autre partie et fournir les éléments nécessaires pour un consentement éclairé. La naissance de l'obligation d'information résulterait de la nécessité de protéger le consentement dans quelques cas d'asymétrie de l'information<sup>276</sup>.

KHOURY évoque, d'une part, que *le devoir de coopération* est un principe de nature à justifier le devoir d'information, et d'autre part, que *la solidarité contractuelle* n'est pas contraire à la recherche du profit pour chaque partie (le modèle économique libéral). Selon ses mots :

*Dans un second temps, le devoir de coopération est un principe de nature à justifier l'obligation d'information lato sensu. Le devoir de coopération représente l'attitude positive des cocontractants, leur entraide. Cette obligation de coopération est directement issue du principe de solidarité contractuelle, apparu récemment et défendu par une partie de la doctrine. Le principe de solidarité milite pour un monde contractuel où règnent le dialogue, la coopération, la collaboration et l'assistance mutuelle entre les parties. Ce principe repose sur l'idée que le contrat représente une communauté d'intérêts pour les cocontractants. Leur lien contractuel ne doit plus être perçu comme l'opposition entre des inté-*

<sup>273</sup> RISKE, pp. 187-249 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 164-165 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-48 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; BIANCA, pp. 175-199.

<sup>274</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350 ; KUONEN, pp. 427-484 ; JULIEN, 114-119 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 59-94 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94.

<sup>275</sup> KUONEN, pp. 211-228 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>276</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; KHOURY, pp. 17-30.

*rêts opposés, égoïstes et divergents nécessitant continuellement la défense personnelle de leurs droits. Le principe de solidarité replace, au cœur du contrat, l'avantage mutuel, qui ne peut être mis en œuvre sans une entraide réaliste entre les parties. Le principe de solidarité est le fondement d'un espace contractuel nouveau, où les parties prennent conscience qu'il n'est pas utopique de maximiser leurs bénéfices en accordant leur confiance aux autres protagonistes. Le but est de mettre en place, à travers le contrat, un projet avantageux pour tous. Ce principe de solidarité est apparu nécessaire pour rééquilibrer la plupart des relations économiques actuelles, permettant de rétablir des rapports contractuels quelque peu déséquilibrés.*

*Il ne fait pas de doute, selon nous, que le devoir de conseil s'inscrit dans une logique solidariste entre les parties à un contrat. À notre avis, il n'existe pas d'antagonisme majeur entre l'exigence de coopération et la recherche du plus grand profit par les parties. Nous ne désirons pas faire du contrat le terrain de prédilection d'un solidarisme poussé à l'extrême, sans en définir les limites. L'engagement des personnes dans une relation contractuelle reste le moyen pour elles de réaliser des bénéfices, de maximiser leur profit. Le principe de solidarité contractuelle n'est pas indifférent à ces considérations économiques d'efficacité et de profit. La coopération demeure un outil bénéfique pour tous, et notamment pour les personnes qui contractent dans le but de retirer des bénéfices substantiels. Ces bénéfices ne sont possibles que si les parties au contrat s'inscrivent dans une relation de confiance<sup>277</sup>.*

- 236 La responsabilité précontractuelle pour violation de devoir d'information est une entorse à la liberté de conclure des contrats déséquilibrés, qui déroge à la règle selon laquelle les parties supportent ses propres risques précontractuels. Comme le dit KUONEN :

*Malgré la conclusion d'un contrat valable, une des parties peut vouloir rechercher la responsabilité de son cocontractant pour un comportement qu'il a eu dans la phase précontractuelle : on pense avant tout à une violation d'un devoir d'information. Ce n'est pas le lieu de trancher la question de la nature de cette responsabilité contractuelle ou précontractuelle que nous traiterons ultérieurement. L'admission du principe d'une telle responsabilité génère en effet l'idée qu'il est possible d'obtenir un contrôle de l'équilibre des prestations contractuelles. La liberté contractuelle postule pourtant que les parties sont libres de conclure toute espèce de contrat et que rien n'empêche l'une des parties de faire, au détriment de l'autre, une « bonne affaire ». Les règles sur la lésion (CO 21) posent une première limite à cette liberté. L'application de la responsabilité précontractuelle dans cette hypothèse en ajoute une autre. Il devient en effet possible à la partie qui se rend compte après la conclusion du contrat qu'elle doit plus qu'elle ne va recevoir de rechercher en responsabilité l'autre partie en faisant de l'insuffisance des informations dont elle a bénéficié la cause du déséquilibre des prestations réciproques<sup>278</sup>.*

- 237 **Après la consécration légale des devoirs précontractuels, on pourrait penser que l'application pratique des principes généraux (bonne foi, confiance, abus de droit, transparence) a perdu de son importance. Cependant, compte tenu des graves problèmes pour établir le champ d'application du droit de la consommation (débat sur la délimitation du champ d'application et les problèmes d'articulation), les principes ont une grande valeur interprétative. En d'autres termes, l'approche du débat change, mais l'importance des principes subsiste<sup>279</sup>.**

---

<sup>277</sup> KHOURY, pp. 21-22.

<sup>278</sup> KUONEN, p. 9.

<sup>279</sup> NEME/ CHINCHILLA affirment que, dans de nombreux cas, l'application du devoir d'information ne peut pas se faire de manière automatique, mais que le principe de bonne foi doit être pondéré et interprété en

238 Finalement, il existe actuellement une *tension entre les juristes traditionnels fondés sur des principes et les juristes fondés sur des théories modernes de protection des consommateurs*. HUG fait quelques réflexions à ce sujet :

*Une situation – somme toute encore relativement – nouvelle exige quoi qu'il en soit un traitement original et d'éventuels aménagements législatifs. Le défi est de l'inscrire dans la continuité des principes fondamentaux du droit privé. La difficulté de la tâche réside dans la recherche d'un équilibre entre, d'une part, la conservation des acquis du droit des obligations suisse, c'est-à-dire sa simplicité, sa lisibilité, son style, son élasticité et sa flexibilité et, d'autre part, une protection efficace et précise du consommateur observant les intérêts légitimes des professionnels également. Des considérations liées au rapprochement des législations, notamment pour des motifs de rationalité économique, doivent nécessairement encadrer la réflexion<sup>280</sup>.*

239 Pour favoriser un dialogue, nous pensons que :

- D'abord, le processus d'adaptation du droit aux changements de la société est nécessaire.
- De plus, il est pertinent de simplifier et de vulgariser les discours. Comme nous l'avons mentionné, la réduction de la complexité doit commencer dès l'académie elle-même. Autrement dit, adapter le discours permet aux théories traditionnelles de perdurer.
- La discussion doit porter sur les idées de fond et non sur la terminologie utilisée. Par exemple, il est anachronique et confus que des locutions latines soient utilisées inutilement.
- Finalement, **les réflexions fondées sur le principe doivent devenir un outil dans le processus d'adaptation, mais non un obstacle à la modernisation du droit de la consommation et, en général, du droit des contrats.**

### III. Les devoirs précontractuels

240 Le devoir d'information fait partie de *l'ensemble des devoirs précontractuels* qui doivent être respectés par les parties durant la négociation d'un contrat. Afin de contextualiser, il est nécessaire de présenter brièvement les principaux devoirs précontractuels (A) et les conséquences en cas de violation des devoirs précontractuels (B).

#### A. Les principaux devoirs précontractuels

241 *Les principaux devoirs précontractuels sont : Le devoir de négocier sérieusement (1), l'obligation de se renseigner (2), le devoir de vérité (3), le devoir d'information (4), les autres devoirs (5).*

##### 1. Le devoir de négocier sérieusement

242 Au cours des négociations, *une confiance mutuelle* entre les parties émerge progressivement, passant d'un antagonisme à une confiance mutuelle. Par conséquent, si les négociations sont interrompues de mauvaise foi dans un stade avancé, cela peut causer des dommages à la contrepartie. Dans le même sens, si l'une des parties n'a pas l'intention réelle de

---

fonction des circonstances de chaque situation particulière, pp. 70-96. Aussi voir: NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125.

<sup>280</sup> HUG, p. 97.



négocier ou sait qu'il est impossible de parvenir à un accord, elle doit s'abstenir de susciter de faux espoirs et de prolonger la négociation de manière infructueuse<sup>281</sup>.

243 Sur la base de ce qui précède, la jurisprudence a établi que les contractants ont *le devoir de négocier sérieusement*, et toute interruption des négociations qui viole la bonne foi contractuelle entraîne l'obligation de réparer les dommages causés. Lorsque les parties ont confiance en la conclusion du contrat, elles commencent à faire des frais préparatoires à l'exécution du contrat qui doivent être remboursés.

## 2. L'obligation de se renseigner

244 Chaque partie doit rechercher elle-même les informations qu'elle juge importantes. De plus, les individus doivent agir avec prudence et diligence dans leurs affaires. C'est pour cela qu'en cas de doute le consommateur doit demander au professionnel les informations importantes en vue d'accorder son consentement.

245 Lors de la détermination de la responsabilité précontractuelle, **les juges doivent mettre sur la balance le devoir d'information et le devoir de se renseigner**<sup>282</sup>. Les professeurs TERCIER et PICHONNAZ l'expriment :

*Lorsque le contrat est conclu, celui qui ne s'informe pas suffisamment et conclut néanmoins le contrat ne devra s'en prendre qu'à lui-même et ne pourra invoquer son erreur, sauf à des conditions restrictives ; s'il remplit pourtant les conditions légales, il pourra certes se libérer, mais devra en contrepartie réparer le dommage ainsi causé à l'autre partie en raison de sa négligence*<sup>283</sup>.

Ultérieurement, au moment d'exposer les limites du devoir d'information, nous indiquerons que l'une d'elles est l'articulation avec *le devoir de se renseigner*<sup>284</sup>.

## 3. Le devoir de vérité

246 Les parties doivent communiquer des informations aussi exactes que possible sur les caractéristiques et les conditions du contrat. Les parties doivent s'abstenir de communiquer des informations irréelles à l'autre partie et d'éclaircir des éléments ou de fausses attentes qui se produisent erronément. En d'autres termes, les parties doivent veiller à la véracité des représentations faites par l'autre cocontractant sur les caractéristiques et conditions du contrat<sup>285</sup>.

## 4. Le devoir d'information

247 Afin de résoudre l'asymétrie de l'information, les parties doivent délivrer de bonne foi à l'autre partie toutes les informations qui peuvent influencer le déroulement des négociations, la décision de conclure, les conditions ou la validité du contrat<sup>286</sup>.

Le devoir d'information fait l'objet de la présente analyse prospective de droit. Cependant, nous ne nous concentrons pas sur le devoir général d'information découlant de la bonne foi

---

<sup>281</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; KUONEN, pp. 444-445 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; BIANCA, pp. 175-199.

<sup>282</sup> KUONEN, pp. 448-450 ; HUG, pp. 303-348 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70 ; JARAMILLO, *Tome 3*, pp. 319-357.

<sup>283</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 163.

<sup>284</sup> *Infra*. Chapitre 5 XII. D. La délimitation entre le devoir de s'informer soi-même et le devoir d'informer.

<sup>285</sup> KUONEN, p. 453 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217.

<sup>286</sup> KUONEN, pp. 448-450 ; HUG, pp. 303-248 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-44.

à charge des deux parties, mais sur le devoir d'information spécifique imposé au professionnel en raison du déséquilibre contractuel dans les contrats de consommation (asymétrie de l'information)<sup>287</sup>.

Également, le devoir d'information est apparu comme une obligation précontractuelle découlant du principe de la bonne foi, mais la doctrine a admis qu'il ne se limite pas à la conclusion du contrat, mais s'étend à l'ensemble de la relation contractuelle. C'est pourquoi les parties doivent fournir de bonne foi toutes les informations pertinentes tout au long de la relation contractuelle, en particulier dans les contrats successifs comme c'est le cas du contrat d'assurance<sup>288</sup>. 248

## 5. Les autres devoirs

Certains auteurs évoquent l'existence de quelques devoirs précontractuels additionnels, mais il n'y a pas de consensus dans la doctrine sur leur inclusion ou on considère qu'ils sont intégrés dans les devoirs déjà exposés. À titre d'illustration : 249

- *Le devoir précontractuel de ne pas compromettre l'objet du contrat* : la partie doit conserver l'objet du contrat dans le même état qu'il a été offert, c'est-à-dire, de respecter les attentes des parties<sup>289</sup>.
- *Le devoir de conseiller l'autre partie* : dans certains cas spéciaux, le cocontractant doit prodiguer un conseil individuel sur le produit qui est le plus adapté aux besoins de l'autre partie. Ultérieurement, lorsque nous parlerons des limites du devoir d'information, nous exposerons les différences entre *le devoir d'information et le devoir de conseil*<sup>290</sup>.
- *Le devoir de se comporter loyalement* : les individus doivent se comporter loyalement pendant la phase précontractuelle, ce qui implique l'interdiction de menacer l'autre partie, d'exercer des pressions illicites (par exemple en abusant de sa position dominante), de s'entendre avec des concurrents contrairement au droit de la concurrence et de divulguer des informations confidentielles<sup>291</sup>.

## B. Les conséquences en cas de violation des devoirs précontractuels

Au cours de la négociation des contrats, un préjudice peut résulter de la violation des devoirs précontractuels (*responsabilité précontractuelle*)<sup>292</sup>. Comme RISKE le définit en termes simples : 250

*La responsabilité précontractuelle est une des sanctions pour culpa in contrahendo. Elle oblige la personne responsable à réparer le préjudice causé à la personne lésée par la violation d'un devoir imposé au stade précontractuel.*

*L'institution de la responsabilité précontractuelle trouve son fondement dans un postulat voulant que les parties en phase précontractuelle doivent se comporter de bonne foi*<sup>293</sup>.

<sup>287</sup> HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189.

<sup>288</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350 ; HUG 303-348 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-48 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114.

<sup>289</sup> KUONEN, pp. 448-450.

<sup>290</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; JULIEN, pp. 114-127 ; VOGEL/ VOGEL, pp. 770-772 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 123 ; PIGNARRE, pp. 89-11 ; KHOURY, pp. 35-127.

<sup>291</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; KUONEN, pp. 456-466.

<sup>292</sup> KUONEN, pp. 587-592 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 59-120 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125.

251 Selon *les devoirs précontractuels* décrits ci-dessus, il y a deux scénarios en cas de violation de ces derniers : *le cas de non-conclusion du contrat (1) et le cas de conclusion du contrat (2)*.

## 1. Le cas de non-conclusion du contrat

252 Les parties n'ont pas conclu de contrat, mais, conformément à la bonne foi et à la confiance suscitée par les négociations, les parties ont des attentes légitimes et ont fait des dépenses raisonnables en anticipant l'imminente conclusion du contrat<sup>294</sup>.

253 Pour certains auteurs, il s'agit là du véritable cas de responsabilité précontractuelle car il n'existe pas formellement un contrat duquel découlent des obligations réciproques. Le devoir précontractuel le plus pertinent à cette situation est *le devoir de négocier sérieusement*, étant donné qu'il s'agit d'indemniser les préjudices engendrés par l'interruption de mauvaise foi des négociations, alors que des attentes légitimes avaient déjà été générées<sup>295</sup>.

## 2. Le cas de conclusion du contrat

254 Les parties ont formellement conclu un contrat, mais la validité de celui-ci est contestée en raison de *violations des devoirs précontractuels découlant de la bonne foi au cours des négociations (le devoir de négocier sérieusement, le devoir de vérité, le devoir d'information)*<sup>296</sup>.

255 Compte tenu du fait qu'il existe un contrat, *la théorie de l'absorption* s'applique, selon laquelle *les devoirs précontractuels se transforment en devoirs contractuels* à partir du moment où les parties ont conclu le contrat<sup>297</sup>. KUONEN l'évoque :

*Lorsque le contrat est valablement conclu, les cas de responsabilité sont généralement sanctionnés par l'action contractuelle, à tout le moins dans le domaine des contrats de bonne foi. Le domaine de la responsabilité précontractuelle ressortit alors intégralement à la responsabilité contractuelle qui absorbe l'ensemble des comportements précontractuels des parties au contrat*<sup>298</sup>.

TERCIER/ PICHONNAZ l'expliquent, également, dans le même sens :

*La responsabilité précontractuelle s'efface devant la responsabilité contractuelle dès qu'un contrat a été conclu ; c'est la théorie dite de l'absorption (arrêt du TF 4C.98/2007 ; arrêt du TF 4C.82/2005 ; TF SJ 1999 | 113c. 3a). La responsabilité contractuelle perd en revanche son bien-fondé lorsqu'aucune action contractuelle n'est donnée, par exemple parce qu'une condition du contrat fait défaut ; c'est ainsi à nouveau la responsabilité précontractuelle qui revit*<sup>299</sup>.

---

<sup>293</sup> RISKE, p. 190.

<sup>294</sup> KUONEN, fait valoir qu'au sens strict, le seul devoir qui est vraiment « précontractuel », c'est-à-dire, antérieur à la conclusion du contrat, est *le devoir de négocier sérieusement*. Les autres devoirs deviennent des devoirs contractuels en application de la théorie de l'absorption, pp. 443-448.

<sup>295</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 164-166 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 261-262 ; RISKE, pp. 212-213 ; KUONEN, pp. 15-49 ; HUG, pp. 328-340 ; NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106 ; BIANCA, pp. 175-199.

<sup>296</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 70-87.

<sup>297</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 164-166 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 261-262 ; RISKE, pp. 212-213 ; KUONEN, pp. 15-49 ; HUG, pp. 328-340.

<sup>298</sup> KUONEN, p. 15.

<sup>299</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 164-166.

Sur la base de ce qui précède, *les instruments contractuels* existants sont applicables. Nous allons approfondir ultérieurement la question de la responsabilité civile pour la violation du devoir d'information en particulier en montrant qu'il y a des auteurs qui affirment l'existence des cas exceptionnels où la théorie de l'absorption n'est pas pleinement appliquée<sup>300</sup>. 256

### C. La synthèse

En relation avec notre sujet de thèse, il est important de souligner les idées essentielles suivantes sur *les devoirs précontractuels* : 257

- Le devoir d'information fait partie d'une classification plus large *des devoirs précontractuels découlant de la bonne foi dans la phase précontractuelle*.
- *Le devoir d'information se complète et se limite aux autres devoirs précontractuels*, tels que le devoir de se renseigner et le devoir de conseil.
- La présente thèse se concentre sur un devoir en particulier, mais il est possible d'effectuer un travail ultérieur sur la catégorie générale, qui pourrait utiliser comme apport les présentes réflexions.

## IV. La dispersion du devoir d'information dans la législation

Le droit de la consommation, y compris le devoir d'information des professionnels, est éparpillé dans différentes parties de la législation, ce qui implique de gros *problèmes de coordination et l'existence même de doubles réglementations*<sup>301</sup>. Par exemple, JULIEN explique qu'en France : 258

*Droit commun et droit de la consommation. Même si le Code de la consommation comporte nombre de dispositions relatives à l'information précontractuelle du consommateur, cette législation poursuit et complète le droit commun, et ne le remplace pas (sauf à déroger sur tel ou tel point). Par conséquent, l'information due au consommateur est avant tout celle due à tout contractant. Du reste, les liens sont étroits entre les deux corps de règles, de même que les jeux d'influence réciproque*<sup>302</sup>.

Le droit de la consommation est *un droit transversal* qui a eu des effets dans toutes les branches du droit. Après avoir examiné la littérature, nous avons pu constater que l'incorporation du droit de la consommation dans le système normatif a été extrêmement complexe et n'a pas été pacifique<sup>303</sup>. HUG l'évoque : 259

*Le droit de la consommation est transversal. Il est pluridisciplinaire, vaste et concerne de nombreux domaines du droit, qu'il s'agisse de droit matériel ou de droit formel. Les normes qui le régissent ne ressortent pas uniquement au droit privé, mais également au droit public. Le domaine est intrinsèquement complexe, de sorte qu'il s'agirait effectivement plutôt d'un amas de règles juridiques protectrices disparates que d'un cadre normatif strictement délimité. Le législateur helvétique a en outre renoncé à une codification harmonisée et systématique du droit de la consommation. L'on ne saurait pourtant automatiquement*

<sup>300</sup> Infra. Chapitre 5.XIII A Les conséquences civiles.

<sup>301</sup> JULIEN, p. 114 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; ALPA, pp. 5-26 ; ROPPO, pp. 177-223 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; COMPIANI, pp. 97-111 ; BARRIENTOS/ LANNI.

<sup>302</sup> JULIEN, p. 114.

<sup>303</sup> JULIEN, pp. 31-35 ; RAYMOND, pp. 26-32 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; BARRIENTOS/ LANNI ; ROPPO, pp. 177-223 ; ALPA, pp. 5-26.

*en déduire qu'une approche plus « ordonnée » du droit de la consommation est la panacée à la gestion de sa complexité<sup>304</sup>.*

260 MARCHAND expose que le droit de la consommation est un *syncrétisme mâtiné* de : droit des obligations, droit administratif, droit économique, droit judiciaire. Il explique la notion :

*Dans une conception aussi large, le droit de la consommation serait un syncrétisme mâtiné de :*

- *Droit des obligations : le contrat avec un consommateur n'est qu'une catégorie de contrats parmi les autres. Sa protection passe par des règles impératives, comme celle du locataire ou du travailleur.*
- *Droit administratif : les mesures administratives de contrôle de la qualité et de la sécurité des produits ont pour but final la protection du consommateur de ces produits.*
- *Droit économique : la libre concurrence favorise une baisse des prix dont le consommateur peut bénéficier.*
- *Droit judiciaire ; la question de l'accès du consommateur à la justice est une question de procédure<sup>305</sup>.*

261 Il est important de mentionner que, compte tenu de la complexité et de la dispersion des sources dans le droit de la consommation, plusieurs juristes proposent de revenir à *un regard systémique et fondé sur l'interprétation des principes généraux du droit*, en utilisant des catégories génériques telles que *les relations asymétriques et les déséquilibres contractuels<sup>306</sup>*.

262 Nous avons identifié deux grands *problèmes d'articulation* que nous allons décrire dans les paragraphes qui suivent :

- Les conflits entre le droit traditionnel et le droit de la consommation (A).
- Les conflits entre le droit de la consommation et les dispositions protectrices de chaque branche (B).
- L'emplacement du devoir d'information du professionnel (C).

## **A. Les conflits entre le droit traditionnel et le droit de la consommation**

263 Afin de protéger les consommateurs, le législateur prévoit des dispositions communes du droit de la consommation, ce qui peut engendrer des conflits quant à leur applicabilité à certaines branches spéciales du droit. Ce conflit s'accroît dans les cas où les juristes d'une branche du droit font valoir que les nouvelles dispositions ne peuvent pas être appliquées, en raison des caractéristiques particulières<sup>307</sup>.

264 Par exemple, aujourd'hui, il existe de nombreux exemples de débats sur l'applicabilité du droit commun des consommateurs au contrat d'assurance. À titre d'illustration :

- La réforme du Code des Obligations en Suisse a introduit un droit de révocation pour les contrats conclus par démarchage à domicile<sup>308</sup>. Cependant, celui-ci ne s'applique

---

<sup>304</sup> HUG, p. 62.

<sup>305</sup> MARCHAND, p. 13.

<sup>306</sup> ROPPO, pp. 177-223 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 1-15 et pp. 251-256 ; NEME/CHINCHILLA, pp. 11-34 ; ALPA, pp. 5-26.

<sup>307</sup> ALPA, pp. 5-26 ; JULIEN, pp. 31-37 ; RAYMOND, pp. 26-32 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; HUG, pp. 1-301 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44.

<sup>308</sup> Art. 40 (a, b, c, d) Code des obligations, RO 27 321, Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations).

pas au contrat d'assurance parce que dans le droit des assurances privées, l'offre d'assurance (proposition) est faite normalement par le preneur d'assurance<sup>309</sup>. La révision récente de la Loi sur le Contrat d'Assurance en Suisse (LCA) a établi le droit de révocation dans le contrat d'assurance, cependant il s'agit d'une réglementation différente du droit commun<sup>310 311</sup>.

- En Suisse, la modification de l'article 8 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) a établi les conditions d'application du régime des clauses abusives (l'absence de négociation individuelle, des conditions générales, les contrats passés avec un consommateur, l'existence d'une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat, la contrariété aux règles de la bonne foi)<sup>312</sup>. Le contrat d'assurance étant un contrat aléatoire fondé sur une promesse, il est difficile de déterminer s'il peut y avoir un déséquilibre entre les obligations. BRULHART explique la controverse :

*L'art. 8 LCD retient en particulier le critère de la disproportion injustifiée entre les droits et obligations des parties. Il convient à cet égard de prendre en compte le résultat d'ensemble de la répartition des engagements contractuels, et non pas de considérer tel aspect de la convention de façon isolée. La répartition est « notable et injustifiée » lorsqu'elle diverge du résultat qui découlerait de l'application des dispositions légales : la différence doit atteindre un degré de gravité suffisant pour induire une atteinte sensible à l'équilibre contractuel. On pèsera les intérêts en cause pour évaluer si, dans un cas d'espèce, le déséquilibre est suffisamment important. La concrétisation n'est pas aisée en matière d'assurance. Le débat porte notamment sur la question de savoir quand un contrat d'assurance présente des caractéristiques telles que l'on pourra considérer l'existence d'une disproportion notable et injustifiée », pour reprendre les termes de la loi.*

*La nature même du contrat d'assurance engendre une apparente disproportion entre la prime perçue et la prestation. Par exemple, dans un contrat d'assurance RC de particulier, une prime modeste permet de couvrir des sinistres portant le cas échéant sur plusieurs millions de francs. A l'inverse, un preneur pourra s'insurger contre le paiement de nombreuses primes, sans avoir obtenu de contre-prestation à défaut d'avoir été lui-même victime d'un dommage assuré<sup>313</sup>.*

- Ainsi, lorsque des codes de la consommation ont été créés au Chili et en Argentine, la doctrine a fortement débattu de leur applicabilité au contrat d'assurance<sup>314</sup>. En Argentine, le Code de la consommation a établi une prescription plus longue que celle du contrat d'assurance et, même à l'heure actuelle, la doctrine est divisée quant à la question de son application ou non<sup>315</sup>.

## **B. Les conflits entre le droit de la consommation et les dispositions protectrices de chaque branche**

Il existe deux manières de créer des dispositions sur la protection des consommateurs (deux approches).

265

<sup>309</sup> MARCHAND, pp. 157-185.

<sup>310</sup> Art. 2 (a), RO 221.229.1, Loi sur le contrat d'assurance (LCA) du 2 avril 1908 (Etat le 1<sup>er</sup> janvier 2022).

<sup>311</sup> SUBILIA, FORNAGE, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 71-82.

<sup>312</sup> Art. 8, RO 1988 223, Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD) (Etat le 1<sup>er</sup> janvier 2022). Voir : PICHONNAZ, pp. 203-232.

<sup>313</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 232.

<sup>314</sup> BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451.

<sup>315</sup> MAGIARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; COMPIANI, pp. 97-111.

- D'une part, on peut créer des dispositions de protection des consommateurs communes pour toutes les branches du droit, par exemple un Code de la consommation (*approche générale*).
- D'autre part, des dispositions de protection du consommateur peuvent être créées pour chaque branche du droit, par exemple des règles de protection du consommateur d'assurance (*approche sectorielle*).

266 Il y a des pays où se présente une duplicité de régimes, c'est-à-dire, à la fois un Code général du consommateur et une loi de protection du consommateur de la branche du droit spécifique. **La duplicité des régimes peut engendrer des conflits sur le droit applicable**, notamment lorsqu'il existe un régime plus favorable pour les consommateurs<sup>316</sup>.

267 Chaque pays a résolu de manière particulière le débat de droit applicable dans ces cas de conflit. En France, par exemple, il existe à la fois un Code de la consommation et des dispositions de protection des preneurs d'assurance, les individus peuvent donc bénéficier de la norme la plus favorable. CHAGNY et PERDRIX affirment :

*Droit de la consommation. Destiné à assurer la protection des consommateurs dans leurs relations avec les professionnels, le droit de la consommation comporte certaines dispositions susceptibles de concerner l'activité et le contrat d'assurance. Il s'agit, en particulier, du livre I du Code de la consommation, relatif à l'information des consommateurs et à la formation des contrats, ainsi du livre IV relatif aux associations de consommateurs.*

*L'existence, au sein du droit des assurances, de règles édictées aux fins de protection du preneur d'assurance n'exclut pas la possibilité, pour les bénéficiaires du droit de la consommation, de se prévaloir de dispositions se rattachant à cette discipline<sup>317</sup>.*

En Colombie, en revanche, la loi spéciale de protection du consommateur financier prévaut sur le Code général de consommation, étant donné que *le principe de la loi spéciale déroge à la loi générale* (c'est le texte spécial qui va prévaloir)<sup>318</sup>.

### C. L'emplacement du devoir d'information du professionnel

268 Compte tenu de ce qui précède, le devoir d'information du professionnel est dispersé et peut être retrouvé dans les règles suivantes :

#### 1. L'obligation générale d'information du droit commun

269 Nous retrouvons des pays où la réglementation du droit commun (Code des obligations) prévoit une obligation générale d'information qui s'applique à tous les contrats. Il en est ainsi avec l'article L.1112 du Code civil français. Au contraire, comme nous l'avons déjà mentionné, dans plusieurs pays (la Suisse<sup>319</sup>, l'Allemagne<sup>320</sup>), il n'y a pas de devoir général d'information dans le Code des obligations, mais celui-ci est une construction jurisprudentielle à partir du *principe de la bonne foi contractuelle* et d'autres principes généraux<sup>321</sup>.

---

<sup>316</sup> BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451.

<sup>317</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 46-47.

<sup>318</sup> JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; VIVAS, pp. 39-80 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49.

<sup>319</sup> L'obligation de bonne foi (art. 2 al. 1 CC).

<sup>320</sup> L'obligation de la bonne foi et la responsabilité précontractuelle (Art. 241 al. 2, Art 242 et Art 311 du BGB).

<sup>321</sup> CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, p. 68 ; RISKE, pp. 187-340.

Dans le droit européen et latino-américain, les tentatives de créer un grand Code commun d'obligations pour chacun des continents ont échoué. En Europe, par exemple, les projets d'harmonisation paneuropéens suivants ont été rejetés : 270

- Les Principes du droit européen du contrat (PECL).
- Les Principes de l'acquis communautaire (ACQP).
- L'avant-projet de Code européen des contrats (Projet Gandolfi).
- Les Principes de droit européen de la responsabilité (PETL).
- Les principes de droit européen (PEL).
- L'avant-projet de Cadre Commun de Référence<sup>322</sup>.

Il est important de mentionner que certains d'entre eux comportaient une obligation générale d'information précontractuelle. 271

## 2. L'obligation d'information du droit de la consommation

Le droit de la consommation est apparu de manière désordonnée car les différentes branches et la jurisprudence ont commencé à mettre en place des mesures de protection des consommateurs. Dans un second temps, afin d'unifier et de rassembler en un seul corps normatif, des codes de la consommation (processus de codification) ont été créés dans la grande majorité des pays d'Europe et d'Amérique latine. Ces codes prévoient une obligation d'information applicable à tous les contrats de consommation<sup>323</sup>. 272

Comme nous l'avons déjà énoncé dans la présente section de la thèse, le grand problème du droit de la consommation a été d'établir son champ d'application et ses relations avec les autres branches du droit. Le plus souvent, les codes de la consommation s'appliquent aux relations contractuelles réunissant certaines caractéristiques très spécifiques. 273

## 3. L'obligation d'information du professionnel dans la loi spéciale de chaque secteur

Le devoir d'information du professionnel au moment de la conclusion des contrats peut se retrouver dans la loi spéciale de chaque activité, soit dans la loi applicable aux contrats du secteur<sup>324</sup>, soit dans la loi spéciale de protection des consommateurs du secteur, soit dans la loi régissant la distribution et l'intermédiation du secteur, soit dans la loi sur la surveillance de l'activité<sup>325</sup>. 274

## 4. L'obligation d'information spéciale applicable à des produits spécifiques

Aujourd'hui, une fragmentation de la normativité se présente même à l'intérieur des différentes branches du droit. Ainsi, afin de résoudre les problèmes liés à l'asymétrie de l'information dans certains produits, un régime spécial a été créé pour leur commercialisation. Cette réglementation est beaucoup plus exigeante que celle qui s'applique à la plupart 275

<sup>322</sup> La thèse de RISKE expose en profondeur le processus échoué d'unification du droit privé européen, pp. 1-580.

<sup>323</sup> JULIEN, pp. 31-35 ; RAYMOND, pp. 26-32 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; ROPPO, pp. 177-223 ; ALPA, pp. 5-26.

<sup>324</sup> Il y a des pays où il existe un régime juridique pour un type de contrats, mais celui-ci est intégré dans un chapitre du Code de commerce ou du Code d'économie.

<sup>325</sup> HUG, pp. 57-85 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 7-73 ; ROPPO, pp. 177-223 ; ALPA, pp. 5-26.



des produits d'un secteur donné. Par exemple, l'obligation d'information dans les contrats d'assurance vie liés à des fonds de placement<sup>326</sup>.

## 5. L'obligation d'information dans la réglementation communautaire appliquée à chaque secteur

276 Concernant l'Union européenne, afin de créer un *grand marché unique des services et des marchandises* dans certains secteurs de l'économie, il existe une réglementation communautaire établissant une obligation d'information commune qui doit être transcrite dans le droit interne des États membres<sup>327</sup>. HUG évoque à cet égard :

*Les informations précontractuelles font partie intégrante du droit européen des contrats et, plus particulièrement, constituent un élément substantiel du droit privé de l'UE. En revanche, les Directives laissent dans une large mesure subsister le pouvoir des États membres de décider de la réglementation des conséquences légales résultant de la violation d'un devoir d'information, ce qui constituerait un important point faible de l'acquis communautaire. La Directive 2011/83/UE n'a pas fondamentalement modifié ce constat<sup>328</sup>.*

## 6. Quelques remarques

277 Il est important de mentionner que **la réglementation spéciale n'est pas nécessairement celle qui assure une meilleure protection des intérêts des consommateurs**. Par exemple, JULIEN souligne qu'en France, le Code de la consommation prévoit seulement que les professionnels doivent fournir une grande quantité d'informations brutes, mais c'est l'interprétation des règles du droit commun sur l'obligation d'information qui présente le plus haut degré de protection. JULIEN soutient :

*D'une part, la loi prévoit qu'un certain nombre d'éléments doit être communiqué au consommateur quant aux caractéristiques du bien ou du service, ou son prix. Incontestablement, il s'agit bien là d'éléments déterminants de son consentement, et il est d'influence alors logique de les communiquer en amont. D'autres, en revanche, comme l'identité précise du professionnel, les conditions de garantie, etc. ont en réalité peu d'influence sur le consentement. S'il est légitime qu'ils soient communiqués au moment de la conclusion du contrat, il n'est pas certain qu'ils soient indispensables avant. D'autre part, à lire strictement les textes, et malgré l'intitulé du chapitre les contenant, le professionnel n'est pas véritablement soumis à une obligation d'information : il doit seulement communiquer ces éléments (art. L. 111-1), voire les mettre à la disposition du consommateur (art. L. 111-2). La raison profonde s'en trouve dans la nature même des éléments d'information communiqués, ainsi qu'il a été relevé précédemment : il ne s'agit que d'éléments objectifs, matériels, dont la communication peut facilement être mise en œuvre par un simple affichage ou une mention dans le contrat. Nous en sommes donc au seul stade de l'information brute, technique, sans plus. Les textes ne font allusion ni à la mise en garde, ni au conseil. Cette insuffisance serait bien préjudiciable si le consommateur n'avait la ressource d'invoquer le droit commun et les jurisprudences précitées. L'enfer juridique est décidément pavé de bonnes intentions et ce texte, qui se voulait particulièrement protecteur, l'est en réalité moins que la simple application du Code civil... Où les vertus universelles du droit commun apparaissent encore au grand jour ! Certains*

---

<sup>326</sup> MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>327</sup> RISKE, pp. 187-580 ; HUG pp. 303-348.

<sup>328</sup> HUG pp. 305-306.

*juges du fond l'ont d'ailleurs bien compris puisqu'ils imposent au professionnel, sous le couvert de l'article L. 111-1, une véritable obligation de conseil*<sup>329</sup>.

En résumé, les solutions de chaque pays et les manières de gérer le conflit concernant le champ d'application de la réglementation protectrice des consommateurs sont complètement différentes (pas homogènes). De même, l'emplacement de l'obligation d'information au moment de la conclusion des contrats varie radicalement d'un pays à l'autre. 278

Afin d'éviter des débats, notre étude sera centrée sur le devoir d'information, indépendamment de l'emplacement ou de la source de l'obligation (droit commun des obligations, Code général de la consommation, loi spéciale). 279

## V. Les ordres de protection du droit de la consommation appliqués au devoir d'information

Les normes protectrices des consommateurs sont de différents ordre et nature. LAURENT AYNES indique qu'il y a trois ordres de remèdes proposés par le droit de la consommation : 280

1. D'abord, l'intervention au moment même de la formation du contrat (*mesures préventives*).
2. Le deuxième remède est la responsabilité du professionnel (*mesures curatives*).
3. Le troisième remède réside dans *la collectivisation des intérêts des consommateurs*<sup>330</sup>.

Au moment de faire une étude sur le devoir d'information du professionnel, les trois approches peuvent être envisagées : 281

- Dans le premier ordre de protection, afin de protéger le consentement des consommateurs étant la partie faible de la relation contractuelle, les différentes branches du droit ont établi d'une part un devoir d'information des professionnels et d'autre part un droit des consommateurs à être bien informés<sup>331</sup>.
- Ensuite, lorsque le professionnel a mal informé, le consommateur a le droit à la réparation du préjudice causé.
- Finalement, les contrats de consommation sont distribués massivement aux consommateurs, de sorte que si un professionnel n'informe pas correctement les consommateurs, il est possible d'imaginer l'exercice d'actions collectives par des groupes de consommateurs ou des associations de consommateurs.

Clairement, il s'agit de trois volets complémentaires et étroitement liés. Cependant, à notre avis, il convient de se concentrer sur la prévention des problèmes de compréhension du consommateur, c'est-à-dire, sur le premier ordre. Nous préférons nous focaliser sur la construction du modèle d'information, plutôt que de chercher qui doit payer quand le système échoue. 282

## VI. Les objectifs du devoir d'information

Dans tous les contrats, les deux parties doivent communiquer l'information essentielle du contrat (*les éléments essentiels du contrat*) et s'abstenir de mentir ou de dissimuler des informations importantes (*éviter les vices du consentement*)<sup>332</sup>. Il existe une obligation de base d'informer sur les éléments essentiels du contrat, qui s'applique quelle que soit la situation personnelle des parties. Comme JULIEN l'évoque : 283

<sup>329</sup> JULIEN, pp. 126-127.

<sup>330</sup> AYNÉS, pp. 14-16 ; CHAGNY/PERDRIX, pp. 85-86.

<sup>331</sup> CHAPPUIS, pp. 11-33.

<sup>332</sup> JULIEN, p. 115 ; HUG, pp. 28-33, et pp. 303-348.

*En droit civil, l'obligation d'information, parce qu'elle dérive d'un principe essentiel (la bonne foi) s'impose à toutes les parties au contrat, quelle que soit leur qualité. Elle est donc bilatérale*<sup>333</sup>.

284 L'objet de notre étude n'est pas cette obligation générale d'informer la contrepartie, mais se concentre sur l'obligation d'information spéciale des professionnels dans les cas où il y a un déséquilibre structurel résultant de l'asymétrie de l'information<sup>334</sup>.

285 Ce devoir d'information du professionnel poursuit trois grands objectifs : *la protection du consentement, la comparaison des produits du marché et l'amélioration de l'image de marque des professionnels.*

## A. La protection du consentement

286 Le devoir d'information du professionnel est un outil supplémentaire de la partie qui a une faiblesse informative (asymétrie de l'information), afin qu'elle puisse prendre des *décisions en connaissance de cause*. En d'autres termes, l'obligation d'information protège le consentement des consommateurs en cas de déséquilibre résultant de l'asymétrie de l'information. Comme CHINCHILLA l'explique, le devoir d'information permet de rétablir l'égalité entre les parties, étant donné que l'inégalité des connaissances (d'information) peut donner lieu à des abus du professionnel<sup>335</sup>.

287 Il est important de souligner que **ce n'est pas la conclusion des contrats qui est recherchée**, mais plutôt que la partie faible dispose des éléments suffisants pour prendre une décision en toute connaissance de cause. Après la fourniture des informations pertinentes par le professionnel, le consommateur peut comprendre que le contrat n'est pas conforme à ses intérêts.

288 Dans quelques branches du droit, afin de protéger le consentement, le devoir d'information du professionnel, y compris le devoir d'information de l'assureur, vise à garantir une information minimale indépendamment d'un besoin concret d'information du consommateur<sup>336</sup>. Selon les mots de HUG ;

*Contrairement au devoir d'information précontractuel général résultant de l'obligation de bonne foi, les différents devoirs d'information précontractuels légaux spécifiques du droit (contractuel) de la consommation s'appliquent indépendamment d'un besoin concret d'information du consommateur.*

*En ce sens, ils confirment le caractère abstrait de la protection adoptée. Les conditions d'application de tels devoirs restent ainsi tributaires du champ d'application – et de l'existence – de dispositions légales protectrices. Dans la mesure où il convient de garantir une information minimale, ces devoirs visent d'ailleurs souvent une information juridique ou factuelle du consommateur. Le devoir d'information précontractuel spécifique peut encore s'inscrire dans le contexte de l'information générale du consommateur, de l'information sur les produits ou sur les prix, ou encore de la lutte contre la tromperie*<sup>337</sup>.

289 Finalement, **il est un sujet de débats déterminer si l'objet du devoir est d'aboutir à ce que les consommateurs prennent des décisions en connaissance de cause, ou s'il s'agit, simplement, de garantir que les individus disposent des éléments suffisants sans importer que les consommateurs prennent des décisions éclairées.** Autrement dit, si

---

<sup>333</sup> JULIEN, p. 115.

<sup>334</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 310-313 ; JULIEN, pp. 113-119.

<sup>335</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350 ; HUG, pp. 303-348 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-48 ; CAMPOS/ RENZO/ PEREIRA, pp. 187-217 ; TRUCHET, pp. 7-78.

<sup>336</sup> HUG, pp. 340-348 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>337</sup> HUG, p. 340.

l'objectif du devoir est la protection matérielle du consentement des consommateurs (corriger l'asymétrie de l'information) ou, si c'est seulement fournir l'information objective par les professionnels sans tenir compte de l'utilisation réelle de celle-ci par les consommateurs<sup>338</sup>.

## B. La comparaison des produits du marché

Le devoir d'information aide le consommateur à faire des *comparaisons des produits*. Cela lui permettra d'exercer son rôle de souverain du marché et de remédier aux défaillances du marché dues à l'asymétrie de l'information<sup>339</sup>. Sur ce point POILLOT affirme :

*En premier lieu, l'obligation d'information permet de garantir, dans une certaine mesure, un consentement libre et éclairé, et s'inscrit d'ailleurs à ce titre dans la tradition civiliste commune aux droits européens de la liberté contractuelle qui veut que les parties déterminent librement le contenu du contrat, dès lors que leurs consentements sont libres et éclairés. En second lieu, elle accorde au consommateur la possibilité d'effectuer des choix supposés rationnels, car elle lui permet de prendre connaissance avec précision des offres émises par les différents opérateurs économiques, qui, en retour, sont également informés de la teneur des offres de leurs concurrents dans un marché ainsi devenu transparent<sup>340</sup>.*

## C. L'amélioration de l'image de marque des professionnels

C'est une réalité que, dans certains secteurs, les professionnels doivent travailler à l'amélioration de la communication avec les consommateurs afin d'éviter leur déception (une mauvaise image auprès du grand public) provoquée par de fausses attentes et de représentations des contrats qui ne sont pas conformes à la réalité. L'information fournie par le professionnel au moment de la conclusion du contrat est un sujet sensible qui peut être à l'origine de la déception des consommateurs, il faut donc travailler à son amélioration<sup>341</sup>.

## VII. Les circonstances qui déterminent l'intensité du devoir d'information

Comme TERCIER et PICHONNAZ l'envisagent, tant l'existence que l'étendue du devoir d'information dépendent des circonstances, telles que la qualité des parties, la nature du contrat, la nature des informations visées et les coûts de leur acquisition<sup>342</sup>. D'après eux :

*Le devoir de renseigner et de conseiller l'autre partie. Celui qui négocie peut également être tenu de renseigner l'autre partie et de la conseiller (cf. arrêt du*

<sup>338</sup> Ce débat sur la portée de l'objectif est fondamental pour déterminer l'« échec » ou non du modèle du devoir d'information. Dans la dernière partie nous allons parler du possible « échec » de ce modèle, en évoquant qu'il y a des auteurs affirmant l'échec de celui-ci, car il n'a pas abouti à son objectif de réussir à ce que les consommateurs prennent des décisions éclairées. Infra. Chapitre 7 : B. 3. L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information.

<sup>339</sup> POILLOT, pp. 91-114 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>340</sup> POILLOT, p. 95.

<sup>341</sup> BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 55-92 ; NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106.

<sup>342</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 164 ; VOGEL/ VOGEL, pp. 346-347 ; HUG, pp. 303-340 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-48.

TF 4C.44/2007 ; TF, SJ 1999 I 205 ; ATF 105 II 75, c. 2a, JdT 1980 I 66). L'existence et l'étendue de ce devoir dépendent des circonstances, avant tout de la qualité des parties, de la nature du contrat, et des informations visées et du coût de leur acquisition. On se montrera plus rigoureux lorsque l'une des parties (p. ex. un homme d'affaires, un vendeur qualifié) dispose de connaissances que l'autre ne peut avoir ou maîtriser (cf. ATF 102 II 81, c. 2, JdT 1977 I 210) ; entre commerçants agissant sur un pied d'égalité, il n'est pas nécessaire de transmettre à l'autre partie les informations que l'on a obtenues par des recherches approfondies. Le devoir de renseigner est ainsi bien complémentaire à celui qu'a toute personne de s'informer elle-même ; ce devoir peut toutefois aussi être le contenu (principal ou accessoire) du contrat (p. ex. mandat, CO 398<sup>343</sup>).

293 Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons les principales circonstances : la qualité des parties (A), le type de bien ou service (B), la complexité du contrat (C), et la valeur et l'importance du contrat(E).

## A. La qualité des parties

294 Les individus n'ont pas les mêmes connaissances et les mêmes compétences (conditions personnelles), ainsi, le devoir d'information du professionnel varie en fonction du *degré de vulnérabilité*. Un expert ne reçoit donc pas le même niveau de protection qu'un ignorant en la matière. La prémisse fondamentale est que les parties qui ont moins de connaissances et d'expertise vont recevoir plus de coopération et d'information de la part du professionnel.

## B. Le type de bien ou service

295 Le devoir d'information est un lieu commun dans le droit, cependant, l'intensité et l'exigence du devoir d'information du professionnel de chaque branche du droit varient selon *la nature du bien et du service offert*<sup>344</sup>. Par exemple, le devoir d'information d'un médecin avant une chirurgie esthétique n'est pas le même que celui du vendeur d'un abonnement de téléphonie<sup>345</sup>.

296 CHAPPUIS explique qu'il y a des contrats dans lesquels le devoir d'information du professionnel est très important, comme c'est le cas des contrats d'autorisation de traitements médicaux. Dans ces contrats, la doctrine s'interroge si le devoir d'informer du professionnel cesse d'être une obligation accessoire au contrat et devient une obligation principale<sup>346</sup>.

## C. La complexité du contrat

297 De nos jours, il y a des *contrats hautement techniques et sophistiqués*, comme c'est le cas des contrats d'assurance, des contrats liés aux nouvelles technologies, des contrats d'investissement, entre autres<sup>347</sup>. Comme l'explique JULIEN, le développement de nouveaux contrats s'est fait à un rythme vertigineux. À cet égard, il affirme :

---

<sup>343</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 164.

<sup>344</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 1642-164 ; VOGEL/ VOGEL, p. 763 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 68-73 ; CHINCHILLA, pp. 327-350.

<sup>345</sup> Dans la thèse intitulée « *L'information en droit médical* », CORALIE DEVAUD fait une étude du droit suisse sur le devoir d'information en droit médical, en démontrant la complexité de celui-ci.

<sup>346</sup> CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 68-73.

<sup>347</sup> JULIEN, p. 21 ; CARRANZA/ ROSSI, pp. 119-126 ; GARRIDO, pp. 97-122.

*L'économie commence à se complexifier, à se développer à un rythme élevé ; les produits et services sont de plus en plus nombreux, et eux-mêmes élaborés. Bref, suivant apparemment une loi de complexité croissante, les circuits de distribution deviennent sophistiqués, et mettent en jeu des intervenants toujours plus nombreux<sup>348</sup>.*

Les entreprises créent de nouvelles opportunités d'affaires pour les consommateurs, cependant ces contrats ont des éléments techniques et particuliers, qui sont très difficiles à comprendre pour le grand public<sup>349</sup>. Plus les nouveaux contrats sont complexes et sophistiqués, plus l'individu est limité dans sa capacité cognitive. C'est pourquoi il faut créer un cadre de protection accrue du consommateur. 298

## D. La valeur et l'importance du contrat

Bien qu'il existe un secteur du droit de la consommation qui cherche à protéger la collectivité contre *les cas mineurs (les cas bagatelles)*,<sup>350 351</sup> c'est un fait que, au moment d'établir un devoir d'information du professionnel, les autorités et les législateurs se concentrent sur les contrats qui ont le plus d'impact économique et qui peuvent avoir de grandes conséquences pour l'avenir. 299

*Les crises financières et économiques* de ces dernières années ont été extrêmement risquées pour quelques secteurs et ont entraîné de lourdes pertes pour les consommateurs. C'est pourquoi l'obligation d'information est renforcée en fonction du coût et de *l'importance à long terme des contrats*<sup>352</sup>. 300

## VIII. L'intensité du devoir d'information

De notre point de vue, il y a trois grands cas de figure déterminant l'intensité du devoir d'information : 301

- L'égalité des parties : aucun devoir d'information (A)
- L'asymétrie de l'information : obligation d'information (B)
- Les cas exceptionnels : devoir de conseil (C)
- Notre approche (D).

### A. L'égalité des parties : aucun devoir d'information

Dans les cas où les parties sont sur un pied d'égalité, il n'est pas nécessaire de prévoir un devoir d'information. Dans ce cas, les règles traditionnelles du droit commun s'appliquent et prévoient que les parties sont seulement tenues de divulguer les informations pertinentes pour éviter l'erreur ou les vices du consentement. Par exemple, dans le droit des assurances, 302

<sup>348</sup> JULIEN, p. 21.

<sup>349</sup> ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; STRAETMANS, p. 4 ; SOLA, p. 67.

<sup>350</sup> ALPA, pp. 5-26 ; RAYMOND, pp. 343-356.

<sup>351</sup> Les actions de groupe du droit de la consommation visent à éviter que les abus des professionnels restent impunis en raison du manque d'intérêt des parties à saisir la justice dans de petites affaires. En France, les associations de consommateurs ont la possibilité d'agir en justice en cas de violation des droits d'une collectivité de consommateurs. Voir : ALPA, pp. 5-26 ; FONTAINE, p. 69.

<sup>352</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 446-450. PAILLER, pp. 71-80.

lorsque les parties au contrat sont des professionnels ou lorsqu'il s'agit de grands risques, il n'y a aucune obligation d'information de la part de l'assureur<sup>353</sup>.

## B. L'asymétrie de l'information : obligation d'information

303 Dans le cas où il y a asymétrie de l'information, la législation prévoit que le professionnel doit fournir des informations complémentaires sur le produit pour la corriger (devoir d'information), sans prodiguer un conseil individuel sur le produit qui est le plus adapté aux besoins du client. En d'autres termes, le devoir d'information doit se concentrer sur la prévention des erreurs des consommateurs plutôt que prodiguer des conseils sur le meilleur produit<sup>354</sup>. En vertu du *principe de proportionnalité*, dans la plupart des contrats de consommation c'est précisément ce devoir qui s'applique, sans obligation de conseil additionnel.

## C. Les cas exceptionnels : devoir de conseil

304 En raison des caractéristiques des consommateurs ou des caractéristiques particulières des types de contrats, le législateur prévoit une *obligation de conseil*. Dans ce cas, le professionnel doit donner une recommandation individuelle sur le produit qui correspond aux besoins et au profil du client<sup>355</sup>.

305 Dans le droit des assurances, il existe trois cas où *un devoir de conseil* est établi. D'abord, il s'agit des assurances vie liées à des fonds de placement, parce qu'il y a un risque important de pertes pour le preneur d'assurance. Dans ces assurances, des obligations spéciales de conseil ont été prévues suivant la tendance du droit bancaire pour les produits d'investissement<sup>356357</sup>. De plus, *un devoir de conseil* est prévu pour les micro-assurances qui sont des contrats d'assurance créés pour le segment de la population à faibles revenus, surtout dans les pays en voie de développement. Les produits sont adressés aux groupes isolés de la population, c'est pourquoi la réglementation impose des charges supplémentaires en

---

<sup>353</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, pp.162-164 et pp. 193-211 ; VOGEL/ VOGEL, pp. 770-772 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>354</sup> LOACKER, pp. 22-39 ; KUONEN, pp. 448-450 ; HUG, pp. 303-248 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-44.

<sup>355</sup> VOGEL/ VOGEL, p. 775 et ss. ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 123 ; PIGNARRE, pp. 89-113 ; KHOURY.

<sup>356</sup> Le livre intitulé « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » est une étude de droit comparé sur la distribution des assurances vie liées à des fonds de placement. La publication aborde le régime juridique tant à l'échelle de l'Union européenne que dans chaque pays membre en soulignant le devoir précontractuel de conseil sur ces produits. La grande conclusion est que la réglementation de ce type de produits d'assurance a été fortement influencée par celle des instruments financiers. MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>357</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 135 et ss ; FONTAINE, pp. 623-661 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 123 ; PIGNARRE, pp. 89-113 ; VAN-DROOGHENBROECK/ SCHUERMANS, pp. 17-66.

matière d'information de l'assureur<sup>358</sup>. Finalement, quand il y a la participation d'un intermédiaire d'assurance qui représente les intérêts du preneur d'assurance<sup>359</sup>.

La jurisprudence dans certains pays, comme la France a étendu le domaine du devoir d'information, il est devenu un véritable devoir de conseil du professionnel dans toutes les relations de consommation. Autrement dit, **la délimitation entre le devoir d'information et le devoir de conseil a disparu dans certains systèmes**<sup>360</sup>. En tenant compte de ce qui précède, KHOURY, dans sa thèse de doctorat, a réalisé une analyse du devoir d'information lato sensu, qui comprend le devoir d'information, la mise en garde et le devoir de conseil<sup>361</sup>. 306

Comme il sera exposé ultérieurement, il existe *une différence conceptuelle entre le devoir d'information et le devoir de conseil*<sup>362</sup>. C'est pourquoi les juges, lorsqu'ils rendent des décisions dans des cas concrets, doivent tenir compte de cette différence ou motiver la raison pour laquelle ils ne vont pas l'appliquer. 307

## IX. Les caractéristiques de l'information

Pour atteindre les objectifs du devoir d'information du professionnel, les informations supplémentaires qui sont fournies aux consommateurs doivent répondre à certaines caractéristiques. Bien que les adjectifs varient d'une législation à l'autre, il a été établi que les informations à fournir par les professionnels doivent être : *claires, transparentes, suffisantes, opportunes, certaines, vérifiables, précises, loyales, non trompeuses et compréhensibles*<sup>363</sup>. 308

Les informations précontractuelles visent à simplifier et à vulgariser le contenu du contrat, c'est pourquoi il faut identifier l'information essentielle<sup>364</sup>. 309

Comme l'on a mentionné précédemment, il s'agit souvent de la seule documentation que le consommateur va examiner (les consommateurs ne lisent pas les contrats), de sorte que la documentation précontractuelle joue un rôle fondamental dans le processus de négociation. C'est pour toutes ces raisons que les nouvelles tendances sur la simplification des contrats acquièrent de l'importance<sup>365</sup>. 310

## X. Le contenu du devoir d'information

Le devoir d'information du professionnel peut être défini à la fois de manière négative et positive. Dans le premier cas, il fait référence à l'interdiction de tromper, de mentir ou de 311

<sup>358</sup> DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN) ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* » ; FONTAINE, p. 84.

<sup>359</sup> KHOURY ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, 457-528 ; VAN-DROOGHENBROECK/ SCHUERMAN, pp. 17-66 ; LOACKER, pp. 22-39.

<sup>360</sup> JULIEN, pp. 113-128 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 137 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61-77 ; ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 141-153 ; PIGNARRE, pp. 89-113 ; KHOURY.

<sup>361</sup> KHOURY, pp. 17-30.

<sup>362</sup> Infra. Chapitre 5 III B, La délimitation entre le devoir d'information et le conseil.

<sup>363</sup> RAYMOND, pp. 343-365 ; MORENO, pp. 109-131 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 48-65.

<sup>364</sup> SOLA, p. 25 et ss.

<sup>365</sup> Supra. Chapitre 3III D Le manque de lecture des contrats.



dissimuler certaines informations (agir de manière trompeuse). Au contraire, la définition positive oblige le professionnel à fournir certaines informations concrètes<sup>366</sup>.

312 Les informations à fournir peuvent porter sur plusieurs éléments, notamment<sup>367</sup> :

- L'identification et les coordonnées du professionnel et des intermédiaires (identification des parties).
- Les éléments essentiels du contrat.
- Le prix du bien et service.
- La durée et la fin du contrat.
- La date ou délai d'exécution des obligations.
- Les caractéristiques du bien ou du service.
- Les garanties légales.
- Les méthodes alternatives de résolutions de controverses.
- Les exceptions.
- La couverture géographique.
- Les risques de perte.
- Les paiements supplémentaires
- L'information du marché.
- Le traitement des données personnelles.
- Les coordonnées du professionnel et la procédure de réclamation des prestations.
- L'autorité de surveillance et le numéro d'agrément.
- La détermination des coûts et rémunérations.
- L'information sur le renouvellement et la résiliation du contrat.
- Le droit de rétractation.
- La prescription et les délais de réclamation.
- La modalité de règlement des litiges.

## XI. La proportionnalité et la détermination de l'information essentielle

313 **Le grand défi du devoir d'information est de trouver l'équilibre et la proportionnalité dans l'information** car, paradoxalement, *l'excès d'informations précontractuelles (la sur-information)* constitue également une violation du devoir, ce qui implique aussi que les objectifs du devoir ne sont pas atteints<sup>368</sup>. Pour ce faire, il est indispensable de déterminer quelles sont les informations essentielles dont le consommateur a besoin, c'est-à-dire, l'information utile, permettant de comprendre les caractéristiques principales du produit et de faire des comparaisons avec d'autres produits<sup>369</sup>.

314 Il est important de mentionner que *la notion d'information essentielle du devoir d'information* ne correspond pas à la notion traditionnelle des éléments essentiels des contrats<sup>370</sup>. Ces derniers font partie de l'information essentielle du devoir, cependant, il y a d'autres éléments additionnels. Par exemple, les éléments essentiels du contrat de vente sont le prix et la chose, mais pour satisfaire le devoir d'information du professionnel, il ne suffit pas de fournir ces informations.

---

<sup>366</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 247-353 ; RAYMOND, pp. 343-344.

<sup>367</sup> JULIEN, 119-127 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RAYMOND ; pp. 343-356.

<sup>368</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231.

<sup>369</sup> LOACKER, pp. 22-39 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-233.

<sup>370</sup> « *Les éléments essentiels du contrat sont ceux qui permettent de définir, d'identifier et d'individualiser le contrat. Il s'agit notamment des parties, leur rôle respectif, ainsi que la prestation et l'éventuelle contre-prestation que se sont promises les parties* » GEISSBÜHLER, pp. 82-87.

Théoriquement, les professionnels ne doivent pas divulguer absolument toutes les informations parce que le relevé complet de l'information poserait deux grands problèmes<sup>371</sup> : le problème de proportionnalité et le problème de la saturation. 315

### A. Le problème de proportionnalité

Il serait excessif de divulguer toutes les informations, étant donné que les besoins d'information des consommateurs doivent être équilibrés avec d'autres facteurs tels que le coût de la divulgation, les incitations pour les entreprises à innover, le domaine des informations confidentielles<sup>372</sup>. Comme KUONEN l'évoque : 316

*Le devoir d'information ne s'étend dès lors qu'aux informations dont chaque partie sait ou devrait savoir qu'elles revêtent pour l'autre partie une importance essentielle relativement au déroulement ultérieur des négociations et à la conclusion du contrat, que cette information n'est pas de celles que l'une des parties a un intérêt légitime à garder secrète parce qu'elle a investi en vue de l'obtenir et qu'il est impossible ou extrêmement coûteux pour l'autre partie de l'obtenir* <sup>373</sup>

C'est pourquoi l'obligation de coopérer de bonne foi avec l'autre partie du contrat doit respecter le principe de proportionnalité. 317

### B. Le problème de la saturation

La surinformation constitue également une violation du devoir<sup>374</sup>. STRAETMANS dans le livre collectif intéressant intitulé « *Information obligations and disinformation of Consumer* » rappelle que ces derniers temps les critiques au devoir d'information ont augmenté, en faisant valoir que l'imposition de l'obligation d'information peut provoquer un effet contraire, en d'autres termes, elle peut produire une désinformation des consommateurs. **Un grand paradoxe se présente aujourd'hui, l'intention de protéger les consommateurs a conduit à les saturer d'informations, ce qui, au lieu de résoudre le problème, l'aggrave**<sup>375</sup>. HUG l'évoque en parlant des limites à la souveraineté du consommateur : 318

*Une seconde limite importante résulte – non sans un certain paradoxe – de la volonté bien intentionnée du législateur d'améliorer l'information du consommateur.*

*La rationalité du consommateur peut ainsi être remise en question par la multiplication des devoirs d'information à charge du professionnel, et parfois même pour des motifs propres au consommateur. Ce dernier ne se soucierait en effet que peu des informations et indications fournies sur les biens ou services acquis et il ne les comprendrait pas. Particulièrement sur Internet, le flot d'informations le submergerait et il n'en prendrait jamais ou alors uniquement que très rarement (effectivement) connaissance.*

*Même un consommateur alerte ne parviendrait pas à saisir la véritable portée des indications mises à sa disposition. Il serait noyé par une vague d'informations inutiles, peu claires et parfois même contradictoires. La taille de l'écriture, la lisibilité ou encore la signification obscure de nombreux termes*

<sup>371</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350.

<sup>372</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 61-65 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; LOACKER, pp. 202-223.

<sup>373</sup> KUONEN, pp. 449-450.

<sup>374</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 354-355.

<sup>375</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 61-65.

*impliqueraient que l'information recherchée du consommateur ne lui bénéficierait pas autant que ne le souhaiteraient les personnes et organisations soucieuses de sa protection. La transmission d'une information, y compris dans un document contractuel, ne garantit effectivement pas encore une prise de connaissance réfléchie*<sup>376</sup>.

## C. La solution de la doctrine

319 Ces dernières années, la doctrine a affirmé que l'information fournie doit être *pertinente et utile* (« *relevant information* »), c'est-à-dire, elle doit synthétiser les caractéristiques essentielles des produits et permettre la comparaison. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un problème de quantité d'information, mais de qualité<sup>377</sup>.

320 Cependant, la réduction de la complexité n'est pas chose aisée ; c'est même un travail ingrat et démotivant car les consommateurs sont très exigeants et ne reconnaissent pas les progrès (l'évolution positive). Dans les différentes branches du droit, il y a des entreprises qui travaillent de bonne foi pour informer correctement leurs consommateurs, mais malheureusement l'équilibre total et la proportionnalité n'existent que dans la théorie.

## XII. Les limites au devoir d'information du professionnel

321 Le professionnel doit coopérer avec la contrepartie contractuelle pour résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information. Cependant, il serait excessif de divulguer toutes les informations, étant donné que les besoins d'information des consommateurs doivent être équilibrés avec d'autres facteurs (*les limites au devoir d'information du professionnel*)<sup>378</sup>.

322 Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons les principales limites au devoir d'information : l'information confidentielle (A), la délimitation entre le devoir d'information et le conseil (B), les coûts du devoir d'information (C), la délimitation entre l'obligation de s'informer soi-même et le devoir d'informer (D), la distinction entre la réglementation de l'information précontractuelle et la publicité (E) et notre analyse (F).

### A. L'information confidentielle

323 Dans les relations commerciales, les acteurs économiques peuvent préserver le secret de quelques informations qu'ils détiennent. Il y a *certaines informations des professionnels qui sont réservées et liées aux secrets d'entreprise* et à la connaissance du producteur<sup>379</sup>. Au moment d'établir un devoir d'information du professionnel, il convient d'analyser les incitations à l'innovation de celui-ci. Il faut trouver un équilibre entre les informations à fournir et celles à préserver.

324 Comme le dit LOACKER, révéler toutes les informations sur les contrats paralyse le marché et provoque des effets négatifs. C'est pour cette raison que l'accent est mis sur l'information des produits plutôt que sur l'information du marché. Par exemple, il serait absurde d'exiger du professionnel qu'il révèle que les produits de la concurrence sont meilleurs<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> HUG, p. 94.

<sup>377</sup> SOLA, pp. 79-89 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-70.

<sup>378</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350.

<sup>379</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 252-253 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-70.

<sup>380</sup> LOACKER, pp. 22-39.

Pour déterminer l'information faisant partie du secret professionnel, BRULHART affirme qu'il est nécessaire de réaliser *une pesée d'intérêt*, c'est-à-dire, « *il faut confronter l'importance, pour l'autre partie, à se voir délivrer cette information, à la légitimité pour la partie qui la détient de retenir cette information, compte tenu le cas échéant de sa valeur pour l'entreprise* »<sup>381</sup>. 325

## B. La délimitation entre le devoir d'information et le conseil

Comme LOUIS VOGEL et JOSEPH VOGEL l'expliquent, la doctrine distingue *l'obligation de renseignement (le devoir d'information) du devoir de conseil* : 326

*Obligation de renseignement. Le vendeur professionnel de biens ou de services est tenu à l'égard de son client d'une obligation de renseignement qui doit permettre à l'acheteur de disposer de toutes les informations susceptibles de l'intéresser afin de s'engager en connaissance de cause...*

*Le devoir de conseil constitue l'obligation la plus contraignante pour le vendeur professionnel. Il suppose, comme l'ont souligné les juges, une incitation, une recommandation, une orientation de choix et même une préconisation de la solution qui semble la plus adaptée au regard des attentes exprimées par le client*<sup>382</sup>.

En théorie, il y a une distinction claire entre le devoir d'information et le conseil : 327

- **Dans le cas du devoir d'information**, le professionnel doit seulement communiquer une information sur son produit, c'est-à-dire, remplir les lacunes d'information des consommateurs causées par l'asymétrie de l'information. Le professionnel ne doit pas fournir des conseils individualisés sur quel produit est le plus adapté aux besoins du client. En d'autres termes, le devoir d'information doit se concentrer sur la prévention des erreurs des consommateurs et pas prodiguer des conseils sur le meilleur produit.
- **Dans le cas du devoir de conseil**, le professionnel analyse les différentes options et fournit des conseils sur le produit le plus approprié selon les caractéristiques et les besoins du client. C'est précisément l'information individualisée qui est fournie par les intermédiaires et certains professionnels qui offrent des services de luxe supplémentaires. Il serait idéal que les gens reçoivent un conseil individualisé dans toutes les affaires importantes, mais il est extrêmement coûteux et ne s'adapte pas au rythme des affaires d'aujourd'hui<sup>383</sup>.

Dans le même sens, KHOURY fait une description de la distinction entre le devoir de conseil et devoir d'information :

*L'information est un renseignement, un fait brut, ou un événement porté à la connaissance d'une ou plusieurs personnes. L'information est une notion purement objective. Le conseil reflète un avis, une opinion formulée par une personne pour influencer la prise de décision d'une autre. Le conseil a pour but d'orienter autrui vers un choix, qui par définition doit lui être profitable. A ce stade de notre étude, l'objectif n'est pas de formuler une définition précise de ces deux notions, mais bien de justifier le choix d'opérer une distinction entre elles. La jurisprudence associe, très souvent, les deux termes d'information et de conseil pour caractériser un seul et unique devoir. L'attitude des juges peut s'expliquer par le fait qu'il n'est pas aisé de tracer une frontière sûre entre ces deux*

<sup>381</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 252-253.

<sup>382</sup> VOGEL/ VOGEL, p. 770 et p. 775.

<sup>383</sup> RAYMOND, pp. 343-365 ; VOGEL/ VOGEL, p. 775 et ss ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; STIGLITZ, pp. 43-54 ; LOACKER, p. 40 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 et pp. 161-169 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 123 ; KHOURY, pp. 35-127.

*notions : l'obligation d'information, au sens strict, peut orienter la conduite d'une personne même si elle n'a jamais été accompagnée d'un conseil et le devoir de conseil prend nécessairement appui sur des informations, en possession du créancier, mais également du débiteur de ce devoir. La position de la jurisprudence sur ce point est néanmoins marquée par un souci de simplification : les juges décident de ne pas qualifier précisément le devoir ou l'obligation d'une personne et englobent toutes informations, ou tous conseils dans une notion générique intitulée « obligation d'information et de conseil.*

*Juridiquement, les deux notions doivent être différenciées. L'obligation d'information est une obligation de résultat : le simple fait pour le débiteur de cette obligation de ne pas transmettre une information est fautif, et est susceptible d'engager sa responsabilité civile. Le devoir de conseil est une obligation de moyens : le débiteur s'engage à fournir un conseil adapté à la situation du créancier en utilisant l'ensemble de ses connaissances et compétences dans le domaine où il propose son service. Le devoir de conseil va bien au-delà de la simple obligation d'information. Le devoir de conseil est une mise en lumière, généralement par un professionnel, des informations pertinentes pour la personne qui sollicite un service ou désire acheter un produit. Le devoir de conseil est en fait la résultante d'un travail précis de la part de son créancier : dans un premier temps, ce dernier doit sur la base des informations qu'il récolte sur la situation de son interlocuteur, sélectionner les informations pertinentes sur les produits et les services qu'il propose. Dans un second temps, le conseil se poursuit par l'explication des informations utiles au prospect au regard de sa situation et se finalise par une recommandation du contrat le plus approprié pour ce client. Le devoir de conseil se distingue nettement de l'obligation d'information, il consiste donc en une rationalisation des informations délivrées aux personnes désireuses de souscrire un contrat<sup>384</sup>.*

328 Compte tenu de cette distinction, les principes européens du droit du contrat d'assurance prévoient que *l'obligation d'information* précontractuelle du contrat d'assurance peut être divisée en deux sous-catégories, d'une part *le devoir d'information* de l'assureur en général et d'autre part *le devoir de conseil* pour quelques assurances en particulier<sup>385</sup>. Pour la plupart des produits d'assurance<sup>386</sup> donc, pour presque tous les contrats d'assurance, le professionnel n'a qu'un devoir d'information. Ce n'est que pour des produits spécifiques que le professionnel a une obligation de conseil, tels que les produits d'assurances vie liées à des fonds de placement<sup>387</sup> ou les micro-assurances<sup>388</sup>.

329 Cependant, dans la pratique, **la délimitation entre le devoir d'information et le devoir de conseil est devenue confuse par la tendance protectrice des juges, et dans certains systèmes, un véritable devoir de conseil dans tous les cas a été établi<sup>389</sup>**. Par exemple, comme les juristes français l'expliquent, la jurisprudence en France se montre avec cons-

---

<sup>384</sup> KHOURY, p. 27.

<sup>385</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126.

<sup>386</sup> Actuellement, il serait impossible de prodiguer un conseil individuel dans toutes les affaires, car il ne serait pas rentable économiquement, en raison de l'agilité des affaires.

<sup>387</sup> LOACKER, pp. 22-39 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 134-137 ; VAN-DROOGHENBROECK/SCHUERMANS, pp. 17-66 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 457-528 ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>388</sup> DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN) ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* ».

<sup>389</sup> JULIEN, pp. 113-128.

tance et détermination très protectrice des consommateurs. Par conséquent, les juges ont souvent ignoré la distinction et élargi le champ d'application du devoir d'information, ce qui a provoqué que le devoir d'information s'est approché du devoir de conseil dans tous les contrats<sup>390</sup>. JULIEN l'évoque :

*En droit civil, l'obligation d'information, parce qu'elle dérive d'un principe essentiel (la bonne foi) s'impose à toutes les parties au contrat, quelle que soit leur qualité. Elle est donc bilatérale. En réalité, la Cour de cassation, indépendamment du Code de la consommation, s'est très vite attachée à la notion de professionnel, pour en faire le débiteur essentiel de cette obligation. Ainsi, des degrés ont même été dégagés : à côté de l'information stricto sensu, consistant en la simple fourniture d'une information brute, sont apparues des obligations de mise en garde (dans laquelle le professionnel attire l'attention du contractant sur tel ou tel point) et même de conseil (le professionnel doit alors s'investir davantage et orienter le choix du client), voire de « déconseil », même s'il faut observer qu'elle n'est pas absolue. Bien entendu, l'information doit être adaptée en fonction de son objet : l'information, mais surtout la mise en garde ou le conseil variera en intensité selon que la chose (s'il s'agit d'une vente) est dangereuse ou pas, complexe ou pas<sup>391</sup>.*

Dans la même optique, ROBERTO RIOS affirme que, conformément à la législation actuelle et son interprétation au Chili, il y a un devoir de conseil général qui s'applique aux intermédiaires d'assurance. Selon lui, en raison du déséquilibre de l'information de l'activité d'assurance, il convient de prendre en considération une perspective intégrale du devoir d'information, de sorte que la fourniture d'informations traditionnelles ne suffit pas à remplir la finalité du devoir, au contraire un conseil supplémentaire doit être donné (analyser les intérêts des consommateurs)<sup>392</sup>.

### C. Les coûts du devoir d'information

La valeur économique de l'information est aussi un motif de restriction du devoir d'information. Comme KUONEN l'évoque :

*Dans les relations commerciales actuelles, l'information joue un rôle essentiel et chaque acteur économique est soucieux de préserver le secret des informations qu'il détient. En d'autres termes, l'information a une valeur et par conséquent un coût et celui qui engage un tel coût doit pouvoir en profiter. Imposer aux parties qui entreprennent de négocier un devoir d'information étendu aurait pour effet de décourager la recherche de l'information alors que notre système économique souhaite au contraire l'encourager. L'information joue un rôle considérable dans la négociation, requérir de chaque partie qu'elle informe l'autre de toutes ses connaissances relatives au contrat envisagé reviendrait à empêcher les « bonnes affaires » au profit d'une transparence que l'intensité de la relation des parties qui négocient ne justifie pas<sup>393</sup>.*

Les nouvelles tendances en matière de simplification et de vulgarisation de l'information exigent le recours à des équipes interdisciplinaires et à des études empiriques qui rendent le processus plus coûteux. **Le devoir d'information moderne est coûteux**, ainsi que la conception de la stratégie de communication, la formation du personnel sur la manière de traiter

<sup>390</sup> KHOURY, pp. 35-127 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEU, pp. 137 ; JULIEN, pp. 113-128 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61-77.

<sup>391</sup> JULIEN, p. 115.

<sup>392</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>393</sup> KUONEN, p. 449.

les demandes des clients, les coûts d'impression des brochures d'information. Il est important de souligner que lorsque des coûts excessifs sont imposés aux professionnels, le prix des produits augmente car les professionnels ne vont pas sacrifier leurs profits et travailler à perte<sup>394</sup>.

- 332 Les coûts sont un facteur à prendre en compte lors de l'élaboration des modifications législatives. SOLA critique la Directive 2016/97 sur la distribution d'assurances (DDA)<sup>395</sup> en affirmant qu'elle impose une obligation d'information extrêmement coûteuse, qui ne se justifie pas dans certains types d'assurances. La grande erreur de la directive est qu'elle utilise comme modèle les produits les plus complexes et les consommateurs les plus ignorants, ce qui entraîne une violation du principe de proportionnalité<sup>396</sup>.

#### D. La délimitation entre l'obligation de s'informer soi-même et le devoir d'informer

- 333 Afin d'établir la responsabilité des professionnels en cas d'éventuelles violations du devoir d'information, les juges doivent tenir compte du fait que, corrélativement au devoir d'information, il y a une *obligation de s'informer soi-même* de la part du consommateur<sup>397</sup>. Comme TERCIER et PICHONNAZ l'envisagent :

*Le devoir de s'informer soi-même. Celui qui entre en négociations doit de son côté récolter toutes les informations que l'on peut attendre de lui, et agir avec prudence et attention. Ce devoir trace la limite aux devoirs qu'a l'autre partie de le renseigner et le conseiller. La règle est avant tout destinée à garantir la sécurité des transactions*<sup>398</sup>.

Dans le même sens, RISKE explique que l'obligation de se renseigner est une limite au devoir d'information :

*Le devoir de se renseigner l'emporte généralement sur le devoir d'informer le cocontractant prospectif. Le premier trace la limite du second. Par principe, il revient à chaque partie de rechercher elle-même les informations nécessaires et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elles peuvent en être dispensées*<sup>399</sup>.

- 334 Le professeur colombien FERNANDO HINISTROSA fait valoir **qu'il y a une responsabilité de l'individu qui doit l'inciter à ne pas agir de manière désintéressée et négligente**. Durant ses cours, il défendait fermement le fait que l'État ne pouvait pas être totalement paternaliste et prendre la personne la plus ignorante comme modèle général. À quelques exceptions près, il fallait prendre pour les relations contractuelles l'homme moyen, auquel on pouvait exiger un minimum de diligence et d'intérêt pour ses affaires<sup>400</sup>.

KHOURY l'évoque aussi :

*Le déséquilibre de connaissances et de compétences entre les parties à un contrat ne peut être l'unique critère générique d'une obligation d'information lato*

---

<sup>394</sup> LOACKER, p. 4.

<sup>395</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>396</sup> SOLA, p. 25 et ss.

<sup>397</sup> CHINCHILLA, pp. 327-350 ; KUONEN, pp. 450-451 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-164 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-70 ; JARAMILLO, *Tome 3*, pp. 319-357.

<sup>398</sup> TERCIER/ PICHONNAZ, p. 163.

<sup>399</sup> RISKE, p. 233.

<sup>400</sup> HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 113-214 et pp. 295-41 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39 ; HINESTROSA, « *Autonomía privada y tipicidad contractual* », pp. 3-13.

*sensu. Il est nécessaire de contenir la portée de l'obligation d'information dans certaines limites. L'obligation d'informer ne peut naître uniquement du constat d'une inégalité des parties devant l'information. Ce critère unique serait propice à favoriser l'irresponsabilité des personnes présumées être en position d'infériorité, les inciterait à se complaire dans leur ignorance, au risque de développer leur dépendance et leur perpétuelle demande d'assistanat. Face à l'obligation d'informer, doit se dresser l'obligation de s'informer soi-même de telle sorte qu'une personne ne peut devenir créancière d'une obligation d'information que si, et seulement si, son ignorance de l'information est légitime. Autrement dit, on ne doit pas informer une personne sur une donnée qu'elle connaît déjà ou bien qu'elle aurait dû légitimement connaître. Dans cette dernière hypothèse, on doit estimer qu'une personne avait la possibilité de s'informer par elle-même et qu'elle ne peut valablement arguer qu'il appartenait à autrui de lui venir en aide et ainsi pallier les conséquences néfastes de sa propre inertie. Ce critère de la légitimité de l'ignorance de l'information non divulguée permet d'apporter une première limite à la portée de l'obligation d'information ; elle doit se combiner avec un ultime critère déterminant pour fonder l'existence d'une obligation d'information lato sensu à savoir l'utilité de l'information.*

*L'obligation d'information au sens large, est un outil correctif d'un déséquilibre contractuel. Son apparition et son exécution n'ont de pertinence que dans le but de donner à l'une des parties la possibilité de contracter en pleine connaissance de cause, ou d'exécuter correctement ses obligations contractuelles. L'obligation d'information doit donc correspondre à un véritable besoin d'être informé : c'est dire qu'une personne ne peut reprocher à son interlocuteur de ne pas lui avoir délivré une information, un renseignement qui n'auraient en aucun cas déterminé son consentement ou qui n'auraient eu aucune influence sur l'exécution de son contrat. Le critère de l'utilité contribue à justifier l'existence d'un devoir d'informer autrui<sup>401</sup>.*

Au-delà de la critique constante selon laquelle le droit de la consommation prend précisément comme modèle le consommateur le plus négligent et ignorant, il est important de souligner qu'il n'est pas facile d'établir que l'information fait partie de l'obligation de s'informer soi-même et du devoir d'informer<sup>402</sup>. En d'autres termes, la distinction entre l'information que le consommateur doit rechercher et l'information que le professionnel doit lui fournir est extrêmement problématique, et conduit à de grands débats qui n'ont pas encore été résolus. 335

## **E. La distinction entre la réglementation de l'information précontractuelle et la publicité**

Parallèlement au régime de l'information précontractuelle, nous retrouvons un sujet ayant une relation étroite. Il s'agit de *la réglementation sur la publicité des produits*, c'est-à-dire, les mesures prévues pour garantir une concurrence loyale entre les différentes entreprises concurrentes à travers l'interdiction de pratiques commerciales trompeuses<sup>403</sup>. 336

La publicité des produits a pour but de stimuler l'acte d'achat des consommateurs. Bien que le droit admette que celle-ci n'est pas une source d'information totalement objective pour garantir une *concurrence loyale et transparente entre les acteurs* du marché, il y a des mesures et des limitations dans l'utilisation et contenu de la publicité. Dans les différentes juridictions, quelques pratiques sont interdites, telles que : 1) le dénigrement des produits 337

<sup>401</sup> KHOURY, p. 25.

<sup>402</sup> CHINCHILLA ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129 et ss.

<sup>403</sup> CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 99-151.



d'une entreprise concurrente, 2) la fourniture de fausses indications sur les produits (tromper le consommateur) 3) la comparaison de façon inexacte des produits 4) l'utilisation d'une raison sociale qui prête à la confusion, 5) l'interdiction de l'usage de méthodes de vente agressives, entre autres<sup>404</sup>.

338 La réglementation de la publicité et l'obligation d'information ont des fondements et des objectifs différents :

- D'une part, la réglementation de la publicité est un contrôle du contenu publicitaire des professionnels pour garantir la transparence et la concurrence loyale et saine sur les marchés.
- D'autre part, le devoir d'information est un remède au problème de l'asymétrie de l'information, ayant pour but de donner l'information aux consommateurs pour qu'ils puissent prendre des décisions en connaissance de cause. Le devoir d'information est le produit d'une intervention de l'État sur le marché, imposant aux professionnels le devoir de fournir des informations essentielles et objectives pour la prise des décisions de la part des consommateurs (une obligation supplémentaire de coopération avec les consommateurs au moment de la conclusion des contrats).

339 Il est extrêmement difficile de faire une pondération et de fixer la délimitation entre le droit des professionnels de captiver les consommateurs (faire de la publicité pour leurs produits) d'une part, et une obligation de fournir une information objective (coopérer avec les consommateurs) d'autre part. Les juges nationaux doivent procéder à une analyse au cas par cas afin de déterminer les violations potentielles de la protection des consommateurs.

## F. Notre analyse

340 Au cours des dernières années, il y a eu deux grands phénomènes, d'une part les juges et les législateurs ont étendu le champ de protection du devoir d'information (tendance protectionniste), et d'autre part, les décisions des juges n'ont pas été fondées sur des critères et des méthodologies uniformes<sup>405</sup>. Cela signifie qu'à l'heure actuelle, la clarté théorique et conceptuelle a disparu dans quelques délimitations fondamentales.

341 En raison des limites de la recherche, nous ne nous consacrerons qu'à l'étude du devoir d'information, sans aborder l'articulation avec d'autres réglementations. Nous espérons que notre étude rigoureuse constituera un apport utile pour des études ultérieures intégrales et d'articulation.

## XIII. Les conséquences de la violation du devoir d'information du professionnel

342 Les conséquences de la violation du devoir d'information varient selon les branches et la nature de la réglementation. C'est pourquoi *les conséquences peuvent être d'ordre administratif (les sanctions des autorités de surveillance de l'activité) ou civil (la responsabilité civile)*<sup>406</sup>. Lors de la Journée de la responsabilité civile en 2008 organisée par l'Université de Genève consacrée à la Responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, CHRISTINE CHAPPUIS a décrit :

---

<sup>404</sup> VILLALBA ; JULIEN, pp. 140-145 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 99-151.

<sup>405</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 137 ; JULIEN, pp. 111-128 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 61-77.

<sup>406</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 354-425 ; CARRANZA/ ROSSI, pp. 119-126 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.

*Les conséquences de la violation du droit d'être informé peuvent être multiples, d'ordre administratif, pénal ou civil. Ce sont les violations qui obligent l'auteur à réparer un dommage sur lesquelles se concentre la présente Journée<sup>407</sup>.*

Dans la partie suivante, on parlera des deux types de sanctions principales qui peuvent découler de la violation du devoir d'information : les conséquences civiles (A) et les conséquences administratives dans les activités surveillées (B).

## A. Les conséquences civiles

La violation du devoir d'information au moment de la conclusion des contrats peut provoquer un préjudice à l'un des cocontractants, et par conséquent, l'obligation de réparer les dommages. Pour établir la responsabilité, il faut mener un débat probatoire extrêmement complexe et technique, comprenant beaucoup de facteurs, tels que :

- L'accomplissement des conditions générales de la responsabilité.
- La réunion de conditions cumulatives mettant à charge du professionnel un devoir d'information précontractuel général.
- L'analyse de la nature objective ou subjective de la responsabilité (le rôle de la faute du professionnel).
- Le régime de preuve du préjudice.
- La réduction de l'indemnité (faute concomitante de la victime).
- La causalité dans la violation d'un devoir d'information.
- L'exigence de la bonne foi de la victime comme condition de la responsabilité précontractuelle<sup>408</sup>.

RAYMOND fait une analyse des difficultés de prouver le manque de consentement dans le contrat de consommation en montrant que celles-ci ont été un obstacle à l'établissement de règles générales au sein des Codes. Il affirme :

*La difficulté, dans les contrats de consommation, est de rapporter la preuve aussi bien de l'inexistence du consentement que de l'existence d'un vice du consentement. Comment un consommateur pourrait-il démontrer que le démarcheur à domicile a eu une attitude agressive et qu'il n'a pu le faire quitter les lieux qu'en signant un contrat ? C'est la raison pour laquelle le Code de la consommation, ou d'autres textes non encore insérés dans ce code, établissent des règles particulières pour régir la formation des contrats de consommation<sup>409</sup>.*

Notre recherche ne va pas se concentrer sur la responsabilité civile parce que nous préférons nous centrer sur *l'approche préventive*, c'est-à-dire, sur la construction et l'amélioration du modèle d'information, plutôt que de chercher qui doit payer quand le système échoue (le cas où le modèle d'information ne fonctionne pas)<sup>410</sup>. Par ailleurs, les lignes jurisprudentielles, les instruments contractuels et les hypothèses de responsabilité sont très difficiles à comparer entre pays.

Cependant il convient de faire quelques réflexions générales : la première concerne la nature de la responsabilité dérivée de la violation de devoir d'information (1), et la seconde porte sur les deux principales hypothèses de responsabilité civile.

<sup>407</sup> CHAPPUIS, pp. 11-33.

<sup>408</sup> KUONEN, pp. 257-441 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 167-210 ; HUG, pp. 328-340.

<sup>409</sup> RAYMOND, pp. 357.

<sup>410</sup> CHAGNY/PERDRIX, pp. 85-86.

## 1. La nature de la responsabilité dérivée de la violation de devoir d'information

347 En droit de la responsabilité, il y a deux grands types de responsabilités civiles :

- D'une part, *la responsabilité délictuelle ou aquilienne*, dont l'objet est de réparer le préjudice subi par la victime, dans le cas où quelqu'un a causé un préjudice sans l'existence d'un rapport contractuel<sup>411</sup>. Par exemple, quand une personne cause des dommages à l'intégrité et/ou au patrimoine d'une autre personne lors d'un accident de la circulation routière.
- D'autre part, *la responsabilité contractuelle* qui naît de la violation des obligations dans un rapport contractuel<sup>412</sup>.

348 *Dans le cas de violation des devoirs dérivés de la bonne foi durant les négociations*, l'un des débats traditionnels est d'identifier quelle est la nature de la responsabilité. En d'autres termes, il faut donc déterminer s'il s'agit d'une responsabilité contractuelle, responsabilité délictuelle, ou même s'il est nécessaire de créer une troisième hypothèse de responsabilité sui generis dénommée *responsabilité basée sur la confiance ou quasi contractuelle*<sup>413</sup>.

349 Au cas où les parties aient finalement conclu un contrat et qu'il y ait eu violation du devoir d'information du professionnel, *la théorie de l'absorption* peut s'appliquer. Selon cette théorie le devoir d'information devient une obligation contractuelle<sup>414 415</sup>. Comme KUONEN l'explique :

*Les cas de conclusion d'un contrat valable. Lorsque le contrat est valablement conclu, les cas de responsabilité sont généralement sanctionnés par l'action contractuelle, à tout le moins dans le domaine des contrats de bonne foi. Le domaine de la responsabilité précontractuelle ressortit alors intégralement à la responsabilité contractuelle qui absorbe l'ensemble des comportements précontractuels des parties au contrat*<sup>416</sup>.

350 C'est pour cela que les instruments contractuels existants sont applicables, tels que la remise en cause de l'accord conclu pour vices du consentement et l'application du régime des sanctions contractuelles (le report du délai de renonciation, l'inopposabilité des stipulations contractuelles inconnues, l'élimination des clauses abusives)<sup>417</sup>.

351 Dans la partie qui suit nous allons exposer les hypothèses de responsabilité civile pour la violation du devoir d'information. Parmi celles-ci, nous pouvons citer la représentation erronée du contenu du contrat, dont certains auteurs pensent que la théorie de l'absorption n'est pas pleinement appliquée, ce qui explique que les consommateurs aient la possibilité de demander l'indemnisation totale des dommages résultant de la violation du devoir précontractuel d'information à travers l'action de responsabilité délictuelle.

---

<sup>411</sup> GEISSBÜHLER, pp. 230-257 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 7-58.

<sup>412</sup> RISKE, pp. 443-580 ; KUONEN, pp. 7-13 et voir aussi pp. 67-192 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 7-22.

<sup>413</sup> KUONEN, pp. 325-426 ; CHAPUIS, *La responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, pp. 167-265 ; RISKE, pp. 443-580 ; BIANCA, pp. 175-199.

<sup>414</sup> RISKE, pp. 212-213 et pp. 467-482 ; KUONEN, p. 16, pp. 114-116.

<sup>415</sup> RÍOS explique qu'indépendamment de la conclusion du contrat, la violation ayant eu lieu au stade de la négociation, la nature de la responsabilité est non contractuelle. RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>416</sup> KUONEN, p. 16.

<sup>417</sup> NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 398-401 ; RAYMOND, pp. 353-356 ; JULIEN, pp. 1113-128 ; KUONEN, pp. 587-592 ; KHOURY, pp. 167-209.

## 2. Les deux principales hypothèses de responsabilité civile

Les deux principales hypothèses de responsabilité civile pour la violation de ce devoir sont les suivantes : *un problème lié à la validité du consentement (a) et une représentation erronée du contenu du contrat (b)*. 352

### a. Un problème lié à la validité du consentement du consommateur

La première hypothèse est qu'en raison d'une violation du devoir d'information le consommateur n'a pas donné correctement son consentement, c'est-à-dire, se présente un vice du consentement. Dans ce cas-là si le consommateur avait reçu les informations pertinentes, il n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait fait dans d'autres circonstances. 353

Sachant que *les devoirs précontractuels deviennent contractuels dans l'application de la théorie de l'absorption*, les instruments contractuels existants sont applicables, tels que la remise en cause de l'accord conclu pour vices du consentement et l'application du régime des sanctions contractuelles (le report du délai de renonciation, l'inopposabilité des stipulations contractuelles inconnues, l'élimination des clauses abusives)<sup>418</sup>. 354

C'est important de souligner qu'en principe, les instruments contractuels traditionnels visent à ce que la partie qui n'a pas été correctement informée reçoive l'information manquante et se replace dans la situation qui aurait été la sienne si elle l'avait correctement obtenue. Ceci est réalisé en permettant l'invalidation totale du contrat par le consommateur à travers les vices du consentement ou en donnant un délai supplémentaire pour révoquer le contrat<sup>419</sup>. 355

### b. Une représentation erronée du contenu du contrat

La seconde hypothèse est qu'en raison d'un grave manque d'information précontractuelle du professionnel, la partie faible crée de fausses attentes sur le contenu du contrat, ce qui peut entraîner une profonde déception postérieure au moment de l'exécution des obligations. Ce problème est particulièrement grave dans le contrat de longue durée étant donné qu'il y a une période entre la conclusion du contrat et le moment d'exécution des obligations, comme c'est le cas du contrat d'assurance<sup>420</sup>. 356

Le problème est que **les instruments contractuels traditionnels ne permettent pas l'exécution du contrat de conformité aux fausses représentations du cocontractant**. C'est pourquoi dans quelques cas ce n'est pas la solution la plus appropriée dans les intérêts des consommateurs<sup>421</sup>. Par exemple, un preneur d'assurance qui n'a pas reçu les informations précontractuelles suffisantes et a erronément pensé que le contrat d'assurance couvrirait un risque spécifique. Le consommateur veut que le contrat soit exécuté conformément à la représentation erronée, c'est-à-dire qu'en cas de sinistre il puisse recevoir l'indemnité correspondante. 357

<sup>418</sup> NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 398-401 ; RAYMOND, pp. 353-356 ; JULIEN, pp. 113-128 ; KUONEN, pp. 587-592 ; KHOURY, pp. 167-209.

<sup>419</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 398-401 ; RAYMOND, pp. 353-356 ; JULIEN, pp. 113-128 ; KUONEN, pp. 587-592.

<sup>420</sup> KUONEN, pp. 325-426 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 34-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106 ; BIANCA, pp. 175-199.

<sup>421</sup> KUONEN, pp. 587-588 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

358 Pour résoudre ces situations où les instruments contractuels traditionnels ne conviennent pas aux consommateurs, nous avons pu constater deux grandes solutions juridiques que nous allons expliquer dans les paragraphes suivants :

- Dans certains pays d'Amérique latine, les juges peuvent choisir le remède juridique le plus approprié selon les intérêts du consommateur en appliquant *le principe* « *pro-consummateur* », ce qui permet même la modification ou adaptation du contrat conformément à la fausse représentation du consommateur. (i)
- Les actions en responsabilité précontractuelle (responsabilité délictuelle) persistent après la conclusion du contrat, c'est-à-dire que la théorie de l'absorption n'est pas pleinement appliquée, et les consommateurs ont la possibilité de demander l'indemnisation totale des dommages résultant de la violation du devoir précontractuel d'information (actions de responsabilité délictuelle). (ii)

**(i) *Le remède le plus approprié selon les intérêts du consommateur***

359 Dans certains pays d'Amérique latine, les juges appliquent le remède juridique le plus approprié selon les intérêts de la partie faible en appliquant *le principe pro consommateur*. Par exemple, le juge peut choisir entre :

- L'invalidation totale du contrat pour vices du consentement.
- L'application du régime des sanctions contractuelles (le report du délai de renonciation, l'inopposabilité des stipulations contractuelles inconnues, l'élimination des clauses abusives).
- La modification ou adaptation du contrat conformément à la fausse représentation du consommateur.
- La nullité du contrat et l'indemnisation intégrale des dommages, c'est-à-dire, aussi bien l'intérêt négatif que l'intérêt positif<sup>422</sup>.

360 Force est de constater qu'il y a des cas dans lesquels les instruments contractuels traditionnels ne sont pas appropriés ou sont trop tardifs. C'est pourquoi en l'Amérique latine les pouvoirs des juges ont été étendus en appliquant *le principe* « *pro* » *consommateur* pour offrir une solution appropriée aux consommateurs.

361 NEME/ CHINCHILLA proposent qu'en cas de violation du devoir d'information, les juges doivent choisir librement le remède le plus approprié pour résoudre le déséquilibre contractuel (rétablir l'équilibre contractuel). Pour cette raison, à leur avis, le législateur ne doit pas limiter la portée du devoir en prévoyant une conséquence automatique pour les violations du devoir d'information<sup>423</sup>.

362 En rapport avec cette discussion, KHOURY expose le problème du choix des sanctions aux manquements du devoir d'information. Selon lui, il y a une dichotomie entre *les sanctions automatiques et la sanction proportionnée imposée par le juge* :

*En droit des assurances, le choix des sanctions des manquements aux obligations d'information a été réalisé par le législateur et les juges. Il existe une dichotomie opérée entre les sanctions automatiques et une sanction proportionnée. En l'état actuel de la jurisprudence, il semble que l'utilisation des sanctions automatiques (l'inopposabilité, le report du délai de renonciation) favorise la mauvaise foi des assurés. Cette situation n'est pas une fatalité et il est possible d'encadrer l'application de ces sanctions en utilisant des notions juridiques*

---

<sup>422</sup> KHOURY, pp. 167-209 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114 ; GARRIDO, pp. 97-122 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>423</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

*simples, telles que l'abus de droit, la renonciation à un droit d'ordre public de protection.*

*L'opportunité de telles sanctions automatiques doit être fortement remise en cause si aucun tempérament ne vient limiter leurs effets. De telles sanctions ne doivent pas servir les agissements de personnes malveillantes, qui en définitive bénéficient de la clémence des tribunaux pour remettre en cause leurs engagements contractuels et ainsi utiliser le droit à des fins purement « égoïstes ». L'utilisation de la responsabilité civile pour sanctionner les manquements d'une personne à ses obligations d'informations offre des solutions plus nuancées. Néanmoins, ce type de sanction possède le désavantage du recours quasi-obligatoire du juge, ce qui implique une augmentation des coûts et de la durée de la procédure. L'application de cette sanction par ces tribunaux est, cependant, de nature à préserver la bonne foi de l'assuré car celui-ci doit toujours rapporter la preuve de la réalité du préjudice subi du fait d'un manquement par un tiers à l'une de ses obligations d'information<sup>424</sup>.*

Sur la base de notre expérience, il y a peu de cas qui parviennent aux juges. De ce fait, nous préférons les régimes juridiques qui prévoient expressément des solutions aux cas communs<sup>425</sup>. 363

### **(ii) L'invocation de la responsabilité délictuelle**

Dans certains pays, comme c'est le cas de la Suisse, la solution précédente n'est pas appliquée. Ce qui explique que certains juristes font valoir l'argument que les actions en responsabilité précontractuelle (responsabilité délictuelle) persistent après la conclusion du contrat, c'est-à-dire que la théorie de l'absorption n'est pas pleinement appliquée et les consommateurs ont donc la possibilité de demander l'indemnisation totale des dommages résultant de la violation du devoir précontractuel d'information à travers l'action de responsabilité délictuelle. 364

En d'autres termes, les instruments contractuels ne règlent pas exclusivement les conséquences de la violation du devoir d'information, et la responsabilité délictuelle peut être invoquée dans les cas où les instruments contractuels ne conviennent pas au consommateur<sup>426</sup>. JULIEN explique la question en France :

*Sanctions. Si le consommateur a été mal informé, ou pas informé du tout, de quelles actions dispose-t-il ? Un premier raisonnement conduirait à considérer que, puisque l'information précontractuelle a fondamentalement pour finalité de permettre au consommateur de donner un consentement éclairé, un défaut dans cette information prive son acceptation d'une qualité essentielle. Il convient donc de se tourner vers la théorie des vices du consentement, et peut-être plus particulièrement vers le dol. Plus précisément, c'est la réticence dolosive qui sera utile, à condition toutefois de réussir à établir l'intention du professionnel. L'alinéa 6 de l'article 1112-1 est du reste en ce sens, en précisant que « outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants » (qui sont précisément relatifs aux vices du consentement). Cependant, il n'est pas certain que la voie des vices du consentement soit*

<sup>424</sup> KHOURY, p. 193.

<sup>425</sup> En Colombie, il y a beaucoup de professeurs romanistes qui préfèrent que les juges interprètent les affaires sur la base des *principes généraux* comme dans la Rome antique, mais c'est un système qui ne s'adapte pas aux cas mineurs (les cas bagatelles).

<sup>426</sup> RISKE, pp. 530-537 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 164-166 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 261-262 ; RISKE, pp. 212-213 et aussi pp. 467-482 ; KHOURY, pp. 195-209.

*vraiment intéressante pour le consommateur. En effet, si elle aboutit, elle conduit à la nullité du contrat, c'est-à-dire à sa disparition rétroactive, ce que ne souhaite pas nécessairement le consommateur, le contrat pouvant conserver pour lui un intérêt. La voie de la demande de dommages-intérêts sera peut-être préférable, en invoquant par exemple un préjudice de perte de chance, sans oublier une éventuelle action de nature pénale<sup>427</sup>.*

### (iii) Notre avis

365 Selon notre point de vue, le plus important est *la protection matérielle (réelle) du consentement* de la partie vulnérable dans le cas d'espèce, et non la théorie choisie par les juges. C'est pourquoi, dans les cas de violation grave du devoir d'information du professionnel, il faut trouver une solution satisfaisante pour les intérêts des consommateurs, indépendamment de l'argumentation juridique avancée dans chaque pays.

## B. Les conséquences administratives dans les activités surveillées

366 Certaines activités, comme l'activité de l'assurance, font l'objet d'une surveillance stricte de la part d'une autorité de surveillance. **L'un des objectifs de la surveillance est la protection des consommateurs, et par conséquent, il y a des sanctions en cas de violation des règles de protection.** Il existe différentes sanctions qui peuvent être appliquées progressivement par les autorités, en fonction de la gravité et de la récurrence de la mauvaise pratique. À titre d'exemple, l'autorité de contrôle peut ainsi :

- Imposer une amende monétaire
- Exiger le changement immédiat de certaines pratiques
- Retirer la licence d'exploitation du professionnel<sup>428</sup>.

367 *Les sanctions administratives pour violation du devoir d'information* et en général des droits des consommateurs ne sont pas couramment utilisées dans le droit européen et latino-américain<sup>429</sup>, étant donné que le modèle libéral considère que les autorités ne doivent pas avoir de politique d'intervention dans les relations privées. Ces sanctions ne résolvent pas de plaintes ou de problèmes individuels (cas individuels), de sorte que les consommateurs concernés n'ont aucun intérêt à s'en servir.

368 Cependant, à notre avis, celles-ci jouent un rôle important et ne doivent pas être supprimées car, face à des violations flagrantes du devoir d'information du consommateur par le professionnel, il est utile que les acteurs de la société civile (l'académie, les associations de consommateurs) disposent de mécanismes pour porter plainte auprès des autorités de surveillance.

369 Nous recommandons aux jeunes juristes de porter plainte auprès des autorités de surveillance lorsqu'ils constatent des violations des droits des consommateurs car cette tâche fait partie de la responsabilité sociale de l'avocat (devenir le héros sans nom).

---

<sup>427</sup> JULIEN, p. 118.

<sup>428</sup> RAYMOND, pp. 343-356 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 144-153 ; SPANGLER, pp. 6-59 et aussi pp. 61-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 101-105 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 766-767.

<sup>429</sup> POILLOT, pp. 108-113.

## XIV. La synthèse

Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur les conclusions suivantes:

370

- L'obligation d'information fait partie de *l'ensemble des devoirs précontractuels qui découlent des principes du droit (la bonne foi, la transparence et la confiance)*
- La présente thèse ne se concentrera pas sur la création jurisprudentielle du devoir d'information du professionnel car il s'agit d'un sujet qui a été largement étudié et analysé. Notre recherche part de la réalité que le devoir a déjà été consacré légalement donc nous nous concentrons sur les problématiques pratiques.
- Sur la base des principes généraux du droit (la bonne foi, la transparence et la confiance), le devoir d'information prévoit que la partie ayant *une position dominante* doit coopérer avec l'autre partie, dans les cas où il y a un déséquilibre (pas d'égalité entre les parties). Le devoir d'information fait partie de l'ensemble des devoirs qui doivent être respectés par les parties durant la négociation d'un contrat.
- Le devoir d'information des professionnels est dispersé dans différentes parties de la législation et il y a même de doubles réglementations. C'est pour cette raison qu'il existe de graves et complexes problèmes d'articulation et de détermination du droit applicable.
- Il y a trois ordres de protection liés à l'information : la protection du consentement au moment de la conclusion du contrat, la réparation du préjudice individuel et la collectivisation des intérêts.
- Le devoir d'information du professionnel a trois grands objectifs : 1) fournir un outil supplémentaire à la partie ayant une faiblesse informative (asymétrie de l'information), afin qu'elle puisse prendre des décisions en connaissance de cause. 2) permettre au consommateur de faire des comparaisons des produits et de prendre des décisions rationnelles. 3) Améliorer l'image de marque des professionnels.
- L'intensité du devoir d'information dépend des circonstances : la qualité des parties, le type de bien ou service, la complexité du contrat, la valeur et l'importance du contrat.
- Il y a trois grands cas de figure déterminant l'intensité du devoir d'information : 1) l'égalité des parties : aucun devoir d'information, 2) l'asymétrie de l'information : devoir d'information, 3) les cas exceptionnels : devoir de conseil.
- Pour atteindre les objectifs, les informations supplémentaires que le professionnel fournit aux consommateurs doivent être : claires, transparentes, suffisantes, opportunes, certaines, vérifiables, précises, loyales, non trompeuses et compréhensibles.
- Le grand défi du devoir d'information est de trouver l'équilibre et la proportionnalité dans l'information car, paradoxalement, l'excès d'informations précontractuelles (la surinformation) constitue également une violation du devoir. C'est pourquoi il est indispensable de déterminer quelles sont les informations essentielles dont le consommateur a besoin.
- Le professionnel doit coopérer avec la contrepartie contractuelle pour résoudre les problèmes d'asymétrie de l'information. Cependant, il y a des limites au devoir d'information du professionnel, telles que l'information confidentielle, la distinction avec le conseil, les coûts du devoir d'information et le devoir de se renseigner.
- Il y a plusieurs conséquences qui peuvent découler de la violation du devoir d'information. Les deux principales sont la responsabilité précontractuelle et les sanctions administratives dans les activités surveillées.





Quatrième partie :

L'étude de cas : L'information précontractuelle  
dans le contrat d'assurance



## Chapitre 6 : L'information précontractuelle dans le contrat d'assurance

Le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion des contrats présente un certain nombre de *particularités*. Celles-ci justifient en grande partie l'existence d'un régime juridique spécifique, par rapport à la réglementation du devoir général d'information découlant de la bonne foi à charge des deux parties, et au régime juridique commun du droit de la consommation dans les pays dans lesquels il y a une codification<sup>430</sup>. Dans son analyse des interventions protectrices illustratives, BORY explique le cas de la Suisse :

371

*Les devoirs d'information prévus à l'art. 3 LCA constituent une règle particulière qui va au-delà des devoirs d'information précontractuels généraux découlant de l'obligation de bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Il s'agit d'une intervention étatique dans les rapports entre particuliers qui restreint la liberté contractuelle, en ce sens qu'elle ne laisse pas les contractants totalement maîtres des modalités de leur échange, avec pour objectif de rétablir une forme de symétrie de l'information permettant une détermination équitable des primes à payer. En d'autres termes, même dans l'hypothèse où l'assureur considérerait que certaines informations sont évidentes et que le preneur d'assurance devrait assumer la responsabilité de les obtenir, la loi impose à l'assureur de les révéler en termes clairs et compréhensibles pour un non-professionnel afin de limiter le risque que le preneur contracte un engagement contraire à ses intérêts<sup>431</sup>*

La présente partie sera consacrée à la présentation du devoir d'information dans le contrat d'assurance. Les problématiques choisies sont les suivantes :

372

- L'aperçu général du devoir d'information de l'assureur en droit européen et latino-américain (I).
- La coordination des intérêts : l'équilibre a-t-il été perdu ? (II).
- L'objectif spécial du devoir d'information de l'assureur lié au processus de libéralisation du marché des assurances (III).

---

<sup>430</sup> KHOURY, pp. 35-127 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 4807-4817 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; LOACKER, pp. 149-266.

<sup>431</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 182.

- Les particularités du contrat d'assurance et les conséquences pour le devoir d'information de l'assureur (IV).
- La difficulté de vulgariser le droit des assurances privées (V).
- L'intensité de la réglementation sur le devoir d'information de l'assureur (VI).
- Les classifications de droit des assurances privées et les implications sur le devoir d'information de l'assureur (VII).
- La violation du devoir d'information de l'assureur (VIII).
- Les autres remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance (IX).
- Les effets des problématiques globales sur le devoir d'information de l'assureur (X).

## I. L'aperçu général du devoir d'information de l'assureur en droit européen et latino-américain

373 Dans les paragraphes qui suivent, nous ferons quelques remarques générales sur le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance d'une part, et nous présenterons un aperçu du droit européen et latino-américain sur ce devoir d'autre part. Les points suivants seront abordés :

- La dispersion de la normativité du devoir d'information de l'assureur (A).
- L'intégration du devoir d'information de l'assureur dans la réglementation transsectorielle (B).
- La nouvelle approche : la transparence dans le marché des assurances privées (C).
- La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit européen (D).
- La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit latino-américain (E).
- La volonté d'éviter d'importer des problèmes d'autres législations (F).

### A. La dispersion de la normativité du devoir d'information de l'assureur

374 Traditionnellement, il y a une distinction entre *le droit qui vise la surveillance des entreprises d'assurance privées (droit public) et le droit qui régit les obligations découlant du contrat d'assurance (droit privé)*. Cependant, **le devoir d'information de l'assureur est un droit transversal** qui ne s'adapte pas à cette distinction classique et qui est dispersé dans la législation<sup>432</sup>. RAYMOND explique comment ce phénomène se retrouve dans tout le droit de la consommation en général :

*Le droit de la consommation est un droit transverse. Dans les divisions classiques connues de nos facultés de droit, le droit de la consommation apparaît comme un phénomène étrange. En effet, la division classique se fait entre le droit public et le droit privé, avec la difficulté de classer certaines branches du droit comme le droit pénal ou le droit fiscal. Cette division classique rejoint la distinction des deux ordres juridictionnels les juridictions de droit privé et les juridictions de droit administratif<sup>433</sup>.*

375 C'est pourquoi la législation relative au devoir d'information de l'assureur est généralement éparpillée dans des règles de nature différente à l'intérieur du droit des assurances.

---

<sup>432</sup> MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Contract Law* » ; MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* » ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 43-69 ; MASSARD, pp. 24-43 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; RUIZ/ ANDREU, pp. 885-901.

<sup>433</sup> RAYMOND, pp. 26-27.

- Dans la loi sur le contrat d'assurance de chaque pays, il y a des règles impératives de protection des consommateurs liées à l'information (dispositions d'ordre public), lesquelles ont limité la liberté contractuelle de l'assureur<sup>434</sup>. Ces règles prévoient que l'assureur doit obligatoirement fournir certaines informations et attirer l'attention du consommateur sur certains aspects essentiels pour l'adéquate formation du consentement<sup>435</sup>.
- Mais aussi, dans le droit concernant l'activité de l'assurance, quelques règles de protection des consommateurs qui ont été mises en place, doivent être respectées par les assureurs afin d'éviter de perdre l'agrément délivré par l'autorité de surveillance. Comme le prévoient les principes de l'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES CONTRÔLEURS D'ASSURANCE- AICA (« *International association of insurance supervisors* ») (IAIS), l'un des objectifs de la surveillance des compagnies d'assurance est de protéger les preneurs d'assurance<sup>436 437</sup>. C'est un cas où le droit de la surveillance des assureurs a des implications sur les relations privées entre le consommateur et l'entreprise d'assurance<sup>438</sup>.

Dans le livre intitulé « *les contrats d'assurances-vie individuelles* », MASSARD explique la complexité des sources et le manque de cohérence du droit des assurances en général<sup>439</sup>. Selon ses mots :

376

*Les normes ayant trait à l'assurance-vie sont nombreuses et les frontières entre dispositions contractuelles, de surveillance ou fiscales ne sont pas toujours nettement marquées. Cette source de confusion est renforcée par les différentes natures juridiques des textes qui cohabitent. À côté de règles de droit, une multitude de textes non normatifs prétend encadrer un domaine qui ne cesse d'inspirer l'administration. Quand bien même il ne s'agit pas à proprement parler de sources de droit, leur portée pratique est telle que l'on ne saurait les négliger. Nous tenterons de classer ces textes, normatifs ou non, de manière systématique : les articles constitutionnels fédéraux, la législation contractuelle et de surveillance, les textes fiscaux et des assurances sociales et la législation de procédure et d'exécution forcée<sup>440</sup>.*

<sup>434</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 126-127 ; FONTAINE, pp. 62-71 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 162-168 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 66-71.

<sup>435</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 4807-4817 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340.

<sup>436</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups 2019* ».

<sup>437</sup> La Suisse est représentée par la FINMA au sein de l'AICA.

<sup>438</sup> PAILLER, pp. 54-63 ; FONTAINE, pp. 57-71 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 117-132.

<sup>439</sup> MASSARD, pp. 24-50.

<sup>440</sup> MASSARD, p. 24.

Selon le pays le devoir d'information de l'assureur est réglementé dans des textes de nature différente. Il y a des cas de *double réglementation* et aussi, quelques *problèmes d'articulation*. Pour illustrer les contrastes<sup>441</sup> :

- En France il y a un grand Code des assurances qui intègre à la fois la réglementation du contrat d'assurance et l'activité d'assurance. C'est pourquoi le devoir d'information de l'assureur se trouve dans une seule réglementation<sup>442</sup>. La nouveauté est apportée par l'ordonnance 2018-361 du 16 mai 2018 sur la distribution de l'assurance. Celle-ci est apparue comme une transposition de la directive DDA<sup>443</sup>
- En Suisse, il existe une réglementation sur le devoir d'information de l'assureur dans la loi sur le contrat d'assurance (Art. 3 LCA), étant le résultat de la révision de la Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance en 2006 (LSA). En d'autres termes, une modification du droit de la surveillance des assurances (la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance) a rendu nécessaire l'adaptation du droit du contrat d'assurance (le renforcement du devoir d'information de l'assureur)<sup>444 445</sup>. Par ailleurs, la LSA a des dispositions qui visent des aspects des relations privées comme l'information à fournir aux consommateurs, ou le cas de l'article 45 LSA sur le devoir d'information des intermédiaires d'assurance<sup>446</sup>. MASSARD propose l'unification de toute la réglementation du droit des assurances dans un seul Code à l'image du Code français des assurances. D'après lui :

*A l'instar du législateur allemand, le législateur suisse a choisi de séparer la LCA de la LSA. L'effet actuel est que la LSA contient des dispositions qui ne dépasseraient pas la LCA (p. ex. art. 55 al. 2, 62 al. 3 LSA ainsi que art. 125a OS à 132 OS), effet encore aggravé par le projet de LSA 2018 qui prévoit d'introduire la distinction entre assurance-vie et assurance-vie qualifiée (art. 39a à 39i PLSA 2018). Cette dernière forme générerait notamment des obligations d'informations plus poussées de la part de l'assureur vis-à-vis du proposant (art. 39b à 39de LSA 2018). A côté de ces importantes lois, d'autres dispositions s'éparpillent dans la LAGH et les textes relatifs à la lutte contre le blanchiment d'argent. Il est dommage de ne pas avoir profité de la récente révision de la LCA pour améliorer cette systématique, voire concevoir un texte unique à l'image du Code français des assurances<sup>447</sup>.*

- En Espagne, la réglementation du devoir d'information se trouve tant dans le droit public que dans le droit privé, mais la nouveauté est apportée par la nouvelle loi sur

<sup>441</sup> Lors des congrès mondiaux d'AIDA, afin de faire une analyse de droit comparé, les groupes de travail posent des questionnaires sur différents sujets aux sections nationales de l'association. Les questionnaires sur le devoir d'information ont montré la variété des sources normatives dans chaque pays. Voir : SHARON, *Disclosure Duties in Insurance. General Report AIDA World Congress MANGIALARDI/PANTANALI/ QUINTANA*, pp. 13-66 ; VIVAS, pp. 39-80.

<sup>442</sup> CHAGNY/ PERDRIX expliquent que le Code des assurances en France regroupe l'ensemble des règles spéciales. Il s'agit, cependant, d'une codification incomplète parce qu'elle ne comprend que certains textes, pp. 38-41. Voir aussi : BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 55-72.

<sup>443</sup> BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073.

<sup>444</sup> Art. 3, RO 221.229.1, Loi sur le contrat d'assurance (LCA) du 2 avril 1908 (Etat le 1er janvier 2022).

<sup>445</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 118-119 et pp. 247-270 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; STÄUBLI, pp. 323-350 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 166-167 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 98-102.

<sup>446</sup> MASSARD, pp. 24-50 et pp. 165-173 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94.

<sup>447</sup> MASSARD, p. 25.

la distribution d'assurance. Celle-ci est apparue comme une transposition de la directive DDA<sup>448 449</sup>.

- En Colombie, la réglementation est éparpillée, parmi le Code du commerce au chapitre sur le contrat d'assurance, dans la loi sur les marchés financiers, dans la loi sur la protection du consommateur de services financiers et dans la loi sur la protection du consommateur<sup>450</sup>.

En résumé, **l'une des caractéristiques du devoir d'information de l'assureur est la dispersion et, dans quelques cas, le manque d'articulation de la normativité**. D'après nous, comme nous allons l'exposer dans la dernière partie de la thèse, la législation sur le devoir d'information de l'assureur, et en général le droit de la consommation, doit remplir les caractéristiques de ce devoir, c'est-à-dire, être claire, transparente, suffisante, opportune, certaine, vérifiable, précise, loyale, non trompeuse et compréhensible. C'est la raison pour laquelle une réforme structurelle est urgente et nécessaire dans les prochaines années. Nous espérons que dans l'avenir nous pourrions dire que la réglementation du droit des consommateurs des assurances privées est un exemple de transparence et de clarté (il faut surmonter la tragédie).

## B. L'intégration du devoir d'information de l'assureur dans la réglementation transsectorielle

Il y a une *tendance à l'harmonisation* dans les branches du droit ayant des caractéristiques communes (*la réglementation transsectorielle*), comme c'est le cas de toutes les branches liées aux services financiers ou le secteur des investissements<sup>451 452</sup>. Parallèlement, il y a des projets de codification du droit de la consommation.

Dans nos études sur le devoir d'information de l'assureur, nous avons pu constater les cas suivants :

- Dans quelques pays, les tentatives de codification du droit de la consommation ont échoué. C'est pourquoi la réglementation du devoir d'information de l'assureur se trouve exclusivement dans la réglementation du droit des assurances privées (la loi sur le contrat d'assurance ou la loi sur la surveillance des entreprises d'assurance). C'est le cas de l'Union européenne et quelques législations nationales<sup>453</sup>. Par exemple en Suisse, il n'existe pas de Code général du droit de la consommation, mais des mesures protectrices dispersées dans les législations de chaque secteur. À l'heure actuelle, le contrat d'assurance est régi par des règles entièrement indépendantes concernant le devoir d'information de l'assureur, qui ne s'applique pas à d'autres secteurs. **La législation est donc adaptée aux caractéristiques et aux principes particuliers de l'activité d'assurance**<sup>454</sup>.

<sup>448</sup> SOLA, pp. 73-129 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 55-88.

<sup>449</sup> Real Decreto-ley 3/2020, (espagnol), du 4 février 2020, BOE 1651.

<sup>450</sup> JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; VIVAS, pp. 39-80 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49.

<sup>451</sup> PAILLER, pp. 1-23 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 93-114 ; SOLA, pp. 129-205 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 93-117 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

<sup>452</sup> BRAIDI analyse la surveillance des individus actifs dans le domaine bancaire et financier en proposant la création d'une autorisation spécifique et transsectorielle des individus.

<sup>453</sup> RAYMOND, pp. 11-13 ; CALAIS-AULOY/ TEMPLE/ DEPINCE, pp. 45-48 ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 107-148.

<sup>454</sup> NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; STÄUBLI, pp. 323-350 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189.



- Certains pays (la France, l'Espagne, l'Allemagne) ont émis des codes de droit de la consommation avec un devoir général d'information du professionnel. Cependant le droit des assurances privées a été exclu expressément du champ d'application car il existe un régime spécial pour le devoir d'information de l'assureur dans la loi du contrat d'assurance<sup>455</sup>.
- Dans l'Union européenne, il y a eu des cas d'intégration et de réglementation intersectorielle dans quelques domaines très spécifiques (ce n'est pas un Code général du droit de la consommation) où l'on inclut une réglementation de l'information à fournir, comme les produits d'investissements packagés de détails et fondés sur l'assurance<sup>456</sup> et les marchés d'instruments financiers<sup>457</sup>.  
La Suisse a suivi cette tendance de l'UE. En effet, d'une part la loi sur les services financiers (LSFin) contient les règles de comportement que les prestataires de services financiers doivent respecter vis-à-vis de leurs clients, mais cette réglementation ne s'applique pas au contrat d'assurance classique, sauf l'assurance sur la vie avec composante épargne<sup>458</sup>. D'autre part la loi sur les établissements financiers (LEFin) uniformise la réglementation des autorisations pour les prestataires de services financiers, mais elle n'inclut pas les assurances<sup>459</sup>.
- Il y a des pays qui ont un devoir d'information pour tout le secteur financier. Par exemple, en Colombie l'opération d'assurance fait partie d'un grand système financier, dans lequel il existe une seule autorité de surveillance, une seule loi de surveillance et même, une seule loi sur la protection des consommateurs de services financiers qui établit un devoir d'information du professionnel pour tout le secteur<sup>460</sup>.

381 Sur la base de ce qui précède, l'on peut conclure que l'intégration du devoir d'information dans la réglementation transsectorielle ou dans un Code de la consommation n'est pas une tendance commune dans tous les pays. C'est pour cela que nous avons décidé de nous concentrer uniquement sur le devoir d'information dans le droit des assurances privées, sans faire une étude avec une portée plus grande (par exemple, le devoir d'information dans le secteur de services financiers)<sup>461</sup>.

382 Finalement, à l'heure actuelle, le contrat d'assurance est régi par des règles entièrement indépendantes concernant le devoir d'information de l'assureur, qui ne s'applique pas à d'autres secteurs (l'approche sectorielle) et qui s'adapte aux particularités et aux principes particuliers de l'activité d'assurance.

383 Étant donné ce qui précède la doctrine en général se demande s'il est souhaitable de passer à un schéma réglementaire commun (un Code général du droit de la consommation), qui risque de ne pas s'adapter aux particularités du contrat d'assurance.

---

<sup>455</sup> En France le code de la consommation s'applique pour combler les lacunes liées à la protection des consommateurs d'assurance, telles que les articles relatifs aux conditions générales du contrat, le régime d'interprétation des contrats et la normativité concernant les clauses abusives. CHAGNY/ PERDRIX, pp. 46-47 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 140-154 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 177-179.

<sup>456</sup> Règlement (UE) 1286/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance.

<sup>457</sup> Directive 2004/39/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

<sup>458</sup> Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) du 15 juin 2018,

<sup>459</sup> Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) du 15 juin 2018 (État le 1er août 2021).

<sup>460</sup> La Loi 1328/2009. Voir : JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; VIVAS, pp. 39-80 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49.

<sup>461</sup> HAMMOUD a fait une thèse de doctorat dans laquelle elle analyse de manière globale la protection des consommateurs de services financiers en France et au Liban.

A notre avis, en raison des particularités du contrat d'assurance, **cette sous-catégorie de contrat de consommation doit avoir sa propre réglementation adaptée aux principes de l'opération de l'assurance, sans préjudice de l'application de quelques principes généraux et règles communes applicables à tous les contrats de consommation.** 384

### C. La nouvelle approche : la transparence dans le marché des assurances privées

Actuellement, l'un des *principes fondamentaux du droit des assurances* privées est le *principe de la transparence dans le marché des assurances*. Ce principe est extrêmement vaste et réunit différents éléments, ce qui permet de poser un regard systémique et intégral<sup>462</sup>. Cette approche de la transparence est en rapport avec le devoir d'information de l'assureur, comme nous l'exposerons brièvement. 385

D'abord, il est important de souligner qu'au cours des dernières années, *le principe de transparence* dans le marché des assurances est devenu un sujet d'actualité, sur lequel beaucoup de bibliographies ont été publiées. Par exemple, BENITO a publié un livre sur *le principe de transparence dans le droit des assurances*<sup>463</sup>. Également, la maison d'édition Springer a tiré deux volumes sur la transparence, auxquels des juristes de différents pays ont participé à leur élaboration. À notre avis, ce sont de grands travaux de droit comparé<sup>464</sup>. 386

La transparence dans le marché des assurances privées implique : 387

- La transparence dans les contrats d'assurance (1).
- La transparence dans la distribution d'assurance (2).
- La transparence dans la communication vis-à-vis des consommateurs (3).
- La transparence auprès des acteurs du marché (4).
- La transparence dans les investissements (5).
- La transparence de la réglementation (6).

#### 1. La transparence dans les contrats d'assurance

Le droit des assurances privées doit chercher la clarté et simplicité dans la rédaction des documents contractuels d'assurance. Le texte des contrats doit éviter d'induire les consommateurs en erreur ou de susciter de fausses attentes sur la couverture de l'assurance. En outre, considérant l'utilisation massive de conditions préformulées par avance (contrats d'adhésion), il faut faire un contrôle du contenu des contrats et sanctionner les éventuels abus de l'assureur (clauses abusives, clauses insolites)<sup>465</sup>. 388

<sup>462</sup> BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 1-277 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* » ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1669-1730 ; VIVAS, pp. 39-80.

<sup>463</sup> BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* » ; pp. 1-277.

<sup>464</sup> MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Contract Law* » ; MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* ».

<sup>465</sup> MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Contract Law* » ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » ; MARANO, « *Insurance Distribution directive* » ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1613-1807 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 119-157 ; PAILLER, pp. 125-128 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 191-238 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 181-104 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 173-177 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 536-538 et pp. 464-466 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguro* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp.

## 2. La transparence dans la distribution d'assurance

- 389 L'intermédiation est un sujet sensible qui peut être une source de déception chez les consommateurs. Compte tenu des multiples types d'intermédiaires, il est important de déterminer de manière claire s'ils représentent les intérêts du consommateur ou non et s'il y a un *conflit d'intérêt* quelconque. Pour que le consommateur reçoive des conseils transparents et objectifs, il convient de réglementer un certain nombre de questions, notamment : les conflits d'intérêts, la rémunération des intermédiaires d'assurance, le régime de responsabilité, le devoir d'information des intermédiaires, les exigences de solvabilité et des connaissances pour exercer la profession<sup>466</sup>.
- 390 Par ailleurs, le fait que les professionnels offrent d'autres contrats supplémentaires qui complètent leurs services est une pratique commune dans le marché. C'est pourquoi il faut éviter la confusion chez les consommateurs dans les contrats connexes, réseaux de contrats, ventes croisées ou contrats liés, surtout quand le professionnel agit en tant qu'intermédiaire d'un contrat supplémentaire<sup>467 468</sup>.
- 391 Finalement, le développement de nouvelles technologies a permis la création de nouveaux canaux de distribution d'assurance, mais il a engendré l'émergence de nouveaux risques et de la vulnérabilité des consommateurs. De ce fait, il faut réglementer les nouvelles plateformes et formes de distribution<sup>469</sup>.

## 3. La transparence dans la communication vis-à-vis des consommateurs

- 392 Afin d'améliorer l'image de marque, les assureurs doivent s'investir dans la communication avec le consommateur. Cela comprend bien sûr le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat d'assurance, mais également au cours de toutes les autres étapes,

---

137-160 ; LOPEZ, pp. 140 -147 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>466</sup> MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* » ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 31-92 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 et pp. 161-169 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 161-189 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 53-55 et pp. 74-75 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 7-345 et pp. 831-1073 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 191-199 ; PAILLER, pp. 159-184 ; SOLA, pp. 73-129 ; QUINTÁNS ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 292-299 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; VIVAS, pp. 39-80 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>467</sup> L'article 24 de la directive DDA vise les informations concernant les ventes croisées, c'est-à-dire, lorsqu'un produit d'assurance est proposé avec un produit ou un service accessoire qui n'est pas une assurance, dans le cadre d'un lot ou du même accord. Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>468</sup> PAILLER, pp. 172-175.

<sup>469</sup> BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; MARANO/ ROKAS/ KOCHENBURGER (édits.), « *The "Dematerialized" Insurance* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance in the Digital Age* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition* » ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *InsurTech* ».

telles que la gestion des réclamations et le paiement des sinistres<sup>470</sup>. Par exemple la création du devoir d'information en Suisse (article 3 LCA) a eu pour but essentiel d'accroître la transparence. BORY l'évoque :

*L'art. 3 LCA est une disposition relativement impérative, conformément à l'énumération de l'art. 98 LCA. Elle ne peut donc pas être modifiée au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. Les buts de l'intervention, tels que formulés dans le message, sont pour l'essentiel « d'accroître la transparence vis-à-vis des consommateurs », de faciliter la comparaison des produits et de rétablir l'égalité des parties, étant précisé que le contrat d'assurance est généralement un contrat où le preneur d'assurance se contente d'adhérer aux conditions posées par l'assureur sans en négocier la teneur. Les objectifs fixés impliquent la reconnaissance d'un besoin de correction d'une asymétrie d'information entre l'assureur et le preneur d'assurance<sup>471</sup>.*

#### 4. La transparence auprès des acteurs du marché

L'activité d'assurance est strictement réglementée et surveillée, de sorte qu'il convient d'éviter la mise illégale sur le marché de produits d'assurance, c'est-à-dire, des assurances qui sont offertes par des entités sans autorisation ou qui ne remplissent pas le régime de solvabilité, de réserves techniques et d'exigences légales. De plus, il faut garantir *la concurrence loyale et saine dans le marché des assurances*<sup>472</sup>. 393

#### 5. La transparence dans les investissements :

*Les crises financières* et les lourdes pertes d'investissements de ces dernières années dans le secteur financier (épargne-pension, investissements en actions, assurances vie liées à des fonds de placement) ont conduit à la nécessité de protéger les consommateurs. La conclusion de ce type de produits exige une série de mesures supplémentaires telles que l'établissement des profils de risque du consommateur, l'obligation d'information plus sévère (proche du conseil individuel), la fourniture et l'avertissement obligatoire d'une série d'informations supplémentaires (les critères de détermination des profits et des pertes, les coûts d'administration et d'intermédiation)<sup>473</sup>. 394

#### 6. La transparence de la réglementation

La législation doit être claire, cohérente et bien articulée entre ses composantes<sup>474</sup>. Il y a actuellement deux cas où la transparence de la réglementation doit être améliorée : 395

<sup>470</sup> BENITO, pp. 31-92 ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 154-157 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1669-1730 ; VIVAS, pp. 39-80.

<sup>471</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 182-183.

<sup>472</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* » ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 55-92 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 112-125 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* » ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

<sup>473</sup> MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » ; CHINCHILLA, pp. 327-350 ; QUINTÁNS ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 123-127 ; PAILLER, pp. 178-184 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BIGOT et al., *Tome 4 : Les assurances de personnes*, 1-495 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

<sup>474</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 1-92.

l'articulation entre la législation communautaire et le droit interne dans l'UE (a) et l'articulation du droit de la consommation avec d'autres branches du droit (b).

### a. L'articulation entre la législation communautaire et le droit interne dans l'UE :

396 Dans le secteur des assurances privées, l'Union européenne a fait une harmonisation dans quelques domaines, notamment dans le marché unique (licence unique, liberté d'établissement, la liberté de prestation de services des entreprises d'assurance et des intermédiaires), la surveillance prudentielle et les règles comptables<sup>475</sup>.

397 Cependant, il y a de graves problèmes dans la répartition adéquate des compétences entre les autorités de l'Union européenne et les États membres, et dans *l'articulation du droit communautaire et les droits nationaux*<sup>476</sup>. Comme PAILLER l'évoque :

*Un droit principalement national. Si le droit des entreprises d'assurance est incontestablement un droit intégré, qui a en outre vocation à faire l'objet d'un contrôle de plus en plus étroit de la part de l'autorité européenne de régulation, le droit du contrat d'assurance demeure local. La particularité du droit des assurances tient en effet à ce que le produit d'assurance, à la différence d'une marchandise, est le résultat d'un contrat, auquel le produit se trouve incorporé ; or, ce contrat est régi par des règles nationales*<sup>477</sup>.

### b. L'articulation du droit de la consommation avec d'autres branches du droit

398 L'une des critiques récurrentes est que la législation de protection des consommateurs des assurances est extrêmement complexe et confuse, et qu'il y a de graves problèmes d'articulation avec d'autres branches (droit de la concurrence, réglementation de la publicité, droit de protection des données). L'un des enjeux actuels est donc de travailler précisément sur cet aspect<sup>478</sup>.

## 7. Notre analyse

399 À notre avis **la nouvelle approche du principe de la transparence rend pertinente une nouvelle étude sur l'un de ses composants (le devoir d'information)**. En d'autres termes, lorsqu'il y a des réflexions sur un principe général, il est justifié d'analyser comment elles affectent les aspects spécifiques de ses composants.

400 Finalement, il existe en droit un certain nombre de *principes fondamentaux*, tels que *le principe de la bonne foi, le principe de la transparence, le principe de la confiance, le principe de la proportionnalité*. Ceux-ci offrent une base théorique importante, mais il est extrêmement difficile de faire une application pratique et concrète. C'est pourquoi des travaux complémentaires et ultérieurs sont nécessaires sur des thèmes particuliers. Notre thèse rem-

---

<sup>475</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 48-60 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 73-111 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; SPANGLER, pp. 6-70 ; VAN HULLE, pp. 159-708 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 308-319.

<sup>476</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 64-96 ; RAYMOND, pp. 17-26 ; FONTAINE, pp. 24-34.

<sup>477</sup> PAILLER, p. 123.

<sup>478</sup> JULIEN, pp. 17-37 ; RAYMOND, pp. 17-32 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; STIGLITZ, pp. 43-54.

plit en grande partie ce rôle car elle prend plusieurs principes généraux et les applique au devoir de l'assureur d'informer au moment de la conclusion du contrat d'assurance.

## **D. La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit européen**

En droit européen, pour déterminer *le droit applicable* relatif au devoir d'information de l'assureur, il faut analyser, d'une part, la normativité dans l'Union européenne (1), et, d'autre part, les législations nationales (2). 401

### **1. La normativité liée au devoir d'information de l'assureur dans l'Union européenne**

En ce qui concerne le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance, il existe une réglementation très large au niveau communautaire car, afin de construire *le marché unique des assurances (la libre prestation de services transfrontaliers)*, il a fallu unifier les informations transmises au moment de la conclusion du contrat<sup>479</sup>. C'est ainsi que nous pouvons retrouver : 402

#### **a. La directive 2009/138 (Solvabilité II)**

La directive 2009/138 (Solvabilité II) a unifié le régime juridique concernant la surveillance et les marges de solvabilité des assureurs. Comme l'obligation d'information de l'assureur concerne les aspects liés à la surveillance des assureurs, la section V chapitre I Titre II vise l'information à l'attention des preneurs d'assurance que les assureurs doivent fournir aussi bien sur l'assurance vie que sur l'assurance non-vie<sup>480 481</sup>. 403

Également, la section IV chapitre Titre de Solvabilité II intitulé « *Information à destination du public* » affirme que le preneur d'assurance doit avoir accès aux rapports annuels sur la solvabilité et la situation financière des entreprises d'assurance et de réassurance<sup>482</sup>. Cette information peut être d'intérêt pour un preneur expert dans le droit des assurances, car il peut déterminer la capacité potentielle du contractant de remplir ses obligations, mais pour le consommateur moyen elle n'est pas intéressante et compréhensible. 404

#### **b. La Directive 2016/97 sur la distribution d'assurances (DDA)**

Par le biais de la Directive 2016/97, l'Union européenne a récemment réglementé le marché unique des intermédiaires d'assurance en adoptant une approche très intéressante et nova- 405

<sup>479</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 42-45 ; PAILLER, pp. 1-27 ; VAN HULLE, pp. 12-31 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 308-412.

<sup>480</sup> Articles 183 à 186 de la Directive 2009/138/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte).

<sup>481</sup> VAN HULLE a publié un livre intitulé « *Solvency II* » qui analyse la directive, pp. 1-708 ; PAILLER, pp. 69-122 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1019-1051 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 64-66.

<sup>482</sup> La directive 2009/138/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

trix, qui consiste à réglementer la distribution de manière générale, y compris la distribution directe c'est-à-dire, lorsque l'assureur n'emploie pas d'intermédiaire<sup>483</sup>.

406 La DDA vise à ce que le consommateur bénéficie du même niveau de protection dans tous les canaux de distribution en recevant les informations pertinentes pour prendre des décisions en connaissance de cause<sup>484</sup>. Le considérant 6 de Solvabilité II affirme expressément :

*Les consommateurs devraient bénéficier du même niveau de protection, quelles que soient les différences entre les canaux de distribution. Afin de garantir que le même niveau de protection s'applique et que le consommateur puisse bénéficier de normes comparables, en particulier en matière d'informations à fournir, l'existence de conditions de concurrence équitables entre distributeurs est essentielle<sup>485</sup>.*

407 Les aspects plus importants liés au devoir d'information de l'assureur consacrés dans la directive sont les suivants :

**(i) Les informations à fournir et les règles de conduite dans la distribution**

408 Le chapitre V de la Directive DDA établit que les distributeurs doivent agir de manière honnête, impartiale et objective. En outre, ils doivent informer les consommateurs sur les éventuels conflits d'intérêts, et s'ils fournissent ou non des conseils impartiaux et personnalisés. De plus, avant la conclusion d'un contrat d'assurance, les professionnels (l'assureur ou l'intermédiaire) doivent fournir quelques informations afin de permettre au consommateur de prendre une décision en connaissance de cause.

Ce chapitre contient des dispositions concernant :

- Les informations générales que le distributeur doit fournir au client avant la conclusion du contrat.
- Les informations concernant la rémunération afin d'éviter des conflits d'intérêts.
- Les informations concernant le produit afin de permettre au client de prendre une décision en connaissance de cause.
- Les informations concernant les ventes croisées. Le produit d'assurance peut avoir la nature de produit accessoire ou principal. Ils peuvent même être deux produits d'assurance<sup>486</sup>.

**(ii) La création du document d'information sur le produit d'assurance**

409 L'article 20 de la DDA établit que les assureurs doivent livrer un format normalisé avant la conclusion du contrat, qui a pour but de synthétiser les produits d'assurance et de permettre la comparaison<sup>487</sup>. Ce format a été élaboré par l'Autorité européenne de surveillance des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) à partir de tests sur le comportement

---

<sup>483</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>484</sup> MARANO, « *Insurance Distribution directive* » ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 162-184 ; PARIS, pp. 9-13 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; SOLA, pp. 79-89.

<sup>485</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>486</sup> MARANO, « *Insurance Distribution directive* » ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 167-184 ; PARIS, pp. 9-13 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; QUINTÁNS ; SOLA, pp. 79-89.

<sup>487</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

des consommateurs. Le résultat est un document succinct, avec un design et des symboles attrayants, cherchant à faire comprendre aux consommateurs des informations précontractuelles et contractuelles sur le produit d'assurance<sup>488</sup>.

### (iii) *La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP)*

L'article 25 de la DDA a mis en place un processus permanent de validation des produits d'assurance (*la politique gouvernance et surveillance des produits (GSP)*) afin de déterminer s'ils répondent aux besoins des clients à tous les stades de la création et de la distribution des produits<sup>489</sup>. Comme nous allons le mentionner, le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat fait partie de cette nouvelle politique, c'est-à-dire qu'elle en est un composant<sup>490</sup>. 410

### (iv) *Les obligations supplémentaires concernant les produits d'investissement*

La DDA met en place des exigences supplémentaires pour les produits d'investissement et établit une coordination avec les autres directives, telles que le règlement PRIIPS et la directive MIF II<sup>491</sup>. 411

## c. Les autres directives

Dans le secteur financier des instruments d'investissement, certains produits mélangent des prestations de nature différente, ce qui a conduit l'Union européenne à adopter des directives transsectorielles établissant des normes communes pour ce type de produits. Ces produits ont entraîné, ces dernières années, de lourdes pertes pour les consommateurs, ce qui a fortement renforcé le devoir d'information. Il existe également des branches d'assurance très particulières, de sorte qu'au niveau communautaire, des générations de directives ont été tirées pour les réglementer, où l'information à fournir est également réglementée<sup>492</sup>. 412

Ci-dessous nous allons énoncer les différentes directives et la relation avec l'information à fournir par le professionnel : 413

- **La Directive 2014/65** : les produits d'investissement (instruments financiers) sont d'une grande complexité et les États membres de l'Union européenne doivent contrôler que les acteurs du marché des instruments financiers fournissent aux consommateurs des informations pertinentes<sup>493</sup>.

<sup>488</sup> MARANO, « *Insurance Distribution directive* » ; SOLA, pp. 79-89 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; QUINTÁNS ; PAILLER, pp. 179-180 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073.

<sup>489</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>490</sup> Supra. Chapitre 4 : V.D. La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP).

<sup>491</sup> PAILLER, pp. 178-184 ; MARANO, « *Insurance Distribution directive* ».

<sup>492</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 446-450 et pp. 472-477 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 93-118 ; SOLA, pp. 129-205 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 93-117 ; PAILLER, pp. 189-225 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

<sup>493</sup> La Directive 2014/65/UE (MIFII) Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.



- **Le Règlement (UE) 1286/2014** : Compte tenu de la complexité des produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance (PRIPs), un règlement communautaire établit l'information à fournir au consommateur<sup>494</sup>.
- **Le Règlement (UE) 2088/2019** : À l'heure actuelle, un grand nombre de personnes souhaitent que leurs investissements soient durables, c'est-à-dire qu'ils soient réalisés dans des entreprises respectueuses de l'environnement et des droits de l'homme. Pour éviter que les consommateurs ne soient pas trompés dans leurs nobles intentions, des règles ont été établies sur l'information à fournir<sup>495</sup>.
- **Le Règlement (UE) 2019/1238** Les assurances vie de capitaux offrent des produits d'épargne-retraite individuelle et doivent donc s'adapter à ce régime<sup>496 497</sup>.

#### d. Quelques remarques

414 En ce qui concerne la réglementation de l'UE relative au devoir d'information de l'assureur en droit européen, il est important de formuler deux observations générales : les principales critiques (i) et le modèle d'harmonisation minimale (ii).

##### (i) *Les principales critiques*

415 Les principales critiques formulées sur la réglementation communautaire sont *l'inflation normative, le manque de cohérence et le manque de qualité* dans quelques cas<sup>498</sup>. Il y a même des auteurs qui se sont demandé s'il est pertinent de faire une pause de réflexion. LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR affirment à ce sujet :

*Le droit européen de l'assurance : toujours plus de réglementation ou vers une pause ? Depuis une quinzaine d'années les textes européens ne cessent de s'accumuler qui, soit portent spécifiquement sur le secteur de l'assurance (liberté d'établissement et de prestation de services des entreprises d'assurances et des intermédiaires, surveillance prudentielle, comptabilité contrôle), soit sont d'un champ d'application plus vaste, mais le concernent également... Or la législation communautaire ne brille pas par sa qualité, c'est le moins qu'on puisse dire ; spécialement elle manque souvent de cohérence<sup>499</sup>.*

Comme le disent CHAGNY/PERDRIX, la directive sur la solvabilité II vise à simplifier le droit européen des assurances. Ils affirment :

*Nouvelle étape. La Commission a ultérieurement entrepris de procéder à une « révision », qu'elle qualifie elle-même de « fondamentale » du droit européen des assurances. Il s'agit, non seulement de simplifier en remplaçant quatorze directives existantes par une seule, mais aussi d'améliorer la protection des consom-*

---

<sup>494</sup> Le Règlement (UE) 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance.

<sup>495</sup> Le Règlement (UE) 2088/2019 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

<sup>496</sup> Le Règlement (UE) 2019/1238 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à un produit paneuropéen d'épargne-retraite individuelle (PEPP) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>497</sup> PAILLER, pp. 203-225.

<sup>498</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 64-96 ; RAYMOND, pp. 17-26 ; FONTAINE, pp. 24-34 ; CHAGNY/PERDRIX, pp. 42-44.

<sup>499</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 64-96.

*mateurs, moderniser la supervision, accroître l'intégration des marchés et renforcer la compétitivité des assureurs européens*<sup>500</sup>.

À notre avis, les juristes européens ne reconnaissent pas l'importance du processus d'intégration européenne et de la révolution normative qu'elle a produite. Il n'est évidemment pas parfait, mais il a dynamisé les discussions. En tant que juriste étranger, le droit de l'UE est une grande source d'inspiration et de jalousie car nous avons parfois le sentiment que nos droits nationaux sont inamovibles. Malheureusement ils n'évoluent pas au rythme des changements sociaux et deviennent progressivement anachroniques<sup>501</sup>. 416

## (ii) *Le modèle d'harmonisation minimale*

En matière de droit des assurances, les directives de l'Union européenne appliquent un modèle d'harmonisation minimale, selon lequel certaines mesures sont fixées à l'échelle communautaire et elles doivent être transposées par les États membres. Cependant, les États membres ont la liberté d'établir des mesures plus strictes pour protéger les consommateurs<sup>502</sup>. 417

Cela implique que chaque État membre de l'Union européenne dispose de sa propre législation avec des variations importantes dans certains aspects, c'est pourquoi il peut se produire des solutions différentes à des situations qui sont identiques. Aussi, chaque fois qu'il y a une transposition dans la législation de chaque pays, les juristes nationaux doivent faire une analyse particulière à l'échelle locale. 418

## 2. Les législations européennes sur le devoir d'information de l'assureur

En ce qui concerne le droit du contrat d'assurance, chaque pays maintient ses particularités. Les différentes tentatives d'unification et de codification du droit européen des assurances ont échoué. Le plus proche d'un Code uniforme est « *les Principes du Droit européen du Contrat d'Assurance (PDECA)* », qui sont des sources d'inspiration pour la normativité nationale<sup>503 504 505</sup>. 419

PAILLER évoque à cet égard :

*Échec de l'harmonisation du droit du contrat d'assurance. L'harmonisation européenne du droit du contrat d'assurance a échoué en dépit de plusieurs tentatives. On peut citer à cet égard la proposition de directive de la Commission du 10 juillet 1979, modifiée par une proposition ultérieure du 30 décembre 1980,*

<sup>500</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 43-44.

<sup>501</sup> Ce commentaire s'applique à la Suisse (pays non-membre de l'UE) car, bien que la confédération helvétique utilise le droit communautaire comme source d'inspiration, les changements dans le droit des assurances sont extrêmement lents.

<sup>502</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 44-45 ; PAILLER, pp. 1-23 et pp. 124-159 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 65-80 ; FONTAINE, pp. 24-39 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 68-70 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 77-79 ; KHOURY, pp. 363-367.

<sup>503</sup> CHAGNY/ PERDRIX pp. 44-45 ; PAILLER, pp. 1-23 et pp. 124-159 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 65-80 ; FONTAINE, pp. 24-39 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 1-60 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 308-319.

<sup>504</sup> Certains auteurs font valoir que l'unification de la Loi sur le contrat d'assurance a accordé une priorité à l'UE et qu'elle n'est même pas la principale raison pour laquelle les consommateurs n'utilisent pas massivement le marché unique des assurances. VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 308-311 ; FONTAINE, pp. 24-39 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 65-80.

<sup>505</sup> Les tentatives et les échecs d'unification du droit du contrat d'assurance pourraient faire l'objet d'une recherche ultérieure.

*officiellement retirée par la Commission en 1993. Plus récemment, en 2003, la Commission a adopté une communication destinée à l'adoption d'un droit européen des contrats plus cohérent ; les travaux européens du Project Group on the Restatement of European Insurance Law, établissant des principes européens du droit du contrat d'assurance non contraignants, ont ainsi donné lieu à une première publication en 2008. Ces principes pourraient être utilisés comme instrument optionnel. En dépit d'importantes réflexions doctrinales, le droit européen du contrat d'assurance demeure extrêmement limité<sup>506</sup>.*

420 Paradoxalement, **les normes minimales du devoir d'information de l'assureur sont le seul progrès significatif dans l'harmonisation du droit européen des contrats d'assurance**. Cependant, étant donné qu'un modèle d'harmonisation minimale s'applique dans l'UE, les législations des Etats membres ne doivent respecter que les minimums établis par la régulation communautaire<sup>507</sup>.

421 De plus, comme on l'a déjà mentionné, la réglementation interne sur le devoir d'information est dispersée et fragmentée en normes de nature différente<sup>508</sup>. C'est pourquoi afin de déterminer la législation applicable dans chaque pays sur le devoir d'information de l'assureur, il faut procéder à une analyse complexe des différentes sources internes. C'est ainsi qu'il faut analyser :

- Le droit communautaire de l'Union européenne pour les États membres.
- Le droit constitutionnel appliqué au contrat d'assurance. La tendance actuelle est d'analyser le droit privé sur la base du droit constitutionnel et de la protection des droits de l'homme (les constitutions, la Charte des droits fondamentaux en Droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme). C'est pourquoi *les principes constitutionnels et les droits fondamentaux* (Droit à l'égalité de traitement, la protection de la vie privée, la protection des données à caractère personnel) peuvent être une source directe d'interprétation du devoir d'information, et même, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) peut avoir compétence pour résoudre quelques cas<sup>509</sup>.
- Le droit général des contrats, tel que le Code des obligations ou le Code économique applicable au contrat d'assurance. Ceux-ci établissent les principes et les règles communes, comme *c'est le cas des principes, des règles d'interprétation, des règles sur la formation du contrat, des règles sur les vices du consentement, etc.*
- Droit général de la consommation applicable au contrat d'assurance. Surtout s'il n'y a pas eu d'exclusion expresse du contrat d'assurance.
- La législation sur la surveillance de l'activité d'assurance ou de distribution d'assurances.
- La loi nationale sur le contrat d'assurance. Parfois c'est une loi indépendante, parfois c'est un chapitre d'un grand Code.
- Loi sur la concurrence déloyale et les pratiques abusives.
- La loi sur la publicité.
- Les Codes de déontologie et d'autorégulation.

422 Le tableau suivant montre la source principale du devoir d'information de l'assureur dans cinq pays européens :

---

<sup>506</sup> PAILLER, p. 124.

<sup>507</sup> PAILLER, p. 11 et aussi voir pp. 125-129.

<sup>508</sup> Supra. Chapitre 6 II. A. La dispersion de la normativité du devoir d'information de l'assureur.

<sup>509</sup> PAILLER, pp. 154-159 ; FONTAINE, pp. 108-112 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 337-339 ; MASSARD, pp. 113-115 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp-96-99.

| Pays        | Cadre normatif en corrélation avec le devoir d'information de l'assureur   |
|-------------|--|
| La Suisse   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Article 3 LCA</li> <li>– Article 45 LSA.</li> </ul>   |
| La France   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– L.112-2 Processus de conclusion du contrat- (Codes des assurances)</li> <li>– L.112-2-1 Vente à distance aux consommateurs</li> <li>– L.112-3 Documents contractuels</li> <li>– R.132-5-1-1 Devoir de conseil et d'information : Assurance Vie</li> <li>– L.521-1 à L.521.7 Informations à fournir par les distributeurs et règles de conduite.</li> <li>– R.521-1 à R.521-4</li> </ul> |
| L'Espagne   | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Article 172 à 183 Real Decreto-ley 3/2020, (espagnol), du 4 février 2020, BOE 1651.</li> </ul>  |
| La Belgique | <ul style="list-style-type: none"> <li>– Articles 29 à 38 Loi relative aux assurances.</li> <li>– Code de bonne conduite relatif à la publicité et à l'information sur les assurances-vie individuelles actualisé en 2012</li> </ul>   |
| L'Allemagne | <ul style="list-style-type: none"> <li>– - Articles 7A, 7B, 7C, 7d de VVG (Versicherungsvertragsgesetz – VVG). Devoir d'information de l'assureur</li> <li>– 69 à 72 de VVG (Versicherungsvertragsgesetz - VVG) Devoir de conseil et d'information des intermédiaires.</li> </ul>  |

**Le manque de clarté et d'articulation de la législation est l'une des raisons des critiques du devoir d'information de l'assureur en droit européen.** Dans la dernière partie de la thèse, nous affirmerons que ces problèmes doivent être surmontés immédiatement car le droit de la consommation, compte tenu de son destinataire, doit être un exemple de transparence, clarté et simplicité<sup>510</sup>.

423

## **E. La normativité relative au devoir d'information de l'assureur dans le droit latino-américain**

En Amérique latine, il n'existe pas de processus d'intégration économique aussi profond que celui de l'Union européenne, de sorte que tous les pays ont un régime particulier concernant le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance<sup>511</sup>.

424

Malheureusement, les mêmes problèmes d'articulation et cohérence du régime du devoir d'information de l'assureur que nous venons de mentionner précédemment dans les pays européens, se posent aussi dans les pays d'Amérique latine<sup>512</sup>. Le tableau ci-dessous illustre les règles relatives au devoir d'information de l'assureur dans trois pays latino-américains :

425

<sup>510</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.

<sup>511</sup> ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.

<sup>512</sup> MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; COMPIANI, pp. 97-111.

| Pays                       | Cadre normatif lié au devoir d'information de l'assureur  |
|----------------------------|---|
| La Colombie <sup>513</sup> | <ul style="list-style-type: none"><li>– Article 7C, 9 et 10 de la Loi 1328/2009 : Loi de la protection des consommateurs de services financiers</li><li>– Article 97 du Décret (« <i>Decreto con fuerza de ley</i> ») 663/93 : Loi de Surveillance d'assurance</li><li>– Article 3.1.3 et 23 à 28 Loi 1480/ 2012 : Loi de la protection des consommateurs</li></ul>     |
| Le Chili <sup>514</sup>    | <ul style="list-style-type: none"><li>– L'article 57 du Décret/Loi (« <i>Decreto con fuerza de ley</i> » 251 - DFL) : Loi de Surveillance d'assurance</li><li>– Décret suprême (« <i>Decreto supremo</i> ») 1055 (DS 1055),</li><li>– Articles 529, 514 du Code de commerce</li><li>– L'article 17b de la Loi 19.496 (Loi de la protection des consommateurs)</li></ul> |
| L'Uruguay <sup>515</sup>   | <ul style="list-style-type: none"><li>– Article 3, 16, 32 A, Loi 19678/2018</li></ul>   |

426 Il convient de faire quelques brèves remarques sur certaines particularités du devoir d'information de l'assureur en droit latino-américain :

- Les débats sur l'application du droit de la consommation générale au contrat d'assurance (1)
- La protection spéciale des droits fondamentaux (2)

## 1. Les débats sur l'application du droit de la consommation générale au contrat d'assurance

427 Dans le droit latino-américain, il existe de graves problèmes dans la détermination du champ d'application du droit de la consommation générale (les codes) et la loi spéciale du contrat d'assurance, ce qui a donné lieu à de nombreuses discussions et à un désaccord entre la doctrine et les juges<sup>516</sup>.

428 À notre avis, les critères relatifs au champ d'application du droit de la consommation au contrat d'assurance doivent être unifiés, soit par la délivrance de jugements des cours suprêmes, soit par des réformes législatives simplifiant le droit actuel car il est extrêmement absurde que les consommateurs reçoivent un traitement différent dans des situations similaires en fonction de la position du juge qui décide de l'affaire.

## 2. La protection spéciale des droits fondamentaux

429 Dans les pays latino-américains, au moment de résoudre les litiges en rapport avec le contrat d'assurance, les juges font une profonde analyse des *droits fondamentaux et des droits*

<sup>513</sup> GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; VIVAS, pp. 39-80 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233.

<sup>514</sup> BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>515</sup> SIGNORINO, « *Derecho de seguros. Ley N° 19.678, de 26/10/2018, de contratos de seguros. Comentada y anotada* »).

<sup>516</sup> SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; STIGLITZ, pp. 43-54.

de la personnalité (une pondération spéciale). La constitution est appliquée directement au contrat d'assurance, par conséquent, l'analyse de celui-ci se fait sur la base de la longue charte des droits fondamentaux de la constitution<sup>517 518</sup>.

En Europe, une interprétation est également faite sur la base des droits fondamentaux du contrat d'assurance<sup>519</sup>, mais en Amérique est plus profonde la constitutionnalisation du droit privé. 430

**Il y a également un activisme judiciaire pro consommateur de la part des juges au moment d'interpréter le contrat d'assurance**, ce qui a provoqué un grand malaise chez les assureurs qui estiment que les juges ont perdu l'impartialité en violant constamment *les principes fondamentaux de l'activité d'assurance*, et que leurs décisions sont en équité et non en droit<sup>520</sup>. 431

Dans la dernière partie de notre thèse, nous proposerons que l'Académie joue le rôle d'un médiateur impartial qui doit aider à rétablir l'équilibre perdu. Également, la protection des consommateurs doit être considérée comme un moyen de valoriser le service fourni par l'assureur, en apportant une valeur ajoutée au service rendu par celui-ci, et un travail d'éducation doit également être fait auprès des juges sur les principes de l'activité d'assurance et les différents intérêts qu'il faut protéger<sup>521</sup>. 432

## F. La volonté d'éviter d'importer des problèmes émanant d'autres législations

Après avoir analysé la législation des différents pays sur le devoir d'information de l'assureur, nous avons remarqué que parfois les problématiques de la législation sont très locales ou régionales (dans le cas de l'Union européenne) de sorte qu'il faut éviter d'importer les problématiques qui ne sont pas propres du contexte national. 433

Nous avons même constaté qu'il y a des débats qui sont pertinents dans certains pays, mais qui n'ont aucune importance dans d'autres. Nous voudrions donner un exemple illustrant clairement ce qui précède : 434

En Suisse, le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion est régi par l'article 3 de la LCA qui stipule que l'assureur doit fournir une grande quantité d'informations sur le contrat d'assurance (il y a une liste d'informations à fournir dans un support durable)<sup>522</sup>.

<sup>517</sup> JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; ARIZA/ CALVO, pp. 37 -57 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346.

<sup>518</sup> La Cour Interaméricaine (« *la Corte Interamericana* ») a rendu un jugement en 2021, où elle a clairement établi l'obligation des pays membres de l'Organisation des États Américains (OEA) de veiller au respect du droit fondamental à la santé dans le cadre de la relation découlant du contrat d'assurance. Voir : NÚÑEZ DEL PRADO, « *La sentencia de la Corte Interamericana sobre el derecho a la salud* », pp. 41-62.

<sup>519</sup> PAILLER, pp. 154-159 ; FONTAINE, pp. 108-112 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 337-339 ; MASSARD, pp. 113-115.

<sup>520</sup> JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; STIGLITZ, pp. 43-54 ; ARIZA/ CALVO, pp. 37 -57.

<sup>521</sup> Infra. La cinquième partie : Les critiques au devoir d'information et les propositions pour son amélioration.

<sup>522</sup> En la Suisse : NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; STÄUBLI, pp. 323-350 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatifs intermédiaires*, pp. 166-167.

435 En cas de violation de ce devoir il y a deux situations possibles : D'une part, le sinistre n'a pas eu lieu et le contrat est en vigueur, d'autre part, lorsque le sinistre s'est déjà produit et que l'assureur refuse d'indemniser l'assuré.

436 Le sinistre n'a pas eu lieu et le contrat est en vigueur : la loi prévoit une période extraordinaire pour résilier le contrat, de sorte que le consommateur est en droit de résilier le contrat par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, pendant les quatre semaines après que le preneur d'assurance a pris connaissance de la contravention et des informations, mais au plus tard deux ans après la contravention.

437 Lorsque le sinistre s'est déjà produit et que l'assureur refuse d'indemniser l'assuré : le consommateur peut tenter une action en justice pour réclamer l'indemnisation, en alléguant que l'assureur a agi de mauvaise foi et a violé son devoir d'information (le manque d'informations avait un lien de causalité avec le refus du paiement du sinistre). Dans la doctrine, il y a une série de débats sur la nature de l'action en responsabilité (contractuelle ou non contractuelle), si la théorie de l'absorption est pleinement appliquée ou non, si la victime peut demander des intérêts négatifs ou positifs<sup>523</sup>.

438 Lorsque nous avons examiné pour la première fois l'article relatif au devoir d'information, nous l'avons trouvé très intéressant car il établissait expressément un devoir et les conséquences de sa violation, mais nous avons réalisé que cela ne s'appliquait pas au contexte de notre pays d'origine, la Colombie, et cela, pour différentes raisons :

- En Colombie, les parties au contrat d'assurance peuvent résilier unilatéralement le contrat à tout moment, en faisant une division au prorata de la prime. En effet, le contrat d'assurance est conclu en considération du type ou de la qualité des personnes qui le signent (« *contrat intuitu personae* »), de sorte que la liberté de choisir la contrepartie contractuelle est fortement protégée et les parties ne sont pas obligées de poursuivre une relation quand il y a une méfiance mutuelle.

La possibilité exceptionnelle de mettre fin au contrat en cas de violation du devoir d'information ne serait d'aucune utilité en Colombie. Cette prérogative n'est utile que dans un pays comme la Suisse, où les contrats d'assurance sont de longue durée (5 ans en moyenne) et les possibilités de résiliation du contrat sont réduites. La récente réforme de la LCA a introduit quelques possibilités de résiliation anticipée des contrats de longue durée, mais pour nous, le régime suisse a considérablement affaibli la liberté contractuelle. Nous venons d'une culture où n'importe à quel moment, et sans avoir à le justifier, on peut mettre fin au contrat d'assurance.

- Par ailleurs, la jurisprudence colombienne a appliqué *la théorie du remède le plus approprié selon les intérêts du consommateur*, par exemple si l'assureur ne fournit pas d'informations pertinentes sur une exception au risque, l'assureur ne peut pas l'invoquer pour justifier le refus du paiement du sinistre (la clause s'entend comme non écrite)<sup>524</sup>.

C'est pourquoi à la différence du droit suisse, le débat sur la nature de l'indemnisation et du type d'intérêts qui peuvent être invoqués n'a aucune importance pratique en Colombie. En résumé, les tribunaux colombiens sont tenus de verser une indemnisation s'il est établi qu'il y a eu violation du devoir d'information de la part de l'assureur.

439 En résumé, à notre avis, les analyses de droit comparé doivent se concentrer d'abord, sur les problématiques homogènes, deuxièmement, sur les solutions qui font preuve de résultats positifs dans chaque pays, et enfin, sur la promotion des solutions aux problèmes communs.

---

<sup>523</sup> Dans ce cas, le consommateur veut que l'indemnité soit payée, par exemple, que l'exception de ne pas avoir été bien informé ne soit pas prise en compte.

<sup>524</sup> GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; VIVAS, pp. 39-80 ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

Dans les parties suivantes de la section, nous exposerons quelques problématiques communes sélectionnées et proposerons des solutions.

## II. La coordination des intérêts : l'équilibre a-t-il été perdu ?

Le devoir d'information dans le droit de la consommation apparaît comme une mesure de protection contre l'asymétrie de l'information entre le consommateur et le professionnel (le déséquilibre structurel) puisque le premier doit être protégé en tant que partie faible de la relation contractuelle<sup>525</sup>. 440

Le droit des assurances est un cas tout à fait particulier pour deux raisons qui seront exposées dans la partie suivante : 441

- D'une part, à l'origine, en ce qui concerne l'information, l'assureur (le professionnel) était la partie faible de la relation contractuelle. En effet, l'assureur devait se fier à la déclaration de risque du preneur, et il y avait le risque d'être trompé par une déclaration malhonnête et fautive. C'est pour cela que la législation visait à le protéger initialement (A).
- D'autre part, dans la relation contractuelle, il y a différents intérêts d'autres tiers qui ne sont pas pour autant, cocontractants formels dans le contrat d'assurance. Ces intérêts doivent être pris en compte et modifient radicalement l'analyse du devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat (B)

### A. La double perspective : le volet de l'assureur et le volet de l'assuré

Comme VEIGA et RÍOS l'expliquent, dans le droit des assurances privées, il y a un problème d'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats parce que les parties ont des informations imparfaites et insuffisantes. Cela implique qu'elles doivent faire confiance aux informations fournies par l'autre partenaire contractuel<sup>526</sup>. 442

Si nous analysons la faiblesse liée à l'information, nous pouvons constater que l'asymétrie n'est pas propre à l'un des cocontractants, mais au contraire, chaque partie peut se trouver vulnérable face à l'autre en fonction de la situation : 443

- Bien que l'assureur soit un professionnel et possède les connaissances de la technique d'assurance, au moment de la sélection du risque celui-ci doit se fier à la déclaration du risque fournie par le preneur d'assurance (la déclaration du risque) parce que ce dernier connaît mieux le risque (l'objet de l'assurance).
- Par ailleurs, les consommateurs d'assurance n'ont généralement pas les connaissances juridiques et techniques sur l'activité d'assurance et doivent se fier aux informations précontractuelles fournies par l'assureur et donner leur consentement à des contrats qu'ils ne comprennent pas, et qu'ils ne lisent souvent pas<sup>527</sup>.

C'est pour cela que le devoir d'information au moment de la conclusion des contrats peut être analysé à partir d'une *double perspective*. Comme BRULHART l'explique, d'une part le preneur doit être bien informé (volet de l'assuré) et d'autre part l'assureur doit être mis en situation et faire une analyse adéquate du risque (volet de l'assureur). La base théorique est 444

<sup>525</sup> Infra. Chapitre 3 II. La remise en question du modèle classique à cause des déséquilibres contractuels.

<sup>526</sup> VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 92-127. Voir aussi, RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; RÍOS, « *Thèse de doctorat : Los efectos del incumplimiento al deber precontractual de información del riesgo* » ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231.

<sup>527</sup> VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 92-127 ; FONTAINE, pp. 62-71 ; BRULHART, pp. 252-253 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 162-169 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114 ; MASSARD, pp. 165-184 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-120.



la même et les deux volets ont beaucoup de caractéristiques communes (la bonne foi spéciale, la responsabilité précontractuelle, etc)<sup>528</sup>. Cependant, comme l'explique MASSARD, chaque partie est soumise à un régime juridique différent, et ne peut non plus se prévaloir d'un manquement de l'autre pour compenser le sien. Selon ses mots :

*La LCA et la LSA contiennent des devoirs d'informations spécifiques à charge de chaque partie et de l'intermédiaire. Les informations que chaque partie doit donner à l'autre sont de natures différentes. Elles sont soumises à des régimes juridiques différents. Une partie ne peut non plus se prévaloir d'un manquement de l'autre pour compenser le sien. Il est dès lors faux de parler de symétrie entre les devoirs d'information des parties et de l'intermédiaire : l'asymétrie d'information s'entend uniquement d'un état de connaissance différent d'une même information<sup>529</sup>.*

445 Les anciennes législations se préoccupaient essentiellement des abus des preneurs des assurances lors de la déclaration du risque (le volet de l'assureur). C'est ainsi que, dans un premier temps, l'accent a été mis sur la protection de l'assureur lors de la conclusion du contrat parce que celui-ci était sans protection et devait faire confiance à l'assuré et sa déclaration du risque. Par la suite, en raison de la puissance économique des assureurs modernes et des abus, il a fallu le réorienter vers la protection du consommateur d'assurance<sup>530</sup>. FONTAINE nous explique l'évolution, mais nous rappelle qu'il y a des situations où l'assureur est encore vulnérable, et doit donc être protégé aussi :

*On ne perdra cependant pas de vue que la préoccupation dominante des premiers âges de l'histoire du contrat (d'assurance était de protéger l'assureur contre les malversations des assurés, et que ce souci ne peut entièrement disparaître. La puissance économique des assureurs contemporains, et les abus qui en ont résulté, justifient l'accent mis à présent sur la protection du consommateur d'assurance. Toutefois, l'assureur reste vulnérable dans bien des aspects, à bien des moments de la relation contractuelle. C'est le preneur ou l'assuré qui est proche de l'objet de l'assurance, qui le connaît le mieux et qui peut être tenté de taire certaines caractéristiques, qui peut souvent exercer une certaine influence sur les chances de réalisation du risque, qui se trouve facilement, dans bien des cas, en mesure de mettre au point une réclamation frauduleuse<sup>531</sup>.*

En d'autres termes, le droit des assurances s'était concentré principalement sur les mesures correctives à prendre pour remédier aux abus des preneurs d'assurances au moment de la déclaration de l'état du risque, c'est-à-dire, le régime de réticence et d'inexactitude. Cependant, la révolution du droit de la consommation a fait changer l'intensité de la protection, et c'est ainsi que des mécanismes de protection ont été mis en place, dans le cas de vulnérabilité informative du consommateur<sup>532</sup>.

---

<sup>528</sup> BRULHART, pp. 252-253.

<sup>529</sup> MASSARD, p. 165.

<sup>530</sup> FONTAINE, pp. 70-71 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-120 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114 ; BRULHART, pp. 252-253.

<sup>531</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-1 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-154 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17.

<sup>532</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp.104-126 ; FONTAINE, pp. 62-71 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142.

Comme il sera exposé dans la dernière partie de la thèse, pour certains doctrinaires, le droit de la consommation, y inclus le droit des assurances privées, a perdu l'équilibre et il y a une surprotection des consommateurs tant dans la législation que dans les décisions des juges<sup>533</sup>. 446

En conclusion, il convient de souligner : 447

- La première grande particularité du devoir d'information dans le secteur de l'assurance est qu'il peut être étudié depuis une double perspective parce que chaque partie peut se trouver vulnérable face à l'autre en fonction de la situation.
- Ces dernières années, afin de remédier au manque de protection historique, le droit des assurances privées a mis l'accent sur la protection des consommateurs d'assurance dans le cadre de la relation contractuelle.
- Cependant, des situations dans lesquelles l'assureur est vulnérable par rapport aux informations fournies par le preneur d'assurance persistent.
- Notre analyse porte uniquement sur le devoir d'information de l'assureur. Plus tard, à titre de travail complémentaire, il serait envisageable de faire une étude dans une perspective intégrale en cherchant l'équilibre entre les volets.

## B. Les intérêts légitimes dans l'opération d'assurance

Les assurances sont conçues pour aider les personnes à la suite d'un sinistre qui affecte gravement leurs patrimoines<sup>534</sup>. Lorsqu'un assureur estime que le sinistre n'est pas couvert par le contrat d'assurance et refuse de le payer, une famille ou une entreprise est démunie de protection, ce qui peut entraîner de graves conséquences économiques. 448

La décision de ne pas payer d'indemnisation de la part de l'assureur fait l'objet d'une analyse ultérieure complexe de la part des juges qui doivent examiner : 449

- D'une part, si le refus d'indemnisation a été justifié, c'est-à-dire, si le risque n'était pas effectivement couvert par le contrat initial.
- D'autre part, si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur a été bien informé, c'est-à-dire, si le professionnel a pleinement rempli le devoir d'information (la protection spéciale du consentement du droit de la consommation).

Cette analyse doit être *totale et objective et impartiale*, étant donné que si une décision arbitraire est prise, elle peut affecter les intérêts légitimes de tiers dans l'opération d'assurance. Dans les paragraphes suivants, nous exposerons *les intérêts légitimes* qui doivent être protégés et équilibrés en exposant le malaise de certains acteurs qui ressentent que le devoir d'information a été instrumentalisé pour justifier des décisions arbitraires. 450

### 1. Les intérêts légitimes de la communauté

Les assurances sont des mécanismes de gestion du risque, à travers lesquels un problème individuel est transféré à une communauté. C'est pourquoi il y a *des intérêts de la communauté* des assurés qui doivent être pris en compte. De plus, dans certains cas, ces intérêts doivent prévaloir sur les intérêts individuels<sup>535 536 537</sup>. 451

<sup>533</sup> Infra. Chapitre 7 : C Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (la théorie du pendule)

<sup>534</sup> FONTAINE, pp. 20-23.

<sup>535</sup> BRULHART expose les conflits entre le groupe d'assurés et celui des individus qui le composent en soulignant que l'assureur doit protéger les intérêts de la collectivité. BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446.

<sup>536</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; FONTAINE, pp. 11-13 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53 et pp. 522-965 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat*

452 Afin de sauvegarder les intérêts de la mutualité, il est nécessaire de refuser le paiement de quelques réclamations individuelles qui, d'un point de vue objectif, n'étaient pas couvertes par le contrat d'assurance au moment de la délimitation du risque. Ces couvertures n'ont pas été prises en compte, et l'assureur n'a pas reçu de prime pour les couvrir<sup>538</sup>.

453 Il est important de rappeler que les assurances ont des limites qualitatives et quantitatives (la délimitation du risque assuré), c'est pourquoi elles ne couvrent pas souvent tous les risques ni la valeur totale des pertes. Au moment de la souscription de l'assurance, l'assureur, en sa qualité de professionnel, détermine avec rigueur les caractéristiques du risque qu'il est en mesure d'assumer<sup>539</sup>. CHAGNY/ PERDRIX évoquent à cet égard :

*La mutualisation des risques suppose également que l'assureur procède à une sélection des risques garantis en compensant une multitude de risques et en faisant en sorte que ces risques soient dispersés. Ces considérations sont en effet déterminantes pour diluer l'impact financier de la réalisation effective de tel ou tel risque.<sup>540</sup>*

454 Un exemple simple peut illustrer ce qui précède : une personne contracte une assurance ménage avec la protection contre vol à l'intérieur de son immeuble. Malheureusement elle devient victime d'un vol à quelques mètres à l'extérieur de sa maison (elle était déjà physiquement dehors de l'immeuble). Dans de tels cas, l'assureur ne doit pas payer les sinistres non couverts, parce qu'il faut protéger les intérêts collectifs, le paiement des sinistres non couverts met en péril la solvabilité pour le paiement des indemnités légitimes de la mutualité des assurés. La solution la plus adéquate est de concevoir un nouveau produit qui prenne en compte les besoins des clients dans l'avenir, dans ce cas une assurance ménage avec protection contre vol à l'extérieur<sup>541</sup>.

455 Au moment de décrire les caractéristiques du contrat d'assurance, il y a consensus que ce contrat est *synallagmatique*, puisqu'il y a des prestations réciproques entre les différentes parties<sup>542</sup>. Cependant, il y a un grand débat s'il est *commutatif*, c'est-à-dire, si les obligations des parties peuvent être considérées comme équivalentes entre elles<sup>543</sup>. D'un point de vue individuel, les prestations ne le sont pas car le souscripteur versant une petite prime, en cas de sinistre, il pourra recevoir une indemnisation de plusieurs millions de francs suisses. Cependant, d'un point de vue collectif (le groupe d'assurés) il y a une corrélation entre les primes reçues et les sinistres. Cette commutativité des obligations est seulement possible si

---

*d'assurance*, pp. 4-17 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>537</sup> La doctrine classique affirme que le contrat d'assurance est un contrat d'une « *exceptionnelle bonne foi* », car il y a les intérêts d'un groupe d'assurés qui ont payé la prime (la mutualité) en faisant confiance au mécanisme de gestion des risques. Ces intérêts communs doivent donc être protégés. Voir BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, p. 72.

<sup>538</sup> BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446.

<sup>539</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 195-281 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>540</sup> CHAGNY/ PERDRIX, p. 28.

<sup>541</sup> VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 518-588 ; BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98.

<sup>542</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 65-67 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, p. 72 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 208 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 220-224.

<sup>543</sup> MALFATTI.

l'on protège les intérêts de la communauté, c'est-à-dire, en tenant compte des intérêts du groupe au moment du paiement des sinistres<sup>544</sup>.

Dans cette thèse, nous faisons valoir que le droit de la consommation est comme un pendule, étant donné que celui-là passe de moments d'absence de protection du consommateur à des moments d'excès dans la protection, c'est pour cette raison qu'il faut chercher l'équilibre<sup>545</sup>. 456

**La recherche de l'équilibre repose en grande partie sur le fait que les intérêts de la communauté des assurés doivent être protégés et non mis en danger.** En d'autres termes, il est tout à fait justifié que les intérêts collectifs prévalent sur les intérêts individuels et les décisions des juges doivent être justes, impartiales et objectives. 457

## 2. Les intérêts légitimes des propriétaires des assureurs

À la différence des assurances sociales<sup>546</sup>, les assurances privées ne font pas partie d'une politique sociale de l'État, mais elles sont des services fournis par des entreprises privées à but lucratif, en jouissant de *la liberté d'entreprise et la propriété privée*<sup>547</sup><sup>548</sup> <sup>549</sup>. BRULHART l'évoque : 458

*L'assureur est donc au cœur d'un dispositif où se rencontrent, d'une part, les preneurs et assurés qui disposent d'un droit à la prestation d'assurance et, d'autre part, les investisseurs qui prétendent à une juste rétribution du capital. La multiplication des pains étant un concept inconnu des choses terrestres, il faudra forcément partager. De ce point de vue, la situation est fondamentalement différente pour les assureurs sociaux, lesquels ne recourent pas, pour leur financement, au marché des capitaux ; l'ensemble de leurs engagements, y inclus la marge de solvabilité, doit être couverts par les cotisations des assurés (même si le produit des investissements peut contribuer cas échéant au renforcement des fonds propres, mais les actifs à la source de ces produits sont toujours constitués au moyen des contributions des personnes assurées)*<sup>550</sup>.

Dans les compagnies d'assurance, il y a des actionnaires (propriétaires des assureurs) qui risquent leur argent dans l'exercice d'une activité commerciale. C'est pourquoi la surveillance de l'activité et les décisions des juges doivent respecter *le principe de proportionnalité*, c'est-à-dire que les contraintes et les charges imposées aux entreprises ne doivent pas 459

<sup>544</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 27-36 et pp. 66-67 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 232-233 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98.

<sup>545</sup> HINESTROSA, *le rapport général : Le consommateur*, pp. 34-35 ; MARCHAND, pp. 1-2 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 868-929.

<sup>546</sup> Les professeurs YVES/ GREBER/ FRÉSARD/ MOLO/ HUMMER/ PERRENOUD font une analyse des *Principes du droit de la sécurité sociale*, pp. 1-105. Voir aussi : BORGETTO/ LAFORE, pp. 1-263.

<sup>547</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 70-73.

<sup>548</sup> Le contrat d'assurance est à titre onéreux et l'assureur cherche une rémunération en contrepartie de la couverture du risque qu'il assume CHAGNY/ PERDRIX, p. 65 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, p. 72 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 224-230 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>549</sup> Il y a deux phénomènes exceptionnels, d'une part la privatisation de la sécurité sociale, c'est-à-dire, des entreprises privées impliquées dans le secteur des assurances sociales, et d'autre part, l'étatisation de l'assurance (l'État est propriétaire des entreprises d'assurance) Voir : BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 16-26 ; BORGETTO/ LAFORE, pp. 52-60.

<sup>550</sup> BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, p. 83.

être excessives et arbitraires parce que les actionnaires peuvent perdre l'intérêt d'investir dans l'activité<sup>551</sup>.

460 Les assureurs ne sont pas des organisations philanthropiques car ils ne sont pas prêts à travailler à perte sans justification économique raisonnable. Les entreprises d'assurance comprennent qu'il y a des périodes pendant lesquelles il y a des profits dans le bilan final, puisqu'une excellente politique de gestion de l'entreprise (bonne gestion des risques) a été mise en place et aucun élément externe ne l'a perturbée (facteurs politiques, économiques, sociaux). Elles sont également prêtes à assumer les pertes des périodes lorsqu'une augmentation des sinistres s'est produite ou qu'une situation extraordinaire a eu lieu, par exemple, les ventes n'ont pas été à la hauteur des attentes ou une grande catastrophe est survenue. BRULHART l'évoque :

*Il existe un idéal ; il suppose une constellation favorable des résultats techniques et des résultats financiers. Lorsque les marchés financiers permettent une rémunération appropriée du capital, la prime peut être utilisée en totalité pour couvrir les sinistres et les frais ; l'actionnaire est alors rétribué au moyen du résultat financier ; on peut même envisager la constitution des réserves supplémentaires pour garantir une solvabilité qui pourrait être mise à mal par des évolutions défavorables. La question est plus difficile lorsque les marchés sont atones ; le résultat technique doit alors nécessairement dégager une certaine marge pour le renforcement de la substance de l'entreprise et pour la rémunération du capital. La mesure admissible dépend de nombre de facteurs : compétition sur le marché des capitaux, situation relative à la solvabilité (un facteur qui est contrôlé par la FINMA), investissements prévus, etc<sup>552</sup>.*

461 Ce que les assureurs ne sont pas prêts à accepter, c'est que, du fait d'une mauvaise compréhension de la technique d'assurance, les juges obligent les assureurs à assumer des sinistres que le contrat d'assurance ne couvre pas, car ils n'ont pas reçu de prime pour ces risques et l'exclusion du risque s'avérait claire.

462 Il y a des situations extrêmement dramatiques (une grande tragédie est survenue), où le contrat d'assurance ne couvrirait pas le risque survenu et l'indemnisation a bien été refusée par l'assureur (de manière objective). Cependant, certains juges en Amérique latine, afin de ne pas laisser les personnes sans protection, décident d'obliger l'assureur à indemniser ce qui s'explique par la fausse idée que les assureurs sont solvables et qu'un cas ne va pas affecter fortement les finances d'une grande entreprise<sup>553 554</sup>.

463 Pour justifier le paiement de l'indemnisation malgré la clarté de l'exclusion, ces juges utilisent différents arguments et stratégies (un discours théorique complexe). L'un des plus utilisés est la violation du devoir d'information au moment de la souscription de l'assurance. Selon ce raisonnement, même si l'assureur a prouvé l'exclusion dans le contrat d'assurance, le paiement de l'indemnité se justifie par le fait que l'assureur n'a pas correctement informé le consommateur de l'exclusion au moment de la conclusion du contrat.

---

<sup>551</sup> BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66.

<sup>552</sup> BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, p. 83.

<sup>553</sup> En Colombie, il existe un phénomène très particulier, à savoir que les dommages-intérêts sont plus élevés lorsque l'auteur de l'infraction a des ressources économiques, a une assurance qui le protège ou est une entité de l'État.

<sup>554</sup> FONTAINE, p. 299 ; MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142 ; ARIZA/ CALVO, pp. 37 -57.

Ce qui précède est fortement critiqué et porte les noms péjoratifs « *d'activisme judiciaire* » ou « *populisme judiciaire* » en Amérique latine. Il y a plusieurs problèmes qui se posent dont il convient de souligner les suivants : 464

- De grandes inégalités et injustices sont créées parce que certains juges ont une tendance « *pro-consommateur* », tandis que d'autres non, il n'y a donc pas d'égalité de traitement dans les cas similaires.
- Il y a une déformation et un abus du devoir d'information du professionnel car il est apparu comme un mécanisme de protection contre l'asymétrie de l'information, mais malheureusement il est utilisé comme dernier recours par les avocats des consommateurs dans le but d'obtenir des indemnisations pour les sinistres qui ne sont objectivement pas couverts par le contrat initial (l'assureur a bien exclu le risque en discussion). C'est un *cas d'abus des droits des consommateurs*, c'est-à-dire, l'utilisation de la protection spéciale des consommateurs pour obtenir des couvertures auxquelles ils n'ont pas droit.
- De nombreux assureurs et leurs propriétaires des compagnies d'assurance ont actuellement *une mauvaise image du droit à la protection des consommateurs*, et en particulier du devoir d'information, à cause des décisions arbitraires<sup>555</sup>.

Comme nous l'expliquerons dans la dernière partie de la thèse, l'abus du devoir d'information (abus de droit) n'est pas un problème du mécanisme de correction de l'asymétrie de l'information, mais il est le résultat d'autres problèmes externes. Si le devoir d'information n'existait même pas, le paiement arbitraire de l'indemnisation pourrait être justifié par une autre stratégie (clause abusive, clause surprenante)<sup>556</sup>. 465

Enfin, il est important de souligner que le fait que **l'opération d'assurance soit un mécanisme de gestion des risques, dans lequel il y a des intérêts privés légitimes n'est pas un défaut, mais plutôt sa principale qualité, qui lui permet d'être un mécanisme de gestion de risques financièrement durables, et qui complète (il ne remplace pas) les programmes et les assurances sociales offerts par l'État.** 466

A notre avis, il n'est pas approprié de prendre parti pour l'une des parties du débat. Nous pensons au contraire qu'il faut promouvoir un dialogue de manière à protéger tous les intérêts de l'opération d'assurance. Pour la pérennité du secteur, il ne faut pas diaboliser et maltraiter les intérêts des actionnaires privés. La protection des intérêts des uns ne doit pas se faire par le biais de la violation des droits des autres. 467

### 3. Les intérêts légitimes des réassureurs

L'assureur est un expert en gestion des risques. C'est pourquoi dès que le consommateur transfère le risque à l'assureur (la conclusion du contrat), celui-ci met en œuvre différents mécanismes pour le gérer (réserves, investissements, réassurances). L'un des mécanismes le plus important et le plus couramment utilisé est *la réassurance*, par laquelle une partie du risque est transférée à une plus grande entreprise appelée réassureur. En outre, la cession d'une partie du risque n'est pas seulement recommandée, mais la réglementation exige que les assureurs locaux cèdent le risque à des réassureurs (ils ne peuvent retenir qu'un pourcentage du montant total des risques)<sup>557 558</sup>. 468

<sup>555</sup> MANGIALARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66.

<sup>556</sup> Infra. Chapitre 7. II. Les problèmes contractuels parallèles à l'asymétrie de l'information.

<sup>557</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 28-31 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 78-88 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 623-639 ; FONTAINE, pp. 616-622 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 78-88 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1441-1455.

<sup>558</sup> Par exemple, en Colombie, les assureurs ne peuvent conserver (assumer) que 10 pour cent des risques, le reste devant être transféré à des réassureurs.

469 Devant les consommateurs, l'assureur local est responsable du paiement de l'indemnisation. C'est une relation directe qui ne se voit pas affectée par les autres relations externes. C'est ainsi que l'assureur ne peut pas utiliser le refus du réassureur comme excuse pour, à son tour, refuser l'indemnisation devant le consommateur. Toutefois, il est évident que les réassureurs ont un intérêt légitime à ce qui se passe dans les décisions concernant le paiement des indemnités car elles ont des effets importants sur la relation contractuelle entre l'assureur et le réassureur.

470 À titre d'exemple, si les juges font payer arbitrairement les assureurs pour des risques qui ne sont pas couverts initialement par les polices en invoquant une violation du devoir d'information, les réassureurs peuvent prendre l'une des positions suivantes :

- Premièrement, le réassureur peut refuser de verser l'indemnité à l'assureur local. Parfois, les juges locaux décident que le risque soit couvert par l'assurance et les arbitres internationaux affirment le contraire. Dans ce cas, l'assureur local paie le consommateur, mais ne reçoit pas le paiement du réassureur international.
- Deuxièmement, compte tenu de l'évolution de la situation, les réassureurs peuvent exiger une renégociation des conditions des contrats futurs ou même décider de ne pas poursuivre la relation contractuelle.

471 Lorsque de nombreuses décisions arbitraires commencent à se produire, les experts du secteur commencent à constater les graves difficultés que les entreprises d'assurance affronteront au moment de la conclusion des futurs contrats de réassurances. En Colombie, par exemple, il existe des branches d'assurance où les assureurs locaux rencontrent ces entraves. Cela montre que les décisions des juges ont un effet sur les acteurs économiques.

#### 4. Les intérêts directs des tiers

472 Aussi, il existe des assurances au bénéfice direct des personnes qui ne font pas partie du contrat, comme c'est le cas pour la protection des *victimes* dans les assurances de responsabilité civile<sup>559</sup> ou la personne désignée comme *bénéficiaire* en assurance-vie<sup>560</sup>. MASSARD explique que le preneur d'assurance vie est le partenaire contractuel, mais un tiers pourra bénéficier de la couverture. D'après ses mots :

*Nous traitons ici de l'acquisition de la qualité de bénéficiaire, qu'il faut soigneusement distinguer de la désignation par le preneur d'une personne comme bénéficiaire comme de l'acquisition, par le bénéficiaire, du droit direct à l'encontre de l'assureur. Le bénéficiaire est la personne, physique ou morale, désignée par le preneur et qui, lorsque survient un événement déterminé par le preneur, acquiert un ou plusieurs droits découlant du contrat d'assurance-vie, qu'il peut directement faire valoir à l'encontre de l'assureur (art. 76 à 85 LCA). Dans le droit de l'assurance-vie, la qualité de bénéficiaire s'acquiert ainsi dès la désignation par le preneur.<sup>561</sup>*

473 À l'heure actuelle, certaines activités sont classées comme des activités dangereuses et il faut donc protéger les tiers. C'est pourquoi le cadre normatif prévoit :

- Un régime de *responsabilité objective* dans lequel les victimes sont indemnisées sans qu'il soit important de déterminer si le dommage a été causé par une faute ou non. Dans ce cas, il s'agit de créer le plus haut niveau de protection des victimes.

---

<sup>559</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 95-239 ; FONTAINE, pp. 514-577 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 49, pp. 73-77 et pp. 446-483 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 313-408 ; BIGOT et al., *Tome 5 : Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 493-727 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 782-786 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1084-1162.

<sup>560</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 286-311.

<sup>561</sup> MASSARD, pp. 100-101.

- *Les motifs d'exclusion de la responsabilité* sont peu nombreux (la faute grave de la victime).
- La souscription d'une *assurance obligatoire* est exigée pour les activités dangereuses<sup>562</sup>.

Enfin, les assurances prévoient un régime de protection spéciale pour les victimes, dans le cadre duquel les victimes peuvent d'une part réclamer directement l'indemnisation à l'assureur (*action directe en paiement de la victime*) et d'autre part, certaines exceptions pour refuser le paiement du sinistre que l'assureur peut opposer au preneur d'assurance ne sont pas opposables à la victime. Par exemple, si le preneur a été réticent ou a causé le dommage de manière intentionnelle (intention), l'assurance couvre l'indemnisation de la victime et peut ensuite réclamer le dommage au preneur (subrogation). 474

En raison des caractéristiques particulières de l'assurance responsabilité, il a été débattu si ces assurances sont des assurances privées qui protègent le patrimoine du preneur d'assurance, ou si elles peuvent au contraire être considérées comme des assurances sociales, c'est-à-dire, des assurances qui s'inscrivent dans une politique sociale dans laquelle les intérêts des victimes sont prioritaires<sup>563</sup>. BRULHART présente de manière claire la discussion soulevée, qui est une institution polymorphe, qui a une composante de protection sociale, dans laquelle les intérêts des victimes sont importants : 475

*La situation particulière de l'assurance de la responsabilité civile (RC) : Bien que, formellement, l'assurance de la responsabilité civile soit rangée dans la catégorie des branches privées, elle n'en revêt pas moins nombre de caractéristiques qui distinguent traditionnellement l'assurance sociale. Associée étroitement à la volonté étatique de protéger certaines victimes (notamment en matière d'accidents de la circulation routière), susceptible d'influencer l'évolution du droit de la responsabilité, mais en même temps terrain de prospection économique pour les assureurs, l'assurance responsabilité civile est une institution polymorphe<sup>564</sup>.*

La participation des victimes modifie radicalement la relation entre le professionnel et le consommateur, étant donné qu'il y a un tiers intéressé par l'étendue de la couverture d'assurance, et les informations données au preneur au moment de la conclusion<sup>565</sup>. 476

Par exemple, un assureur a mal informé un consommateur dans un contrat d'assurance de responsabilité civile privée, et a induit celui-ci en erreur sur l'étendue de la couverture du contrat d'assurance, au cas où la victime ne recevrait pas l'indemnisation, elle est intéressée par la révision de l'obligation d'information même si elle ne fait pas formellement partie du contrat. En outre, quelques fois la loi prévoit que les exceptions au moment de la conclusion du contrat ne sont pas opposables aux victimes, c'est-à-dire que l'assureur doit payer l'indemnisation et ensuite contester la légitimité du paiement envers le preneur d'assurance. 477

En somme, les intérêts des victimes doivent être pris en considération dans quelques relations d'assurance. De plus, le législateur a donné la priorité aux intérêts de ces personnes 478

<sup>562</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 95-239 ; FONTAINE, pp. 514-577 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 49, pp. 73-77 et pp. 446-483 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 313-408 ; BIGOT et al., Tome 5 : *Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 493-727 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 782-786 ; VEIGA, Tome 2 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1084-1162 ; BRULHART, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité*, pp. 139-163.

<sup>563</sup> FONTAINE, pp. 514-577 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 49, pp. 73-77 et pp. 446-483 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 313-408 ; BIGOT et al., Tome 5 : *Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 493-727 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 782-786 ; VEIGA, Tome 2 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1084-1162 ; BRULHART, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité*, pp. 139-163.

<sup>564</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 73.

<sup>565</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 141-153 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 286-31 ; BRULHART, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité*, pp. 139-163.



sur les autres cas. Également, il a mis en place des mesures pour adapter le devoir d'information, étant donné que les victimes ne participeront pas à la conclusion du contrat d'assurance, mais doivent être informées de son contenu et des actions pour demander réparation<sup>566</sup>.

## 5. Les intérêts indirects des tiers

479 Les produits d'assurance ne protègent pas seulement le patrimoine individuel des personnes, des familles et des entreprises assurées, mais ils ont des effets positifs sur un grand nombre de relations qui sont indirectement affectées par la matérialisation des risques (sinistres)<sup>567</sup>.

480 À l'heure actuelle, les économies et les individus sont étroitement liés (réseau complexe de relations). Ainsi, lorsqu'une personne ou une entreprise reçoit une indemnisation d'un assureur pour faire face à une tragédie (résilience individuelle), celle-ci produit aussi des bénéfices sur un certain nombre de personnes et d'intérêts qui sont autour. En d'autres termes, l'assuré n'est pas le seul bénéficiaire de l'opération d'assurance, mais elle apporte indirectement des avantages à l'ensemble de son environnement personnel et commercial.

481 Un exemple simple illustre cette particularité : une entreprise a conclu un contrat d'assurance incendie et un grand incendie s'est malheureusement produit. Le paiement de l'assurance empêche non seulement l'entreprise de faire faillite à cause du sinistre, mais a un certain nombre d'effets positifs sur les autres personnes et les entreprises autour d'elles. C'est ainsi que les groupes suivants bénéficient du paiement du sinistre :

- Les travailleurs et leurs familles qui ne vont pas perdre leur emploi.
- Les entreprises ayant des relations commerciales (entreprises d'approvisionnement).
- Les créanciers de l'entreprise.
- Les actionnaires de la société.
- Les entreprises contiguës dans le cas où l'incendie aurait causé des dommages à l'entreprise autour et la couverture de la responsabilité civile avait été contractée.

482 En théorie, les juges doivent être objectifs, impartiaux et leurs décisions doivent être en droit et non en équité, c'est pourquoi ils ne doivent pas être affectés par la situation dramatique et le contexte social. Cependant, il n'est pas facile pour les juges de ne pas se laisser affecter, considérant que leurs décisions ont des effets non seulement sur la partie assurée, mais aussi sur l'ensemble de son environnement.

## 6. La synthèse

483 En conclusion, il convient de souligner :

- Comme on l'a exposé, derrière la relation contractuelle entre le consommateur et le professionnel de l'assurance, il y a plusieurs intérêts légitimes qui doivent être protégés et coordonnés. L'opération d'assurance est particulière et extrêmement complexe, d'où la nécessité d'une réglementation particulière et différente de celle qui s'applique aux autres activités et services ayant des relations plus simples.
- À l'heure actuelle, il y a un grand malaise de la part de nombreux acteurs qui estiment que leurs intérêts n'ont pas été protégés et que les juges ont perdu leur objectivité et leur impartialité. Ils sentent que le devoir d'information de l'assureur a été uti-

---

<sup>566</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 304-306.

<sup>567</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 30-46 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271 ; LOPEZ, pp. 23-78.

- lisé comme un outil pour justifier des décisions arbitraires portant atteinte à leurs intérêts.
- La juxtaposition d'intérêts fait qu'une décision dans un cas particulier (vue comme isolée) peut produire des effets dans tout le marché des assurances (*l'effet papillon*).

### C. La réflexion : La recherche de la conciliation des intérêts

Comme FONTAINE l'exprime, il faut chercher la conciliation des intérêts des parties du contrat d'assurance. D'après ses mots :

484

*On ne perdra cependant pas de vue que la préoccupation dominante des premiers âges de l'histoire du contrat d'assurance était de protéger l'assureur contre les malversations des assurés, et que ce souci ne peut entièrement disparaître. La puissance économique des assureurs contemporains, et les abus qui en ont résulté, justifient l'accent mis à présent sur la protection du consommateur d'assurance. Toutefois, l'assureur reste vulnérable dans bien des aspects, à bien des moments de la relation contractuelle. C'est le preneur ou l'assuré qui est proche de l'objet de l'assurance, qui le connaît le mieux et qui peut être tenté de taire certaines caractéristiques, qui peut souvent exercer une certaine influence sur les chances de réalisation du risque, qui se trouve facilement, dans bien des cas, en mesure de mettre au point une réclamation frauduleuse.*

*De manière générale, un contrat n'est vraiment satisfaisant que s'il réalise un équilibre heureux entre les intérêts des deux parties<sup>568</sup>.*

**Les thèses doctorales ont précisément pour tâche d'aborder des problèmes complexes, dans lesquels il y a des problèmes d'équilibre entre les différents intérêts et volets.** À notre avis le rôle de l'académie doit être de devenir un médiateur indépendant et impartial, qui doit chercher la conciliation des intérêts et volets.

485

Afin de garder l'équilibre, nous avons décidé de nous concentrer sur l'amélioration du système d'information et exclure les mauvaises pratiques des acteurs. C'est pour cela que les abus intentionnels des assureurs ne seront pas inclus dans notre étude, c'est-à-dire, le cas où l'assureur a l'intention de tromper et manipuler les consommateurs. De même, notre enquête exclura les consommateurs qui abusent de leurs droits, c'est-à-dire qui utilisent de manière malhonnête la protection spéciale pour obtenir des couvertures auxquelles ils n'ont pas le droit. Notre thèse s'intéresse plus, d'une part à l'assureur qui reconnaît que son produit est complexe et il veut bien informer ses clients et d'autre part au preneur d'assurance qui veut être bien informé sur le produit d'assurance et recevoir uniquement les prestations auxquelles il a le droit.

486

### III. L'objectif spécial du devoir d'information lié au processus de libéralisation du marché des assurances

**Le devoir d'information de l'assureur présente un objectif particulier par rapport à d'autres secteurs car, en dehors des objectifs traditionnels que nous avons exposés précédemment, il vise à compenser l'ouverture du marché des assurances (le processus de libéralisation du marché) et la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat par les autorités de surveillance en Europe et en Amérique latine.**

487

La partie suivante analysera brièvement la libéralisation des marchés des assurances et sa relation avec le devoir d'information de l'assureur. À cette fin, l'on fera référence :

488

<sup>568</sup> FONTAINE, pp. 70-71.

- D'une part, à la suppression du contrôle préalable par les autorités de surveillance et au renforcement du devoir d'information de l'assureur afin de ne pas laisser le consommateur sans protection.
- D'autre part, aux processus régionaux de libéralisation des marchés des assurances en Europe et en Amérique latine.

## A. La suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat et des tarifs

489 Les assureurs font actuellement l'objet d'un fort contrôle de la part d'une autorité qui exerce une *surveillance prudentielle fondée sur les risques* cherchant à garantir la protection des consommateurs et la solvabilité des entreprises d'assurance<sup>569</sup>.

490 Toutefois, par le passé, ils étaient soumis à des contrôles supplémentaires, étant donné que la plupart des pays devaient procéder à un examen et à une autorisation de toutes les polices avant leur mise sur le marché<sup>570</sup>. FONTAINE l'évoque :

*Si le contrôle matériel a priori n'existe plus de manière générale, la réglementation de contrôle contient cependant d'autres dispositions relatives aux tarifs et aux relations contractuelles, et le phénomène tend à s'accroître. Des règles de plus en plus nombreuses, soit formulent des principes généraux, soit imposent des obligations particulières relevant des rapports entre assureurs et preneurs, assurés et bénéficiaires. Le contrôle en est exercé a posteriori par les autorités ; dans certains cas, le respect des règles est également soumis à l'appréciation des tribunaux<sup>571</sup>.*

491 À première vue, depuis la perspective du consommateur c'est positif que les autorités contrôlent les conditions générales du contrat d'assurance avant la mise sur le marché, mais cela pose les problèmes suivants :

- Malheureusement, le contrôle a été utilisé comme un mécanisme de protectionnisme caché des assureurs locaux en Europe et Amérique latine. Les autorités de surveillance de chaque pays empêchaient les assureurs étrangers d'accéder au marché par le contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance car elles analysaient dans leurs décisions l'opportunité économique des nouveaux concurrents et pas seulement le contenu des contrats.
- En outre, l'innovation des assureurs était entravée par le fait que les assureurs ne pouvaient pas mélanger ou créer de nouveaux produits, mais qu'ils devaient suivre des lignes d'activité prédéfinies.
- Les assureurs devaient attendre un certain temps pour recevoir l'autorisation de chaque produit ce qui ralentissait considérablement le rythme des affaires<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 55-60 ; BIGOT et al., *Tome I: Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-112 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; SPANGLER, pp. 6-70 ; PAILLER, pp. 69-122 ; VAN HULLE, pp. 159-708.

<sup>570</sup> BIGOT et al., *Tome I : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 512-513 ; FONTAINE, pp. 57-61 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 6-7 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 118-119 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 98-102 ; RUIZ/ ANDREU, pp. 885-901 ; BOTERO, pp. 184-201.

<sup>571</sup> FONTAINE, p. 57.

<sup>572</sup> BIGOT et al., *Tome I : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 512-513 ; FONTAINE, pp. 57-61 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 6-7 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 118-119 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 129 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 98-102 ; BOTERO, pp. 184-201.

En Suisse existait un cartel d'assureurs qui faisait un contrôle des conditions générales et des tarifs du contrat d'assurance. Cela entraînait l'absence de concurrence entre les assureurs car il y avait une répartition du marché<sup>573</sup>.

Paradoxalement, cet accord se justifiait d'une part par la protection des consommateurs car il garantissait une révision des polices (éviter les abus), et d'autre part, par le contrôle des prix, parce qu'il empêchait les assureurs de pratiquer « *le dumping des prix* », c'est-à-dire, d'offrir des prix inférieurs à la prime technique ou appropriée afin d'éliminer les autres concurrents.

Cependant, dans la pratique, cela empêchait l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché (c'était une mesure de protection des compagnies d'assurance locales) et violait en outre les règles de concurrence déloyale. Cet accord a été attaqué en justice et la Commission des cartels (aujourd'hui Commission de la concurrence) a procédé à une investigation qui a abouti à une recommandation remise au Conseil fédéral d'interdire le contrôle des conditions générales par le cartel. Cette recommandation a été transformée par le Conseil fédéral en une ordonnance du 31 janvier 1989 et la concurrence dans le domaine des assurances était lancée.

BRULHART explique avec précision l'histoire intéressante :

*En Suisse il existait un cartel d'assureurs (L'association Suisse des Assureurs de Choses). Les principaux assureurs de choses étaient réunis précédemment sous l'égide d'une association (Association Suisse des Assureurs de Choses- ASAC) qui interdisait « aux compagnies d'appliquer des conditions générales ou spéciales plus avantageuses pour le preneur d'assurance que celles qui ont été établies par l'Association. Des couvertures respectivement des extensions de couvertures non prévues par l'Association étaient interdites, même contre un supplément de prime » (art. 10 des règles de concurrence d'alors). On justifiait cette attitude par la volonté de maintenir la transparence. En 1984, les assureurs de choses, alors organisés sous la forme d'un cartel, augmentèrent les primes de façon importante et introduisirent une franchise obligatoire. La Commission des cartels (aujourd'hui Commission de la concurrence) procéda à une investigation qui aboutit à une recommandation remise à l'Association Suisse des Assureurs de Choses, au Conseil fédéral et à l'Office fédéral des assurances privées. Pour l'essentiel, la recommandation proposait ceci : l'interdiction des ententes cartellaires, la nécessité de supprimer les contrôles a priori des conditions générales et des tarifs pour les grands risques, la nécessité de donner à l'autorité de surveillance des moyens pour procéder à une surveillance renforcée de la solvabilité des entreprises d'assurance et pour empêcher ces mêmes entreprises de procéder à des subventionnements croisés entre affaires de masse et grands risques au détriment des premières, enfin d'octroyer des moyens pour garantir une protection efficace contre les risques de dommages élémentaires. Ces recommandations ont été transformées par le Conseil fédéral en une ordonnance du 31 janvier 1989 devenue exécutoire. La concurrence dans le domaine des assurances était lancée<sup>574</sup>.*

Or, l'abolition du contrôle préalable n'implique pas que les consommateurs soient totalement démunis de protection, mais que d'autres mécanismes de contrôle soient mis en place pour les remplacer. Dans les paragraphes suivants, nous allons brièvement mentionner les différents mécanismes en soulignant que le principal est le devoir d'information qui a été prévu pour l'assureur en compensation à la suppression du contrôle préalable.

<sup>573</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 57 et ss.

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 57.

## 1. Le contrôle a posteriori des conditions générales du contrat d'assurance par les tribunaux

494 Les consommateurs peuvent donc demander une révision ultérieure des conditions générales du contrat d'assurance par les juges, c'est-à-dire que ces derniers déterminent si les clauses du contrat sont abusives, surprenantes, etc. En outre, ils peuvent demander une indemnisation pour le préjudice causé par le professionnel<sup>575 576</sup>.

495 Le grand problème réside dans les difficultés d'accès à la justice pour les consommateurs car il y a des barrières telles que les coûts élevés tout au long des procès, le manque d'intérêt économique d'agir en justice dans de petits cas, etc. Afin de surmonter ces barrières, le droit de la consommation moderne pose différentes solutions telles que la création des actions de groupe, l'utilisation de mécanismes alternatifs de résolution des conflits et la mise en place d'une procédure judiciaire simplifiée (agile, à faible coût et utilisant de nouvelles technologies)<sup>577</sup>.

## 2. Le contrôle de l'autorité de surveillance des violations massives des droits des consommateurs

496 Les consommateurs en cas de violations massives, et non de cas individuels, peuvent demander à l'autorité de surveillance de l'activité d'assurance de procéder à une révision des conditions générales du contrat d'assurance. L'autorité peut alors exercer différents contrôles administratifs et imposer des sanctions, des ordres de changer la pratique, et voire, dans les cas plus graves, des retraits de l'agrément pour exercer l'activité<sup>578</sup>.

497 Cependant, à notre avis, ce contrôle est devenu une formalité, sans qu'un contrôle matériel des conditions générales du contrat d'assurance et des documents destinés au public soit exercé par l'autorité de surveillance.

498 Parfois, les associations de consommateurs et d'avocats reconnus, de manière bénévole, dont beaucoup sont des professeurs d'université, analysent les conditions générales du contrat d'assurance et adressent des plaintes à l'organisme de contrôle lorsqu'ils constatent une éventuelle violation massive des droits des consommateurs. Pour faciliter la révision publique des conditions générales du contrat d'assurance, la loi de quelques pays exige que les assureurs publient sur leurs sites web les conditions générales des contrats qu'ils offrent au public (afin que tout citoyen puisse exercer un contrôle sur les conditions générales du contrat d'assurance).

499 Quand nous enseignions le cours de droit des assurances privées en Colombie, les étudiants devaient examiner (dans le cadre de travaux pratiques) les conditions générales du contrat d'assurance offertes sur le marché et rédiger même une plainte s'ils trouvaient une violation grave des droits des consommateurs.

---

<sup>575</sup> En Colombie, quelques tribunaux spéciaux ont été créés, étant donné que l'autorité de surveillance dispose d'un département spécial (entièrement indépendant et autonome dans ses fonctions de surveillance), qui, dans le secteur financier, décide, en tant que juge, des affaires de consommation.

<sup>576</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 213-246 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 85-105 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 173-177, et pp. 1363-1366 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 137-159 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 681-767 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1602-1807 et pp. 1863-1945 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 392-440.

<sup>577</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 137-159 ; FONTAINE, pp. 392-440 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 219-260.

<sup>578</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 247 et pp. 127-132 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 79-107 et pp. 763-778.

Finalement, dans certains pays, l'autorité de surveillance demande aux « *ombudsmans* » (médiateur, défenseur des consommateurs)<sup>579</sup> de faire un contrôle interne des pratiques et des conditions générales du contrat d'assurance. Par conséquent, ceux-ci examinent attentivement toutes les polices d'assurance et informent la direction de l'entreprise des clauses du contrat qui pourraient être abusives ou porter atteinte aux droits des consommateurs. 500

### 3. Le retour au contrôle préalable dans les cas exceptionnels

En général, le contrôle préalable des polices et des tarifs a été abandonné, mais il y a certains cas exceptionnels où les assureurs sont tenus de soumettre, à l'avance, leurs conditions générales du contrat d'assurance aux autorités de surveillance. Il s'agit des cas dans lesquels les assureurs créent un produit entièrement nouveau ou lorsqu'un nouvel assureur est créé ou quelques branches spéciales (les assurances vie liées à des fonds de placement, les assurances maladie, etc.)<sup>580</sup>. 501

Pendant, à notre avis, ce contrôle dans ces cas-là est devenu une formalité, sans qu'un contrôle matériel des conditions générales du contrat d'assurance soit exercé par l'autorité de surveillance. 502

### 4. Le renforcement du devoir d'information

Après la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance, certains pays ont renforcé le devoir d'information de l'assureur et des intermédiaires d'assurance<sup>581</sup>. Autrement dit, l'adoption du devoir d'information de l'assureur est étroitement liée à la suppression du contrôle préalable, comme c'est le cas en Suisse. 503

Sur la base de ce qui précède, il convient de faire quelques précisions :

- Le fait que le devoir d'information de l'assureur ait pour objectif de compenser la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance est une caractéristique particulière du secteur.
- Il est pertinent de faire, dans l'avenir, un bilan sur l'efficacité de la mesure compensatoire, c'est-à-dire, si la mesure répond à l'objectif d'éviter de laisser les consommateurs sans protection après la suppression du contrôle préalable.

## B. Les processus régionaux de libéralisation des marchés des assurances

Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons le processus d'ouverture des marchés de l'assurance en Europe et en Amérique latine et sa relation avec le devoir d'information. Pourtant, il est important de faire quelques brèves réflexions préliminaires sur les avantages et les inconvénients de l'ouverture des marchés afin de donner un contexte général au lecteur. 504

<sup>579</sup> L'*ombudsman* (médiateur/ Défenseur des consommateurs) est normalement un tiers indépendant que tous les assureurs sont tenus de nommer, qui joue le rôle de médiateur dans les conflits entre l'assureur et ses clients, et qui vérifie le respect des règles de protection des consommateurs. JARAMILLO, *Tome 1*, pp. 351-474.

<sup>580</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 247 et pp. 127-132 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 79-107 ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>581</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 et pp. 161-169.

## 1. Réflexions préliminaires

505 Les entreprises des assurances locales offrent un certain nombre d'avantages pour l'économie locale, tels que la création d'emplois, le paiement des impôts, l'investissement des bénéficiaires dans le même pays, entre autres.

506 D'autre part, dans un monde globalisé, la libéralisation est indispensable pour éviter la perte de compétitivité. Les assureurs étrangers et les grands groupes qui les soutiennent financièrement offrent des avantages tels que la capacité économique, la couverture des risques non garantis par le marché local, la dispersion géographique et l'expérience de la gestion des risques<sup>582</sup>.

507 La libéralisation des marchés de l'assurance peut apporter de grands avantages parmi lesquels nous pouvons souligner :

- Une concurrence accrue peut entraîner une baisse générale des primes offertes aux consommateurs et inciter les entreprises concurrentes à améliorer leurs services pour se démarquer des autres entreprises.
- La modernisation et la technicisation du secteur car les entreprises étrangères peuvent apporter leurs expériences et les bonnes pratiques ayant réussi dans d'autres pays.
- La couverture de certains risques que les assureurs locaux n'ont pas pu assumer par le passé, étant donné que les conglomérats étrangers ont une plus grande capacité économique.
- Une saine concurrence pourrait pousser les mauvaises compagnies d'assurance à quitter le marché<sup>583</sup>.

508 C'est pour cette raison que la décision d'ouvrir les marchés n'est pas simple. Il y a un grand débat entre protéger l'industrie nationale et l'ouverture du marché aux nouvelles entreprises à capitaux étrangers, surtout si les entreprises nationales ne sont pas prêtes à concurrencer les assureurs étrangers et la concurrence peut entraîner la disparition de l'industrie nationale<sup>584</sup>.

509 Il faut noter que l'arrivée de nouveaux concurrents étrangers n'entraîne pas nécessairement une augmentation du nombre d'assureurs sur le marché. D'ailleurs, la situation inverse peut parfois se présenter, c'est-à-dire, une diminution du nombre d'entreprises résultant d'une vague de fusions et d'acquisitions, et la réorganisation du marché en grands conglomérats financiers<sup>585</sup>.

510 Il est important de mentionner qu'il y a eu différentes vagues de fusions et d'acquisitions sur le marché mondial d'assurances et, comme l'explique l'article de SWISSRE :

*Au cours des 25 dernières années, il y a eu deux épisodes fastes pour les fusions-acquisitions dans l'assurance. Le premier a eu lieu à la fin des années 1990 et le second dans la deuxième moitié des années 2000, avant la crise financière de 2008 et le ralentissement économique global qui s'en est suivi. L'activité de fusions-acquisitions dans les autres industries a emprunté une trajectoire sensiblement similaire. Les fluctuations entre périodes à haut niveau et*

---

<sup>582</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 47-48 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; PAILLER, pp. 142-147 ; FONTAINE, pp. 34-39 ; BOTERO, pp. 184-201.

<sup>583</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630 ; PAILLER, pp. 142-147 ; FONTAINE, pp. 34-39 ; BOTERO, pp. 184-201.

<sup>584</sup> Pour la libéralisation des marchés de l'assurance, il est nécessaire d'établir des règles de concurrence appliquées au secteur de l'assurance.

<sup>585</sup> GILBERT PARLEANI décrit le phénomène de concentration du marché de l'assurance. BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630. Voir aussi : SWISS-RE, *Fusions-acquisitions dans l'assurance*.

*à bas niveau d'activité au fil du temps et à travers les industries sont désignées par de nombreux auteurs sous l'appellation de « vagues » de fusions*<sup>586</sup>.

511 **Enfin, le degré de libéralisation varie considérablement d'un pays à l'autre et d'une région à l'autre, mais la tendance mondiale est à l'établissement de marchés plus compétitifs et sans monopoles préétablis en faveur des entreprises locales.** Au cours des dernières décennies, le marché des assurances a été libéralisé, laissant de côté les marchés traditionnels où prédominaient les compagnies d'assurance locales (le phénomène de dynamisation des marchés traditionnels)<sup>587</sup>.

512 Après ces brèves réflexions sur la libéralisation, nous parlerons dans les paragraphes qui suivent du processus régional d'ouverture des marchés tant en Europe qu'en Amérique latine et de ses implications sur le devoir d'information de l'assureur.

## 2. La libéralisation dans l'Union européenne

513 **Après un long processus de libéralisation (trois générations de directives), l'Union européenne a construit un grand marché unique des assurances.** Actuellement, toutes les différentes directives ont été recueillies dans un seul texte de la directive sur la solvabilité<sup>588</sup>.

514 Chacune des générations de directives a cherché à approfondir et à mettre en œuvre une notion ou une liberté, à savoir :

- **La première génération de directives visait à garantir la liberté d'établissement**, c'est-à-dire que les entreprises puissent créer des entreprises ou des succursales dans un autre pays européen, sans être traitées différemment des entreprises nationales (interdire la discrimination et le protectionnisme)
- **La deuxième génération de directives visait à garantir la libre prestation des services**, c'est-à-dire, permettre aux entreprises étrangères de fournir des services d'assurance dans toute l'Union européenne sans avoir à exiger une licence supplémentaire ou avoir un établissement commercial permanent dans chaque pays. Il n'y a que des exigences mineures concernant l'annonce par les autorités locales du début des opérations.
- **Enfin, la troisième génération de directives a mis en place un système de licence unique**, c'est-à-dire que les exigences et les conditions d'obtention de la licence ont été harmonisées dans tous les pays de l'Union européenne. Il existe un système de reconnaissance mutuelle des licences délivrées par les autorités de surveillance de chaque pays (système de licence unique). L'agrément fonctionne comme *un passeport européen pour les compagnies d'assurance*, qui leur permet de fournir librement des services dans toute l'Union européenne, de la manière qu'ils jugent la plus appropriée<sup>589</sup>.

<sup>586</sup> SWISS-RE, *Fusions-acquisitions dans l'assurance : début d'une nouvelle vague*. ? Voir aussi : BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630.

<sup>587</sup> Il existe plusieurs stratégies ou moyens pour un assureur étranger d'entrer sur un nouveau marché local, tels que la création d'une nouvelle entreprise, l'acquisition totale ou partielle d'une entreprise locale, le placement en actions, la création d'une succursale, la constitution d'une agence, la fourniture de services internet, la fusion avec une entreprise locale, etc. BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 47-48 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; PAILLER, pp. 142-147 ; FONTAINE, pp. 34-39.

<sup>588</sup> La directive Solvabilité II a unifié et codifié dans un texte unique la réglementation relative au marché unique de l'assurance Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

<sup>589</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 42-45 ; PAILLER, pp. 1-27 ; VAN HULLE, pp. 12-31 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60



- 515 La création d'un marché intérieur de l'assurance n'a pas donné les résultats attendus, c'est-à-dire, la commercialisation transfrontalière des assurances n'est pas aussi importante. Cela est principalement dû au fait que les consommateurs ont une préférence pour les assureurs qui ont une présence physique dans le pays. De ce fait, les entreprises étrangères se sont concentrées sur la conclusion d'accords et la constitution de conglomérats financiers avec des entreprises locales<sup>590</sup>.
- 516 Il est important de se rappeler que les assureurs locaux ont une proximité avec leurs clients, un lien avec la population car ils font partie de la culture et de la tradition locale. En outre, ils jouissent d'une réputation et d'une connaissance particulière du marché.
- 517 Enfin, la législation ouvre souvent la voie, mais ce sont les acteurs économiques qui décident de la suivre ou non. Pour une entreprise, la meilleure décision économique peut être de ne pas élargir ses opérations à l'étranger.
- 518 La Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne. Néanmoins, elle a conclu un accord pour appliquer la première directive, ce qui permet la liberté d'établissement en Suisse des entreprises européennes et vice-versa, c'est pourquoi il est possible de créer de succursales sans discrimination. À plusieurs reprises, la question a été soulevée de savoir s'il était convenable de prolonger les accords, mais il n'y avait pas de climat politique pour le faire, étant donné que la Suisse mène une politique assez protectionniste dans de nombreux domaines de l'économie, notamment sur le marché de l'assurance suisse qui est très local et traditionnel<sup>591</sup>.
- 519 Dans notre thèse de maîtrise à l'Université de Lausanne, nous analysons précisément le marché unique de l'assurance non-vie en concluant que le droit crée parfois des outils, mais ce sont les acteurs économiques qui décident de s'en servir ou non. En outre, l'expérience européenne est extrêmement précieuse et plusieurs éléments doivent être mis en évidence et pris en compte dans d'autres processus d'intégration<sup>592</sup>.
- 520 Pour la création d'un marché unique des assurances, une adaptation du devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance a été nécessaire<sup>593</sup>.
- 521 Il est important de souligner que **l'unification du devoir d'information est l'un des exemples par excellence d'harmonisation du droit des contrats d'assurance**. Comme PAILLER l'explique, la plupart du droit des contrats d'assurance est un droit national car les grands processus d'harmonisation ont échoué, mais il y a une exception importante dans les obligations précontractuelles d'information prévues dans la Directive européenne Solvabilité II.<sup>594</sup> PAILLER l'évoque :

*Sous réserve de quelques obligations d'informations précontractuelles qui figurent désormais dans la directive Solvabilité II, le droit du contrat d'assurance est un droit national : l'harmonisation ne se réalise donc pas tant sur le plan matériel, que par le biais du droit international privé.*<sup>595</sup>

---

et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-111 ; FONTAINE, pp. 24-61.

<sup>590</sup> SWISS-RE, *Fusions-acquisitions dans l'assurance*.

<sup>591</sup> PAILLER, pp. 42-44 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 527-536.

<sup>592</sup> DELGADO, *Travail de Mémoire : Le marché unique européen de l'assurance non-vie*.

<sup>593</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 42-45 ; PAILLER, pp. 1-27 ; VAN HULLE, pp. 12-31 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-111 ; FONTAINE, pp. 24-61.

<sup>594</sup> Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

<sup>595</sup> PAILLER, p. 125 ; FONTAINE, pp. 27-34.

La création du marché unique européen a représenté un défi pour la protection des consommateurs d'assurance car un grand nombre de points doivent être informés par l'assureur étranger afin que le consommateur puisse donner son consentement au moment de la conclusion des contrats : 522

- Le lieu de réclamation pour le consommateur, en particulier pour les assurances achetées en ligne auprès d'un assureur étranger utilisant le marché unique.
- Le droit applicable aux contrats conclus par des consommateurs et des entreprises étrangères.
- L'éclaircissement au consommateur de l'identité de l'assureur et de son origine étrangère.
- La langue employée dans les contrats, la procédure pour résoudre les conflits et les différends dans la traduction et l'interprétation.
- L'autorité de contrôle des assureurs et le traitement des plaintes des consommateurs locaux. Par exemple, quelle autorité reçoit les plaintes des consommateurs qui n'ont pas reçu les informations suffisantes pour prendre une décision rationnelle.
- Les normes locales impératives qui doivent être respectées dans les contrats d'assurance offerts par des assureurs étrangers<sup>596</sup>.

Le consommateur doit être correctement informé de chacun de ces aspects controversés afin d'éviter des vices du consentement. Tout en maintenant la proportionnalité des exigences afin de ne pas créer une mesure protectionniste et de discrimination contre les assureurs étrangers (la balance). 523

Pour conclure, la création du marché unique des assurances dans l'UE a entraîné la nécessité d'établir des normes communes dans le domaine de l'information précontractuelle. 524

### 3. La libéralisation dans l'Amérique latine

Dans cette région, **il n'y a pas de processus de construction d'un marché intérieur de l'assurance**, mais il y a eu un processus de libéralisation indépendante et autonome dans chaque pays, ce qui a permis, au niveau local, d'accroître la concurrence sur les marchés<sup>597</sup>. Ces pays ont connu un ou plusieurs des phénomènes suivants : 525

**L'abolition des monopoles étatiques pour certaines branches et assurances obligatoires.** Traditionnellement, certaines assurances ne pouvaient être offertes que par des assureurs publics, sans que les assureurs privés puissent entrer en concurrence. En outre, les consommateurs ne pouvaient pas choisir, mais ils étaient obligés de contracter des assurances pour développer l'activité, comme c'est le cas pour les assurances accidents du travail, assurance incendie, entre autres<sup>598</sup>. 526

**La conclusion d'accords de libre-échange entre les différents pays** permettent la libre prestation de services d'assurance entre pays ou la liberté d'établissement des entreprises étrangères sur le marché dans les mêmes conditions que les entreprises locales. 527

Ces accords prévoient des mécanismes de protection des investisseurs étrangers, par exemple, l'arbitrage en matière d'investissement. Cependant, les pays sont très réticents à l'idée d'ouvrir le marché de services financiers (y compris les assurances). C'est pourquoi 528

<sup>596</sup> Les règles de droit international privé : Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 66-71. Voir aussi : PAILLER, pp. 124-142 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-727 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 1302-1346.

<sup>597</sup> ZIEGLER pp. 43-79 ; TOLE, pp. 1-479 ; ARIZA-FORTICH, pp. 183-198.

<sup>598</sup> BOTERO, pp. 184-201.

les accords bilatéraux de libre-échange ont prévu la baisse des droits de douane sur les exportations de marchandises<sup>599</sup>.

529 **L'adhésion aux accords de l'organisation mondiale du commerce et d'autres organismes multilatéraux sur la prestation de services** garantissent un certain nombre de *principes de base, tels que la non-discrimination, l'interdiction de la discrimination et le traitement national*<sup>600</sup>.

530 Pour protéger les entreprises étrangères et favoriser l'ouverture des marchés, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a promu l'abolition des mécanismes de protection et le respect des principes généraux, comme c'est le cas des accords sur le commerce des marchandises. Concernant le commerce des services, les Membres de l'OMC ont signé un Accord général à ce sujet (AGCS ; en anglais : General Agreement on Trade in Services, GATS), qui établit *des principes de transparence, de traitement national et de nation la plus favorisée*<sup>601</sup>. Toutefois, comme l'explique ZIEGLER, les cycles de négociations de Doha visaient à concrétiser des obligations plus strictes en matière de commerce des services. Pourtant cela a été un échec, en grande partie en raison de la forte tension qui est apparue entre les pays développés et les pays non développés, ce qui a fait que les derniers n'ont pas pris d'engagements plus spécifiques, contrairement aux accords sur le commerce de marchandises<sup>602603</sup>.

531 **Les lois de libéralisation du marché des assurances** permettent aux compagnies étrangères de créer de nouvelles entreprises des assurances et de constituer des succursales et des agences d'assurance étrangères sur le marché local, sans discrimination à l'égard des entreprises étrangères (élimination des mesures protectionnistes).

532 Par exemple, la Colombie, par la loi 1328 de 2009, a ouvert le marché des assurances, avec différentes mesures, telles que l'autorisation de créer quelques succursales spéciales pour les compagnies étrangères, la libre commercialisation des assurances à caractère international, le droit d'acheter des assurances en dehors de la Colombie, entre autres. Ces mesures unilatérales de libéralisation étaient conformes à la stratégie de conclusion d'un grand nombre d'accords bilatéraux de libre-échange avec de nombreux pays<sup>604</sup>.

533 **La suppression du contrôle des produits et des tarifs.** Comme l'on a déjà mentionné, par le passé le contrôle préalable était utilisé pour protéger les entreprises locales car c'était un obstacle à l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché. Au début des années 90, les pays latino-américains ont commencé à éliminer le contrôle préalable des tarifs et des conditions générales du contrat d'assurance, par exemple en Colombie ceci a été fait par la loi 45 de 1990.

#### **4. Analyse de la relation entre le processus de libération du marché et le devoir d'information**

534 La libéralisation du marché des assurances peut entraîner quelques problèmes. Les deux principaux sont :

- D'une part, une augmentation pratique de la concurrence déloyale (abus de position dominante, accords verticaux et horizontaux) et la disparition de l'industrie nationale. Par exemple, les entreprises étrangères peuvent vendre des produits à des prix artifi-

---

<sup>599</sup> TOLE, pp. 1-479.

<sup>600</sup> Accord Général sur le Commerce des Services (GATS)(Article I — XXVI).

<sup>601</sup> Accord Général sur le Commerce des Services (Article I — XXVI).

<sup>602</sup> ZIEGLER pp. 119-188 ; TOLE, pp. 1-479.

<sup>603</sup> GILBERT PARLEANI décrit la circulation restreinte des services d'assurance dans l'espace mondial. BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630.

<sup>604</sup> ARIZA FORTICH, pp. 183-198 ; BOTERO, pp. 184-201.

ciellement bas sur le marché (*le « dumping »*), ce qui entraîne le problème de l'antisélection des consommateurs.

- D'autre part, des problèmes de protection des consommateurs car ceux-ci vont faire face à des produits d'assurance et aux compagnies qu'ils ne connaissent pas<sup>605</sup>.

Pour la libéralisation du marché d'assurances, la suppression de quelques mesures de protection des consommateurs a été nécessaire, telles que le contrôle préalable des autorités de surveillance des produits d'assurance commercialisés en Europe et en Amérique latine. Précisément, l'un des principaux défis dans les processus de libéralisation du marché des assurances est la protection du consommateur d'assurance et l'adaptation de certaines institutions comme le devoir d'information du consommateur en tant que mesure compensatoire. 535

En conclusion, le devoir d'information de l'assureur a pour objectif particulier de compenser l'ouverture du marché des assurances et la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance. Cet objectif particulier du devoir d'information pourrait faire l'objet d'une étude approfondie et exclusive, où nous analyserons l'efficacité du devoir d'information en tant que mesure compensatoire à la suppression du contrôle préalable. En d'autres termes, une analyse se demandant si les consommateurs d'assurance sont devenus plus vulnérables après la suppression du contrôle des conditions générales du contrat d'assurance. 536

#### IV. Les particularités du contrat d'assurance et les conséquences pour le devoir d'information de l'assureur

**Le contrat d'assurance est très spécial par rapport aux autres contrats de consommation**, ce qui a de nombreuses conséquences sur le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat<sup>606</sup>. Dans les paragraphes suivants, nous exposerons les principales caractéristiques et leurs relations avec le sujet d'étude de la présente thèse de doctorat. 537

##### A. Les parties du contrat d'assurance

Il y a plusieurs éléments relatifs aux parties et aux tiers intéressés par le contrat d'assurance, qu'il convient de mentionner, car ils influent considérablement sur la différenciation du contrat d'assurance avec d'autres contrats de consommation 538

- *L'assureur comme un professionnel qualifié (1)*
- *L'assuré comme un consommateur particulier (2)*
- *Les tiers (les ayants droits) du contrat d'assurance (3)*

##### 1. L'assureur comme un professionnel qualifié

*L'assureur est un professionnel qualifié*, étant donné que l'activité de l'assureur est strictement contrôlée par une autorité de surveillance. L'opération d'assurance ne peut donc être exercée que par des entreprises qui obtiennent un agrément, c'est-à-dire que celles-ci doi- 539

<sup>605</sup> ARIZA FORTICH, pp. 183-198 ; BOTERO, pp. 184-201 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60, pp. 489-630, et pp. 763-778 ; HUG, pp. 57-73 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 42-45 ; PAILLER, pp. 1-27 ; VAN HULLE, pp. 12-31 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-111 ; FONTAINE, pp. 24-61.

<sup>606</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 122 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; FONTAINE, pp. 17-20 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574.

vent remplir un certain nombre de conditions strictes (solvabilité, garantie d'une activité irréprochable, etc.).

540 Les entreprises d'assurances font *l'objet d'une surveillance prudentielle et matérielle* au long de l'exercice de l'activité d'assurance, c'est-à-dire que l'établissement de contrôle ne se limite pas à une légère constatation des exigences formelles, mais il assure un contrôle constant et continu des exigences et de l'activité. En outre, la protection des consommateurs et des assurés est l'un des piliers fondamentaux de la surveillance<sup>607</sup>.

541 **La qualité professionnelle de l'assureur n'est pas contestée**, étant donné qu'elle ne peut être exercée que par des professionnels qualifiés. Cela facilite les débats concernant la protection des consommateurs, puisqu'au moins une des parties du contrat est clairement définie sur la qualité qu'elle possède.

542 Sur la base de ce qui précède, en ce qui concerne l'obligation d'information de l'assureur peut être objet d'un débat si le preneur d'assurance a le droit de recevoir des informations supplémentaires pour résoudre l'asymétrie de l'information, mais il n'est pas contesté le fait que l'assureur est un professionnel.

543 Il existe quelques activités proches et parallèles, lesquelles sont exercées par des entreprises n'étant pas des assureurs formels, et qui par leur nature et la nécessité de les surveiller de la même manière sont fortement contestées. Malheureusement des cas de concurrence déloyale se présentent car ces entreprises ne sont pas tenues de respecter les mêmes exigences alors qu'elles exercent des activités similaires<sup>608</sup>. Cependant, elles ne font pas l'objet de la présente thèse de doctorat. Nous nous concentrons uniquement sur le contrat d'assurance proprement dit, exercé par des professionnels reconnus comme entreprises d'assurances.

544 D'autre part, il y a des risques dont la gestion n'est pas assurée par une seule compagnie d'assurance, mais plusieurs compagnies d'assurance sont impliquées. À titre illustratif, il existe plusieurs situations :

– **La coassurance** : comme BIGOT l'explique « *lorsque l'importance du risque dépasse les capacités de souscription d'un seul assureur, le risque peut être placé auprès de plusieurs assureurs, en coassurance* ». Dans ce cas, plusieurs assureurs assument ensemble le même risque. Toutefois, les assureurs ne sont pas solidairement responsables de l'ensemble de l'obligation, mais sont uniquement responsables du pourcentage d'assurance qu'ils ont pris, ce qui implique une exception au principe du droit commun des obligations sur la solidarité de la part des débiteurs<sup>609</sup>.

– **La réassurance** : par le biais du contrat d'assurance, le preneur d'assurance transfère le risque à une entreprise d'assurance. En règle générale, cette entreprise applique également un processus de gestion des risques qui implique qu'une partie du risque soit transférée à d'autres grandes entreprises (groupes de réassurance). En d'autres termes, bien que l'assureur soit responsable vis-à-vis du preneur d'assurance, plusieurs entreprises du secteur sont impliquées dans la gestion du risque<sup>610</sup>.

545 La participation de plusieurs assureurs rend la relation contractuelle complexe à l'égard du consommateur non-juriste.

---

<sup>607</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 55-60 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-112 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; SPANGLER, pp. 6-70 ; PAILLER, pp. 69-122 ; VAN HULLE, pp. 159-708.

<sup>608</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 67-87 et pp. 103-156 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-80 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 12-33 ; FONTAINE, pp. 131-133.

<sup>609</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 640-643 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 28-31 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 273-304 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 47 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 562-565 ; FONTAINE, pp. 609-615.

<sup>610</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 623-632 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 28-31 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 47-52 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 39-44 ; FONTAINE, pp. 616-622.

## 2. Le preneur d'assurance comme un consommateur particulier

Dans les assurances conclues avec des preneurs d'assurance non professionnels, **les preneurs d'assurance sont des consommateurs très particuliers**<sup>611 612</sup> pour la combinaison des raisons suivantes :

- Premièrement, en général, le souscripteur du contrat d'assurance n'a pas la connaissance de l'activité d'assurance. C'est un profane.
- Deuxièmement, parfois le souscripteur du contrat d'assurance a besoin de conclure certaines assurances. D'une part, pour pouvoir réaliser certaines activités, il faut conclure quelques assurances obligatoires, comme c'est le cas de l'assurance responsabilité automobile pour conduire une voiture. D'autre part, beaucoup d'assurances restent volontaires, cependant en raison de leur importance pratique (couvrir les risques essentiels de la vie des personnes), leur souscription est une nécessité de facto (il est fortement recommandé de les avoir).
- Troisièmement, comme on l'a vu plus haut, l'assureur est un professionnel qualifié. C'est pourquoi il y a un déséquilibre structurel dans la relation contractuelle.
- Finalement, dans la grande majorité des cas, le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion<sup>613</sup>

La profonde asymétrie généralisée entre les parties lors du contrat d'assurance fait qu'il existe une différence fondamentale entre le droit des assurances et le droit des consommateurs, qui justifie la pertinence de faire une étude séparée et spécifique comme celle que nous faisons dans la présente thèse de doctorat.

En effet, dans le droit de la consommation, la protection est axée sur les personnes vulnérables, c'est pourquoi il existe un certain nombre de critères et de limites pour déterminer qui est consommateur et qui est professionnel. **Dans le droit des assurances, le déséquilibre des connaissances est si généralisé que la protection de la loi ne se limite pas à des critères stricts de définition du consommateur et du professionnel, mais elle est étendue à tous les preneurs d'assurance, à quelques exceptions très concrètes**<sup>614</sup>.

Par exemple, la protection du devoir d'information dans la directive européenne sur la distribution d'assurances ne se limite pas au seul consommateur, mais s'étend à tous les preneurs d'assurance, à l'exclusion des grands risques. Si l'on analyse le critère économique et les activités qui composent les grands risques, seules les grandes entreprises et les per-

<sup>611</sup> En Suisse l'article 98 de la LCA établit une distinction entre les assurances conclues avec des preneurs d'assurance professionnels et les assurances conclues avec des preneurs d'assurance non-professionnels. Selon cette distinction les dispositions impératives ne s'appliquent pas aux assurances conclues avec des preneurs d'assurance professionnels, car ces preneurs n'ont pas besoin de protection spéciale. Voir : Art. 98 (a), RO 221.229.1, Loi sur le contrat d'assurance (LCA) du 2 avril 1908 (Etat le 1<sup>er</sup> janvier 2022).

<sup>612</sup> La notion d'assurances conclues avec des preneurs d'assurance professionnels correspond à la notion d'assurances grands risques dans l'UE. Voir : Fontaine, pp. 83-84 ; PAILLER, pp. 4-6 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 1330-1135 ; SOLA, p. 113 et ss.

<sup>613</sup> FONTAINE, pp. 62-71 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-159 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 46-47 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 373-375 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1602-1807 et pp. 1863-1945 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; LOPEZ, pp. 140-147 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>614</sup> ROPPO, pp. 177-223 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GÓMEZ, pp. 151-171 ; HUG, *La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?* ; DÍAZ-GRANADOS, pp. 59-96 ; MEJÍA, pp. 13-49 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

sonnes qui exercent des activités très particulières et spécifiques sont exclues de la protection<sup>615</sup>.

550 Cette particularité du droit des assurances entraîne une série de conséquences et de paradoxes:

- Certaines personnes et groupes qui sont d'habitude exclus du droit de la consommation sont protégés par le droit des assurances, comme c'est le cas des petites et moyennes entreprises, des personnes à revenu élevé ou qui consomment des biens de luxe, entre autres.
- Parfois, certains juristes qui ne connaissent pas la réglementation spécifique du droit des assurances, exigent l'application de la législation générale du droit de la consommation (le Code de la consommation) au contrat d'assurance, alors que le droit des assurances est plus protectionniste et offre plus de garanties au consommateur<sup>616</sup>.
- Le fait qu'il s'agisse d'une protection généralisée qui s'applique à tous les souscripteurs fait que, globalement, l'assureur a une charge extrêmement lourde, mais que, dans certains cas, la protection est perçue comme insuffisante dans les cas des consommateurs plus vulnérables<sup>617</sup>.

### 3. Les tiers (les ayants droits) du contrat d'assurance

551 Comme l'évoque ASTEGIANO-LA RIZZA dans sa thèse de doctorat, *le principe de l'effet relatif des contrats* subit d'importantes atténuations dans le contrat d'assurance parce que les relations contractuelles d'assurance sont complexes, et il y a des tiers qui ont des intérêts légitimes malgré le fait qu'ils n'ont pas participé lors de la conclusion du contrat d'assurance<sup>618</sup>.

552 Dans le contrat d'assurance, la **qualité de souscripteur du contrat d'assurance (preneur), l'assuré<sup>619</sup> et/ou ayants droit (tiers)<sup>620</sup> peut retomber sur différentes personnes**, de sorte que, la mise en pratique du devoir d'information n'est pas si facile et qu'il faut faire une série d'adaptations aux situations particulières<sup>621</sup>.

---

<sup>615</sup> FONTAINE, pp. 83-84 ; PAILLER, pp. 4-6 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073.

<sup>616</sup> Le champ d'application de la définition de l'assurance est si large que les auteurs font valoir qu'elle doit être limitée pour ne pas protéger les personnes qui n'ont pas besoin de protection. GÓMEZ, pp. 151-171.

<sup>617</sup> FONTAINE, pp. 62-71 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-159 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 46-47 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 373-375 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1602-1807 et pp. 1863-1945.

<sup>618</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA a consacré sa thèse à analyser les variations des relations contractuelles en raison de la participation des tiers dans le contrat d'assurance, pp. 1-93 et pp. 241-437. Voir aussi : KHOURY, pp. 223-360.

<sup>619</sup> L'assuré désigne la personne exposée aux risques couverts par le contrat. KULLMANN et al., LAMY ASSURANCES.

<sup>620</sup> « *Dans le contrat d'assurances il y a les ayants droit, c'est-à-dire « Par ayants droit, nous visons les personnes qui, sans être partie au contrat, sont en mesure de faire valoir des droits directement à l'encontre de l'assureur-vie sur la base du contrat d'assurance-vie »*. Cette catégorie regroupe la personne assurée, le bénéficiaire, le créancier-gagiste, le cessionnaire et le payeur de primes », MASSARD, p. 95 ; Voir aussi pp. 95-11.

<sup>621</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 1-443 ; KHOURY, pp. 223-360 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 80-81 et pp. 351-352 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 78-84 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 249-272 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 199-206 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 376-391 ;

Pour illustrer ce qui précède, le plus simple est d'utiliser une série d'exemples : 553

**La correspondance entre les qualités** de souscripteur (preneur), assuré et bénéficiaire 554 : une même personne peut cumuler les trois conditions. Tel est le cas lorsqu'une assurance est souscrite par une personne pour couvrir ses propres risques et percevoir l'indemnité d'assurance en cas de sinistre. Par exemple une personne X peut souscrire un contrat d'assurance contre le vol du véhicule de sa propriété. Comme c'est une assurance pour couvrir son propre risque, le preneur X est aussi l'assuré. De même, ce preneur X est celui qui recevra l'indemnisation pour le vol (sinistre), de sorte qu'il est également le bénéficiaire de l'assurance. Dans ce cas, le contrat d'assurance est un contrat bilatéral comme la plupart des contrats traditionnels.

**Le cas dans lequel le souscripteur et l'assuré coïncident, mais le bénéficiaire des prestations est un tiers.** Dans certains contrats, il y a une rupture du principe de la relativité des 555 contrats, parce qu'un tiers extérieur au contrat, qui ne participe pas à la conclusion du contrat, peut bénéficier de l'assurance et réclamer les prestations. Un exemple, c'est l'assurance responsabilité civile automobile, où un conducteur conclut un contrat pour assurer son patrimoine s'il cause des dommages à des tiers. En cas de survenance d'un accident, la victime de celui-ci, qui ne participe pas à la conclusion du contrat, peut même réclamer à l'assureur (action directe). Un autre exemple est l'assurance-vie individuelle, étant donné qu'une personne peut souscrire une assurance (souscripteur) pour protéger sa vie (assuré) afin que sa famille reçoive une indemnisation en cas de décès (tiers bénéficiant de l'assurance).

**Cas dans lequel le preneur d'assurance est différent de l'assuré et/ou bénéficiaire :** 556 dans l'assurance pour le compte d'autrui, le souscripteur est différent de l'assuré et/ou bénéficiaire. Par exemple, les assurances-vie collectives qui sont prises par le patron pour le compte de ses travailleurs. Dans ce cas, l'entreprise est le souscripteur de l'assurance. Mais, comme l'assurance couvre la vie des travailleurs, ceux-ci sont les assurés. En plus les bénéficiaires sont les membres de la famille du travailleur.

Comme l'assurance a des effets pour les tiers qui n'ont pas participé à la conclusion du 557 contrat, le régime juridique du devoir d'information doit régler un certain nombre de situations particulières. Par exemple, il faut établir si les ayants droit qui n'ont pas participé à la souscription du contrat sont bénéficiaires du droit de recevoir des informations de la part de l'assureur ou le souscripteur, les conséquences de la violation du devoir d'information de l'assureur lorsque le bénéficiaire est une personne différente du preneur d'assurance<sup>622</sup>.

En résumé, le devoir d'information subit des variations importantes dans le contrat d'assu- 558 rance en raison de la participation de différents tiers qui ont des actions pour faire valoir leurs droits. Analyser la complexité des relations contractuelles du contrat d'assurance et son rapport avec le devoir d'information de l'assureur est un sujet qui peut faire l'objet d'une autre thèse.

---

VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 415-471 ; FONTAINE, pp. 179-200 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-1580 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 121-129.

<sup>622</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 1-443 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 80-81 et pp. 351-352 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 78-84 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-235 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 199-206 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 376-391 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 415-471 ; FONTAINE, pp. 179-200 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-1580.



## B. La plus absolue bonne foi (*l'uberrima fides*) dans le contrat d'assurance

559 Dans le contrat d'assurance, les parties doivent se fier aux informations fournies par la contrepartie contractuelle lorsqu'elles prennent des décisions importantes. C'est la raison pour laquelle on a toujours fait valoir que **les parties au contrat d'assurance devaient être tenues de la plus absolue bonne foi (*l'uberrima fides*)**. En d'autres termes, les parties doivent se comporter avec une bonne foi particulière, supérieure à celle exigée dans d'autres relations contractuelles<sup>623 624</sup>.

560 Dans le droit du Royaume-Uni *la notion de bonne foi dans le contrat d'assurance et les devoirs précontractuels dérivés* sont apparus pour la première fois dans un énigmatique arrêt « *Carter v Boehm* »<sup>625</sup>. Compte tenu du fait que l'affaire a eu lieu il y a 250 ans, un livre collectif intitulé « *Pre-Contractual Duties in Insurance Law : A Global Perspective after 250 Years* » a été publié en 2016. Dans la publication des auteurs de différents pays font une analyse historique et critique de l'évolution du concept de *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides) et des devoirs précontractuels*<sup>626</sup>.

561 La notion de *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)* dans le contrat d'assurance a des conséquences importantes :

- *La plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)* a été le fondement théorique de *la création jurisprudentielle des devoirs précontractuels pendant la phase de négociation*.
- Également, il est exigé des parties du contrat d'assurance qu'elles fassent preuve de *bonne foi objective*, c'est-à-dire qu'au moment d'examiner la conduite des parties, on ne tient pas compte des intentions des parties ni des croyances subjectives, mais l'appréciation du comportement est faite conformément à un modèle élevé de conduite. Ce modèle de comportement est celui d'une personne diligente et raisonnable dans les mêmes circonstances.
- Finalement, il y a un régime sévère de sanctions pour punir les actes de mauvaise foi. Par exemple, lorsqu'il y a un cas de réticence ou d'inexactitude dans la déclaration de l'état du risque par le preneur d'assurance, celui-ci perd complètement le droit à l'indemnisation<sup>627</sup>.

562 Ces régimes de sanction de la réticence « *tout ou rien* » ont évolué, mais par le passé, conformément à *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)* en cas d'un acte de mauvaise foi,

---

<sup>623</sup> LOACKER, pp. 149-266 ; FONTAINE, pp. 62-72 et pp. 292-299 ; GHAGNY/ PERDRIX, pp. 69-70 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VEIGA, Tome 1 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 250-279 ; BIGOT et al., Tome 3 : *Le contrat d'assurance*, pp. 597-598 LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 211-212 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271 ; LOPEZ, p. 146 et ss. ; JARAMILLO, Tome 2, pp. 590-607 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>624</sup> BÉLANGER, d'une perception critique, étudie la notion de *l'uberrima fides* dans le contrat d'assurance et comment cette notion particulière a perdu son sens aujourd'hui, pp. 203-236.

Également, MAYAUX fait une présentation critique de l'exceptionnelle bonne foi du contrat d'assurance. Voir :BIGOT et al., Tome 3 : *Le contrat d'assurance*, p. 72.

<sup>625</sup> LOACKER, pp. 149-266 ; MACDONALD/ PICKEN/ FOSS, « *Good Faith and Insurance Contracts* ».

<sup>626</sup> YONG QIANG HAN/ GREG PYNT (ÉDIT.), « *Pre-Contractual Duties in Insurance Law: A Global Perspective after 250* ».

<sup>627</sup> MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-187 ; FONTAINE, pp. 62-72 et pp. 292-299 ; BRULHART, pp. 252-253 ; NEME, « *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva* », pp. 45-76 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VEIGA, Tome 1 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 250-279 ; GHAGNY/ PERDRIX, pp. 69-70 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VEIGA, Tome 1 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 250-279 ; BIGOT et al., Tome 3 : *Le contrat d'assurance*, pp. 597-598 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 211-212 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142 ; LOPEZ, p. 146 et ss.

le preneur d'assurance perdait automatiquement et complètement le droit à l'indemnisation. Il n'y avait pas de pondération avec d'autres facteurs<sup>628</sup>.

Par exemple, si une personne qui souffrait de graves problèmes cardiaques déclarait qu'elle était en bon état de santé dans la déclaration du risque, l'individu perdait tout droit à l'indemnisation si au moment du paiement de l'indemnisation l'assureur découvrait la réticence, bien que son décès n'ait pas été en rapport avec le mensonge déclaré. Dans l'analyse de la réticence, on ne faisait pas de pondération avec d'autres facteurs comme *le lien de causalité, ou le devoir de diligence de l'assureur* (l'assureur avait accès au dossier médical et pouvait connaître des problèmes cardiaques), etc. 563

**L'évolution de la bonne foi dans le contrat d'assurance et les implications pour le devoir d'information de l'assureur peuvent être décrites en trois étapes :** 564

## 1. La protection spéciale de l'assureur

Au départ, **le droit traditionnel de l'assurance était axé sur la protection de l'assureur**, celui-ci était considéré comme la partie la plus vulnérable en matière d'information, puisqu'il devait se fier à la déclaration faite par le preneur pour sélectionner le risque. De plus, par la proximité avec l'objectif d'assurance (la vie, les biens), on considérait que le preneur d'assurance était le plus au courant de l'état réel des choses et des risques auxquels il était exposé<sup>629</sup>. 565

Ainsi, le preneur d'assurance était tenu de se comporter de bonne foi et ses actes de mauvaise foi dans la déclaration de l'état du risque étaient sévèrement punis avec la perte totale du droit à l'indemnisation. 566

## 2. Le développement de la protection des consommateurs

**La révolution du droit de la consommation a constaté que le consommateur se trouve également dans un déséquilibre de l'information dans le contrat d'assurance qui justifie la mise en œuvre de mesures de protection pour lui.** 567

En effet, le consommateur est totalement inexpérimenté et profane en affaires juridiques, en comparaison avec l'assureur qui a le plus de pouvoir de négociation, impose les conditions du contrat et conclut régulièrement des contrats du même type. C'est pourquoi on s'est efforcé d'équilibrer le système en créant une série de mesures pour protéger le consentement du consommateur et éviter les abus du professionnel<sup>630</sup>. 568

Dans ce deuxième temps, on peut considérer que les deux parties dans le contrat d'assurance sont tenues de se comporter conformément à *la plus absolue bonne foi* 569

<sup>628</sup> MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-187 ; FONTAINE, pp. 206-223 ; BRULHART, pp. 323-342 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 11950-2056 ; GHAGNY/ PERDRIX, pp. 129-140 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 639-682 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 290-302 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142.

<sup>629</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-297 ; BRULHART, pp. 323-342 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 11950-2056 ; GHAGNY/ PERDRIX, pp. 129-140 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 639-682 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-201.

<sup>630</sup> FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-223 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302 ; MACDONALD// PICKEN/ FOSS, « *Good Faith and Insurance Contracts* », pp. 301-318.

(*l'uberrima fides*). On a même pris le fondement théorique sur la protection de l'assureur contre l'asymétrie de l'information comme base pour la construction des mesures de protection du consentement du consommateur.

### 3. L'accroissement de la diligence exigée de l'assureur

570 Suivant une tendance clairement pro-consommateur, la jurisprudence et la législation au cours des dernières années ont établi que **l'assureur est un professionnel qualifié, de sorte que son comportement doit être conforme aux normes de diligence les plus élevées**, même à des niveaux supérieurs de ceux exigés à d'autres professionnels similaires. **Corrélativement, la tendance a été de diminuer les charges de diligence exigées au consommateur**, en partant de l'hypothèse que dans le contrat d'assurance, il y a un déséquilibre structurel qui le justifie<sup>631</sup>.

571 Cela se reflète dans les régimes de réticence modernes, où le preneur ne perd plus automatiquement le droit à l'indemnisation en cas d'un acte de mauvaise foi. En revanche, lorsque la mauvaise foi est constatée, une pondération complexe est faite avec d'autres facteurs pour déterminer la diminution de l'indemnisation. A titre illustratif les facteurs pris en compte dans la pondération sont : la relation de causalité entre la réticence et le sinistre, la preuve du caractère intentionnel, le degré de mauvaise foi du preneur, la croyance subjective du preneur (bonne foi subjective) et la diligence du professionnel<sup>632</sup>.

FONTAINE évoque à cet égard :

*La loi distingue entre les omissions et inexactitudes intentionnelles ou non intentionnelles.*

*C'est à l'assureur qu'il incombe de prouver que l'élément sur lequel il n'a pas été informé était pour lui un facteur d'appréciation du risque, que le preneur pouvait raisonnablement le considérer comme tel (ce qui sera facilité si l'élément faisait l'objet d'une rubrique du questionnaire) et que le preneur en avait connaissance. C'est également à l'assureur qu'il incombe d'établir le caractère éventuellement intentionnel du manquement<sup>633</sup>.*

Ce n'est que dans les violations graves de la bonne foi que l'assuré perd totalement le droit à l'indemnisation.

572 Le phénomène décrit ci-dessus est synthétisé dans le tableau suivant :

---

<sup>631</sup> MACDONALD/ PICKEN/ FOSS, « *Good Faith and Insurance Contracts* », pp. 301-318 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-223 ; BÉGUE/ VÁSQUEZ, pp. 313-346 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-134 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142 ; ARIZA/ CALVO, pp. 37 -57 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-187 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-120.

<sup>632</sup> L'assureur est un professionnel de la gestion des risques, il doit donc effectuer des recherches et il y a certaines informations qu'il est tenu, en tant que professionnel, d'avoir la capacité de connaître. HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-201.

<sup>633</sup> FONTAINE, p. 217.

| Étapes :<br>Niveau<br>De bonne foi | Étape 1 :<br>La protection spéciale de l'assureur | Étape 2 :<br>Le développement de la protection des consommateurs | Étape 3 :<br>L'accroissement de la diligence exigée de l'assureur   |
|------------------------------------|---|--|---|
| <b>Preneur d'assurance</b>         | La plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)      | La plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)                     | Bonne foi moyenne. Même inférieure au niveau de diligence exigé des consommateurs d'autres secteurs                                   |
| <b>Assureur</b>                    | Degré de bonne foi moyenne.                       | La plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)                     | La plus absolue bonne foi (l'uberrima fides) version 2.0.<br>Même supérieure à celle requise pour d'autres professionnels similaires. |

#### 4. Quelques réflexions sur la bonne foi dans le contrat d'assurance

Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur les conclusions suivantes :

573

- Actuellement, dans les relations de consommation, *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)* dans le contrat d'assurance est exigée exclusivement de la part de l'assureur, et est utilisée pour justifier le grand nombre de mesures de protection du consommateur. Ce qui précède est paradoxal car, à l'origine, la notion de *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)* est née pour protéger précisément l'assureur, c'est-à-dire qu'il y a eu une inversion totale du destinataire de la protection.
- Bien que *les devoirs précontractuels du contrat d'assurance* entre les parties, y compris le devoir d'information du professionnel, aient été expressément incorporés dans la législation spécifique du contrat d'assurance, *le principe de bonne foi* continue de jouer un rôle fondamental pour interpréter les éventuelles violations du devoir d'information.
- Les assureurs sont tenus de faire preuve de *la plus absolue bonne foi (l'uberrima fides)*, ce qui implique qu'au moment de l'examen du respect du devoir d'information, les juges procèdent à un examen très rigoureux par rapport à d'autres activités professionnelles. Corrélativement les exigences et les charges de diligence du consommateur d'assurance sont de plus en plus faibles, de sorte que *le devoir de s'informer et d'être diligent* (lire attentivement les contrats) diminuent progressivement.

Certains juristes affirment que l'équilibre a été totalement perdu. Comme nous allons l'exposer postérieurement, nous sommes de l'avis que le droit de la consommation est un pendule où l'on passe de moments de manque de protection à un excès dans la protection, et l'académie doit jouer le rôle de médiateur pour résoudre les tensions entre les différentes positions en vue d'obtenir l'équilibre<sup>634</sup>.

574

<sup>634</sup> Infra. Chapitre 7 : C Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (la théorie du pendule)

## C. Les assurances comme biens de consommation courants malgré les problèmes d'accès à l'assurance

- 575 La plupart des assurances sont des *biens de consommation courants* car elles sont conçues pour remplir des besoins de la vie quotidienne des ménages et des petites et moyennes entreprises<sup>635</sup>. Afin de combler ces besoins de la population, les assurances sont offertes massivement au grand public et la conclusion de ces assurances se fait de manière rapide et sans un long processus de négociation à travers des clauses contractuelles préformulées (contrats d'adhésion).
- 576 Des études ont montré que les assurances sont des outils de résilience contre les tragédies et les catastrophes, aidant les individus et les économies des pays à lutter contre la pauvreté et les inégalités. *L'accès à l'assurance* devrait être garanti à tous et ne devrait pas être considéré comme un luxe ou le privilège d'un groupe. Il existe même un certain nombre d'assurances qui sont essentielles pour la population, comme c'est le cas de l'assurance-maladie. Pour cette raison, leur accès doit être garanti à toute la population<sup>636</sup>. De surcroît, il y a des activités dangereuses qui ne devraient pas être autorisées sans une assurance obligatoire car elles présentent un risque pour la communauté<sup>637</sup>.
- 577 Dans les pays développés, il y a une culture de l'assurance et une forte pénétration des assurances, c'est pour cela qu'elles sont des biens de consommation courants. Étant donné qu'il ne s'agit pas de produits de luxe, mais des produits de masse offerts au grand public, le consommateur doit être protégé au moment de la conclusion des contrats<sup>638</sup>.
- 578 Comme BRULHART l'explique, en Suisse, l'assurance est devenue un bien de consommation courante. Il n'est pas utile de discuter de cet aspect dans les débats relatifs au champ d'application du droit de la consommation<sup>639</sup>.
- 579 Dans les pays en voie de développement, le taux de pénétration des assurances est, par malheur, très faible, ce qui crée de grandes lacunes en matière de protection. C'est pourquoi les personnes à faibles revenus ou vivant dans des régions rurales ne sont pas protégées contre les risques de la vie quotidienne. Malheureusement, *les assurances sont considérées comme un luxe* auquel seul un faible pourcentage de la population riche peut y accéder<sup>640 641</sup>.

---

<sup>635</sup> BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-233. Voir aussi : COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>636</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps* » ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-233. Voir aussi : COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>637</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 4-34 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 21-46 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 17-32 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; POILLOT, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>638</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps* ».

<sup>639</sup> BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-233. Voir aussi : COMPIANI, pp. 97-111 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>640</sup> Pour résoudre le problème de l'accès à l'assurance, des programmes de microassurance (assurances inclusives) ont été mis en place et des organisations et associations œuvrent dans ce domaine.

Toutefois, **l'existence d'une telle défaillance dans le système ne signifie pas que le contrat d'assurance cesse d'être un bien de consommation courante des ménages**. Il faut donc protéger les intérêts des consommateurs vulnérables (consommateurs inexpérimentés). 580

## D. La modalité spéciale de conclusion du contrat d'assurance

**Le contrat d'assurance se distingue radicalement du droit commun dans la forme et le schéma de la conclusion du contrat**, ce qui a des implications importantes pour le devoir d'information de l'assureur<sup>642</sup>. Pour l'expliquer, il convient de mentionner les différents schémas de conclusion de contrats qui existent : 581

### 1. Le schéma traditionnel du droit commun des contrats

Le schéma traditionnel du droit des contrats suppose que la naissance d'un contrat exige *une offre et son acceptation*. Dans les cas où une négociation longue et approfondie sur le contenu du contrat a lieu, les parties présentent plusieurs offres et contre-offres, jusqu'à ce qu'elles parviennent finalement à un accord final<sup>643</sup>. 582

Le droit des contrats traditionnel établit un cadre réglementaire complet pour l'offre et l'acceptation (caractéristiques, éléments, formalités, révocabilité de l'offre, effet contraignant de l'offre). Ce cadre réglementaire a subi une adaptation pour protéger le consommateur, comme l'exprime HUG : 583

*La formation du contrat définit le processus général de venue à chef du contrat et la détermination de son contenu. Les règles concernant les modalités et le moment de la conclusion du contrat sont à cet égard d'importance fondamentale, bien qu'elles divergent encore sensiblement entre le droit continental et la common law. La conception moderne de cette phase se caractérise par un processus moins formaliste que d'après la conception traditionnelle (offre, acceptation, caractère contraignant des manifestations de volonté, etc.) ; la formation suppose désormais l'examen de l'ensemble du processus allant des informations et déclarations précontractuelles, jusqu'à la correction ultérieure de « l'accord » en vertu, le cas échéant, de l'exercice d'un droit de révocation<sup>644</sup>.*

Dans la plupart des contrats de consommation, il n'y a pas de processus de négociation individuel (contrat de gré à gré), au contraire, le professionnel impose souvent des conditions générales (il s'agit d'un contrat d'adhésion). Il existe de profonds déséquilibres contractuels 584

<sup>641</sup> DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN) ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* ».

<sup>642</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 107-115 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 207-230 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 285-391 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 271-322 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-325 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1557-1602 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 36-45 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 107-115 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 128-140 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; KHOURY, pp. 35-87 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104.

<sup>643</sup> GEISSBÜHLER, pp. 73.-109 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 156-162 ; GWENNAËL, pp. 35-151 ; HUG, pp. 20-50 ; HINESTROSA, « *Tratado de las obligaciones II* », pp. 687-885.

<sup>644</sup> HUG, p. 21.

entre les parties (déséquilibres dans les forces de négociation, asymétrie dans l'information, etc.)<sup>645 646</sup>.

585 C'est pour cette raison que, de manière générale, la relation de consommation se caractérise par :

- L'offre est faite par le professionnel.
- Le consommateur peut seulement décider d'accepter tout le contrat ou de ne pas l'accepter (il n'est pas possible de faire de contre-offres ou de modifier le contenu).
- Le processus de négociation peut être presque instantané.

En plus de ce déséquilibre contractuel, dans le contrat d'assurance il y a un facteur supplémentaire lié à la modalité de conclusion du contrat, qui fait que le devoir d'information doit être adapté, comme nous allons l'exposer dans la section suivante de la thèse.

## 2. Le schéma du contrat d'assurance

586 L'activité d'assurance est particulière car, avant la conclusion du contrat d'assurance, il faut procéder à *une évaluation approfondie du risque* (l'assureur doit décider d'assumer ou non ce risque<sup>647</sup>). CHAGNY/ PERDRIX l'évoquent :

*Cela étant, le processus préalable à l'échange des consentements est plus ou moins long et complexe : selon le risque concerné, l'assureur est conduit à se livrer à des investigations plus ou moins élaborées, qui supposent éventuellement d'examiner les biens, de s'intéresser de près au processus de fabrication, etc. Dans tous les cas de figure, et afin que les volontés des contractants soient éclairées, des obligations d'information sont mises à la charge de l'assureur et du futur souscripteur. Il incombe à l'entreprise d'assurance de remettre, non seulement une fiche d'information sur les prix et les garanties, mais encore un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou bien une notice d'information sur le contrat décrivant « précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ». De son côté, le candidat à l'assurance doit communiquer à l'entreprise d'assurance les éléments d'information permettant à celle-ci d'apprécier le risque à couvrir<sup>648</sup>.*

587 Un exemple simple illustre l'importance de l'évaluation des risques de l'assureur :

---

<sup>645</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 313-319 ; RAYMOND, pp. 7-14 ; VIGNERON, *Le point sur les clauses abusives*, pp. 104-105 ; TERCIER/ PICHONNAZ, pp. 212-223 ; NEME/ CHINCHILLA, pp. 11-33 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; POSADA, pp. 141-182 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 78-80 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>646</sup> D'après nous, la modernisation du droit des contrats ne suffit pas car la réglementation se concentre malheureusement sur les contrats négociés individuellement, alors qu'en réalité, ils représentent la minorité des contrats. En outre, cette réglementation est obsolète puisqu'elle n'est pas adaptée aux facteurs qui aggravent l'asymétrie de l'information et les autres déséquilibres contractuels. Supra. Chapitre 3.III. F. Les changements substantiels dans la négociation et la conclusion des contrats.

<sup>647</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 36-45 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 128-140 ; KHOURY, pp. 35-87 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-340 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104.

<sup>648</sup> CHAGNY/ PERDRIX, p. 108.

Si une personne de 40 ans avec un certain nombre de maladies préexistantes graves a l'intention de souscrire une assurance-vie, l'assureur devra évaluer s'il lui convient ou non de souscrire une telle assurance (sélection du risque). Dans ce cas, il serait très difficile de trouver un assureur prêt à assumer un tel risque et, s'il le fait, ce serait à un prix très élevé ou en faisant beaucoup d'exclusions spécifiques<sup>649</sup>.

Comme mentionné précédemment au moment de la sélection du risque non seulement les intérêts de l'assureur et de ses actionnaires doivent être protégés, mais également d'autres intérêts (la communauté des assurés) doivent être pris en considération<sup>650</sup>. 588

Sur la base du processus de sélection du risque, le schéma de conclusion du contrat d'assurance est considérablement modifié et comporte les phases suivantes : 589

- **Phase 1** : les assureurs communiquent au public les caractéristiques de leurs produits afin d'attirer les consommateurs intéressés (la publicité et l'information générale sur les produits d'assurance).
- **Phase 2** : le consommateur intéressé fait une proposition de contrat d'assurance à l'entreprise d'assurance, c'est-à-dire, une manifestation de son intention de s'engager, laquelle est accompagnée d'une déclaration de l'état du risque. La déclaration des risques se fait généralement au moyen d'un questionnaire contenant des questions précises et fermées. Ce questionnaire est élaboré par l'assureur<sup>651</sup>. Les questions doivent être claires et concrètes, étant donné que la jurisprudence a clairement indiqué que l'assureur (le rédacteur) doit assumer les conséquences des problèmes d'une mauvaise communication.
- **Phase 3** : l'assureur fait une étude de la déclaration de risque et décide de souscrire ou non l'assurance. Chaque compagnie a des critères de souscription du risque basés sur le principe de liberté, elle peut décider de conclure ou non (choisir le cocontractant) le contrat.
- **Phase 4** : l'assureur accepte de souscrire le contrat d'assurance (prendre le risque) et envoie la police d'assurance comprenant les droits et les obligations des parties. Dans la plupart des pays, on a opté pour le caractère consensuel du contrat d'assurance, de sorte que le renvoi du contrat n'est pas une formalité pour conclure le contrat. Sur la base de ce qui précède, l'acceptation peut être donnée par un acte de conduite concluant, tel que l'envoi de la facture d'assurance<sup>652</sup>.

Sur le schéma spécial de conclusion des contrats d'assurance, on peut faire plusieurs commentaires à partir de quelques questions de base : Qui fait l'offre ? Qui est la partie la plus vulnérable de l'information ? Qu'en est-il des sinistres survenant lors de l'étude de la proposition d'assurance (phase 2 et 3) ? Que se passe-t-il s'il y a une différence entre l'initialement convenu et la police ? Quand et comment le devoir d'information doit-il être rempli ? 590

<sup>649</sup> VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1580-1604.

<sup>650</sup> Supra. Chapitre 6 III. La coordination des intérêts : l'équilibre a-t-il été perdu ?

<sup>651</sup> La tendance générale a été d'éliminer ou limiter la déclaration spontanée du risque. HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 107 ; CHAGNY/ PERDRIX, p. 87.

<sup>652</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 107-115 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 207-230 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 285-391 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 271-322 ; BIGOT et al., *Tome 3* : *Le contrat d'assurance*, pp. 227-325 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1557-1602 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 36-45 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 107-115 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 128-140 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-120 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-201 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104.



## a. Qui fait l'offre ?

591 Dans la plupart des pays européens (la Suisse, l'Allemagne, la France), les juristes affirment que l'offre est faite par le consommateur car c'est lui qui renvoie son intention de conclure le contrat (la proposition) avec la déclaration de l'état du risque<sup>653</sup>.

592 Au contraire, en Belgique la doctrine dit que c'est l'envoi de la police par l'assureur qui va constituer l'offre<sup>654 655</sup>. FONTAINE l'évoque :

*Dans la plupart des cas, la proposition d'assurance, remplie et signée par l'assuré, n'est pas une offre, car à ce stade, tous les éléments essentiels du futur contrat ne sont pas connus ; la prime, notamment, n'est généralement pas encore déterminée. Dans ces conditions, le renvoi de la proposition d'assurance n'engage pas à conclure. C'est le plus souvent l'envoi de la police par l'assureur qui va constituer l'offre, car cette fois, il ne manque plus que l'adhésion du co-contractant. À ce moment, l'assureur ne peut plus refuser de contracter (révoquer son offre). Quant à la formation du contrat, elle intervient à l'instant où la police, signée par l'assuré, est reçue en retour par l'assureur (théorie de la réception)<sup>656</sup>.*

SUBILIA critique aussi la fiction que l'offre est faite par le preneur d'assurance en Suisse :

*Le mécanisme est fondamentalement illogique, puisque l'assuré est incapable, sauf cas exceptionnel, de rédiger lui-même une proposition d'assurance. Il ne possède en principe pas les compétences actuarielles lui permettant de quantifier et de valoriser le risque, sans compter le fait qu'il ne comprend souvent pas ou en tout cas pas entièrement la portée des conditions générales d'assurance qui régissent le contrat. Ce constat n'est pas nouveau ; c'est exactement celui que faisait le Conseil fédéral en 1904 : « Dans les affaires d'assurance, la liberté des conventions » n'existe en réalité que pour l'assureur. En premier lieu, celui qui a besoin de s'assurer n'est généralement pas à même de pénétrer le contenu des conditions générales, qui sont souvent très étendues, et d'en comprendre le sens et la portée, surtout si ces conditions doivent être recherchées dans des statuts ou des règlements alourdis d'une masse de prescriptions organiques. Dans la pratique courante, celui qui désire contracter une assurance renonce d'emblée à étudier de près la proposition ; il se contente des indications et des renseignements d'un intermédiaire expert dans les affaires, de l'agent, pour les actes duquel l'assureur a coutume de décliner d'avance toute responsabilité. Mais celui-là même qui aurait la connaissance voulue doit accepter toutes les conditions, sans pouvoir les critiquer ; sinon, il devrait se passer de la garantie qui lui est nécessaire<sup>657</sup>.*

593 Pour nous, l'approche de la plupart des pays européens est tout à fait étrange car le fait que le consommateur manifeste son intention de conclure un contrat ne modifie pas le fait que l'offre du service est faite par le professionnel, qui élabore la documentation et les formu-

---

<sup>653</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 33-135 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 108-110 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 214-215 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-98 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104.

<sup>654</sup> FONTAINE, pp. 166-169.

<sup>655</sup> VEIGA explique le débat sur ce sujet en Espagne. VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1557-1808 ; RUIZ/ ANDREU, pp. 885-901.

<sup>656</sup> FONTAINE, pp. 167-168.

<sup>657</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 34.

lares à remplir (la proposition d'assurance est un formulaire émanant de l'assureur à remplir par le preneur<sup>658</sup>).

## b. Qui est la partie la plus vulnérable de l'information ?

Traditionnellement, dans le droit des assurances privées, on a fait valoir que le preneur d'assurance connaît en profondeur l'objet de l'assurance (l'état réel du risque). En théorie, l'assureur est dans un état de faiblesse en matière d'information car il doit se fier aux informations fournies par le consommateur pour évaluer le risque. C'est la raison pour laquelle la législation s'est initialement concentrée sur la protection de l'assureur, comme cela a déjà été mentionné<sup>659</sup>. 594

Toutefois, deux facteurs importants ont considérablement modifié la situation : 595

D'une part, la révolution du droit de la consommation a montré que le consommateur d'assurance se trouve également dans une situation de faiblesse informative sur le produit d'assurance, c'est pourquoi des mesures doivent être prises pour équilibrer l'asymétrie de l'information<sup>660</sup>.

D'autre part, actuellement les assureurs ont de nombreux outils de vérification de l'état réel du risque. En tant que professionnels, ils doivent donc effectuer des recherches sur la véracité des informations fournies par le consommateur. C'est ainsi que, par exemple, l'assureur moderne dispose des nouvelles technologies et l'utilisation des données pour l'analyse du risque et, en plus, il peut effectuer un contrôle technique de l'objet d'assurance (examens médicaux, inspection)<sup>661</sup>. MASSARD évoque sur cet aspect :

*Comme le proposant a le devoir de répondre de manière complète et exacte aux questions posées, l'assureur n'a pas à mettre systématiquement en doute ses déclarations. On ne saurait ainsi lui reprocher de ne pas avoir mené d'investigation complémentaire lorsque le proposant a déclaré toujours avoir été en pleine forme et l'être encore. Le contraire reviendrait à nier toute portée au questionnaire des risques d'assurance et l'assureur n'aurait d'autre choix que d'imposer à tout proposant de se soumettre à un examen médical approfondi.*

*L'assureur-vie est cependant un professionnel de la santé humaine et de l'appréciation des risques d'assurance décès et invalidité. Il a également rédigé le questionnaire des risques d'assurance. C'est pourquoi l'art. 8 al. 3 et al. 4 LCA prévoit qu'il n'y a pas réticence si l'assureur connaissait ou devait connaître le fait qui n'a pas été déclaré ni « si l'assureur connaissait ou devait connaître exactement le fait qui a été inexactement déclaré ». On attend de l'assureur qu'il prenne connaissance avec diligence et esprit critique des réponses qu'il reçoit. Il doit notamment déceler les incohérences internes au questionnaire. Si le proposant a déjà conclu une assurance-vie auprès du même assureur, ce dernier de-*

<sup>658</sup> FONTAINE, p. 167.

<sup>659</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 107-115 ; MASSARD, pp. 174-191 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-207 ; BRULHART, pp. 252-25.

<sup>660</sup> FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-223 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302.

<sup>661</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 36-45 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 128-140 ; FONTAINE, pp. 167-174 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-340 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; LEHMANN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 95-120 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

*vra nécessairement compulser le premier dossier avant d'accepter la nouvelle proposition*<sup>662</sup>.

- 596 Pour cette raison, l'approche du devoir d'information dans le contrat d'assurance a changé :
- Auparavant, le droit des assurances privées mettait l'accent sur l'obligation d'information du preneur d'assurance (déclaration de l'état du risque) et il existait un régime très strict en cas de réticence et d'inexactitude dans la déclaration de l'état du risque, selon lequel, si on constatait la moindre réticence du preneur d'assurance, celui-ci perdait totalement le droit à l'indemnisation (il s'agissait d'un régime « tout ou rien »).
  - Aujourd'hui, il est établi que l'asymétrie de l'information est réciproque et l'assureur doit remplir un devoir strict d'information auprès des consommateurs. De même, la déclaration de l'état du risque a perdu de son importance et l'assureur est de plus en plus tenu de faire preuve de plus de diligence. Il est important de mentionner quelques cas de conséquences pratiques illustratives. Par exemple, selon la réglementation actuelle en Suisse, l'assureur ne peut refuser de payer le sinistre que si la réticence a un lien de causalité avec celui-ci. En d'autres termes, il y a eu un processus graduel d'assouplissement des effets de la réticence<sup>663 664</sup>.

### c. Qu'en est-il des sinistres survenant lors de l'étude de la proposition d'assurance (phase 2 et 3) ?

- 597 Il y a une lacune de protection pendant le temps d'étude de la proposition d'assurance. C'est pourquoi il y a la possibilité de convenir quelques couvertures provisoires, dans lesquelles les biens et les personnes sont temporairement assurés pendant le temps que la proposition est analysée. L'étendue de la couverture provisoire est très limitée (pas besoin d'une analyse approfondie de l'état du risque). C'est aussi un pari de l'entreprise d'assurance que le sinistre n'aura pas lieu pendant cette courte période<sup>665</sup>.
- 598 L'obligation d'information dans la couverture provisoire est réduite, mais l'entreprise d'assurance doit remplir le devoir dans ce contrat, parce qu'il y a aussi une asymétrie de

---

<sup>662</sup> MASSARD, p. 181.

<sup>663</sup> Le droit suisse fait une distinction entre la résiliation du contrat (effets pour le futur, c'est-à-dire « *ex-nunc* ») et la résolution (un effet rétroactif au jour de la conclusion du contrat c'est-à-dire « *ex-tunc* »). Dans le cas de la réticence et de l'inexactitude, la sanction est la résiliation du contrat d'assurance, c'est pourquoi les effets sont tournés vers l'avenir. Ce n'est que dans les cas où on constate un lien de causalité qu'il y a des effets rétroactifs et que le contrat est annulé en entier (résolution du contrat d'assurance). BRULHART, pp. 323-342 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-201.

<sup>664</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-297 ; BRULHART, pp. 323-342 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1950-2056 ; GHAGNY/ PERDRIX, pp. 129-140 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 639-682 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 104-118 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349 ; MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 131-201 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142.

<sup>665</sup> PAREIN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 203-210 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 42-43 ; MASSARD, pp. 189-191 ; FONTAINE, pp. 171-172 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 151-155 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451.  
En France s'appelle « la note de couverture » CHAGNY/ PERDRIX, pp. 112-115 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 389-397 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 323-325.

l'information entre les parties au moment de la conclusion<sup>666</sup>. On peut entrevoir des situations comme celle-ci : un consommateur pensait que pendant l'analyse de la proposition d'assurance, il était couvert par la couverture provisoire, mais, malheureusement, le sinistre survenu, il n'était pas assuré. Dans ce cas, on peut se demander si le devoir d'information a été violé par l'assureur.

En conclusion, **l'analyse par rapport à l'exécution du devoir d'information est complexe dans le contrat d'assurance car il y a parfois des cas où il y a différentes obligations d'information de l'entreprise d'assurance qui doivent être analysées de manière indépendante.** 599

#### **d. Que se passe-t-il s'il y a une différence entre le convenu verbalement et la police d'assurance ?**

Dans certains pays, il existe une règle selon laquelle le consommateur dispose d'un délai pour réclamer la différence entre ce qui a été convenu verbalement (ou dans la publicité) et la police finale transmise par l'assureur. Dans le cas où le consommateur reste silencieux ou ne proteste pas pour la différence, il y a acceptation tacite du texte de la police (Acceptation sans réserve de la police)<sup>667</sup>. En Suisse, cette règle (Article 11 I et 12 LCA) était perçue comme une violation manifeste des droits des consommateurs, raison pour laquelle la récente modification de la loi sur les assurances l'a supprimée. 600

Dans de nombreux pays (La France, Le Chili, la Colombie), l'approche de l'analyse est différente, étant donné que l'on part du principe que le contrat n'est pas seulement composé de la police d'assurance. En revanche, il y a une notion globale qui fait que celui-ci est également composé de l'attestation d'assurance, la notice, l'avenant, la publicité et les conditions générales<sup>668</sup>. 601

C'est pourquoi en cas de contradiction, *une pondération de principes* est faite, de sorte qu'on tend à faire prévaloir ce qui a été convenu oralement par les parties et les documents précontractuels reçus par le consommateur, parce qu'ils ont été la base du consentement des parties. Dans ce cas, les parties ont fait une modification à la police d'assurance dans les négociations en profitant du fait que le contrat d'assurance est consensuel et aucune formalité n'est requise pour sa conclusion.

#### **e. Quand et comment le devoir d'information doit-il être rempli ?**

Sur la base du schéma de conclusion du contrat d'assurance, le professionnel doit remplir, avec diligence, l'obligation d'information du consommateur d'assurance avant la soumis- 602

<sup>666</sup> Article 9 LCA ; MASSARD, pp. 189-191 ; PAREIIN, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 203-210.

<sup>667</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 12 ; BRULHART, pp. 282-287. Au Pérou, il y a un délai, mais l'assureur doit avertir le preneur de la différence. NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62.

<sup>668</sup> En France, on affirme que seuls les documents dont le consommateur a eu connaissance sont opposables au consommateur et la jurisprudence a fait une intégration des documents publicitaires si ceux-ci étaient déterminants pour le consentement du preneur d'assurance BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 349-405.

La notion de documents contractuels est également largement interprétée dans le droit latino-américain. Voir : RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; NEME, « *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* », pp. 79-125 ; VIVAS, pp. 39-80.

sion de la proposition d'assurance car il existe des pays où *la proposition (la manifestation de l'intention de conclure un contrat) a un effet contraignant et irrévocable*<sup>669</sup>.

603 En outre, conformément au schéma de conclusion des contrats d'assurance, quatre aspects particuliers sont liés aux informations que l'assureur doit fournir :

**(i) La distinction entre le devoir d'information et la publicité sur les produits**

604 Comme mentionné précédemment, **il existe une distinction entre le devoir d'information (l'information objective sur les caractéristiques du produit) et la publicité sur les produits (l'information pour attirer l'attention du consommateur)**. La présente thèse ne porte que sur le devoir d'information, mais ces deux aspects sont étroitement liés, et ils doivent, évidemment, être coordonnés et cohérents les deux.

605 Conformément au schéma des contrats d'assurance, ces deux activités sont menées de manière parallèle et simultanée pendant la phase 1 et avant la transmission de la proposition d'assurance<sup>670</sup>.

**(ii) L'information additionnelle liée au schéma spécial de conclusion du contrat d'assurance**

606 L'assureur doit fournir la documentation précontractuelle (les fiches d'information du produit) avec les informations pertinentes sur le contrat d'assurance. Conformément au schéma de conclusion du contrat d'assurance, l'assureur doit expliquer au preneur les conséquences juridiques tant de l'émission de la proposition que de la réticence et de l'inexactitude. En d'autres termes, un aspect particulier est ajouté à l'information pertinente, par le schéma spécial de conclusion du contrat d'assurance.

**(iii) La transmission de l'information précontractuelle**

607 Il y a différents *moyens de transmettre l'information précontractuelle*, tels que : *par voie orale, par voie écrite, par voie téléphonique, par voie électronique*. Cependant, la législation et la doctrine de l'Union européenne et de la Suisse ont établi que le moyen de transmission doit remplir deux caractéristiques, d'une part être sur un support durable et, d'autre part, être accessible au consommateur.

608 C'est ainsi qu'en Suisse, par exemple, l'article 45 de LSA prévoit que les informations précontractuelles doivent être fournies sur un support durable et accessible à l'assuré par l'intermédiaire d'assurance. Dans le passé, l'article 3 de la LCA ne précisait pas le moyen de transmission de l'information précontractuelle par l'assureur, c'est pourquoi certains juristes ont fait valoir qu'il s'appliquait par analogie l'article 45 de la LSA, de sorte que le

---

<sup>669</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 4807-4817 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340.

<sup>670</sup> Supra. Chapitre 5 XII.E. La distinction entre la régulation de l'information précontractuelle et la publicité.

moyen devait être un « *support durable* ». La récente réforme de la LCA précise que l'information doit être transmise par un moyen permettant d'en établir la preuve par un texte<sup>671</sup>.

Grâce à la possibilité d'utiliser la voie électronique pour la transmission de l'information précontractuelle, actuellement, il y a un débat intense si ce moyen remplit les deux conditions. C'est ainsi que, d'abord, il faut se demander si le fait d'envoyer l'information précontractuelle par les moyens électroniques remplit les exigences d'accessibilité au sens juridique du terme, notamment la possibilité de consultation de l'information à tout moment et la possibilité de la télécharger facilement<sup>672</sup>. En deuxième lieu, il faut discuter sur la durabilité à long terme de l'information transmise par voie électronique et le respect des exigences en matière de preuve dans le cas d'éventuelles violations du devoir d'information de l'assureur (support durable). 609

La doctrine de nombreux pays est réticente à permettre l'utilisation des nouvelles technologies comme moyen de transmission de l'information précontractuelle, ce qui, à notre avis, empêche l'innovation et la recherche de l'exécution matérielle du devoir d'information. En outre, certaines situations absurdes se produisent comme le fait que les consommateurs qui interagissent avec le professionnel par le biais d'une plate-forme technologique doivent recevoir des informations précontractuelles par un autre moyen différent. 610

#### (iv) *Le débat sur la standardisation de l'information*

L'opération d'assurance se centre sur la formation de groupes d'assurés (une mutualité de personnes exposées au même risque)<sup>673</sup>. C'est pourquoi on se demande s'il est convenable d'*individualiser l'information*, ou si au contraire les consommateurs faisant partie d'un même groupe doivent recevoir exactement les mêmes *informations standardisées*. En d'autres termes, si l'assureur doit individualiser l'information précontractuelle conformément à la particularité de chaque preneur d'assurance (connaissance, expertise). 611

À notre avis, il faut respecter la proportionnalité et ne pas imposer de charges excessives à l'assureur, c'est pourquoi l'entreprise d'assurance doit fournir les mêmes informations à tous les consommateurs du même groupe. Ceci sans préjudice du fait que l'assureur doit être attentif, d'une part, à répondre à toutes les questions en rapport aux informations soulevées par le preneur d'assurance et, d'autre part, à identifier les cas spéciaux de vulnérabilité manifeste où d'autres mesures sont requises en dehors du devoir d'information. 612

### 3. Le schéma spécial de conclusion de certains contrats d'assurance

Il y a des produits d'assurance où l'assureur ne doit pas faire une analyse minutieuse de l'état du risque et peut donc donner une réponse rapide et instantanée à la demande<sup>674 675</sup>. Par exemple, les assurances achetées sur les distributeurs de machines d'assurance et les assurances en ligne simples comme l'assurance annulation d'événements, l'assurance voyage. 613

<sup>671</sup> Dans le Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance, BRULHART expose les enjeux de l'utilisation des moyens électroniques dans le contrat d'assurance et les avancées récentes sur le sujet dans la révision récente de la Loi sur le Contrat d'assurance (LCA) en Suisse, pp. 4-17.

<sup>672</sup> BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17.

<sup>673</sup> BRULHART, *La mutualité dans l'assurance privée*, pp. 435-446.

<sup>674</sup> En Belgique s'appelle police présignée. FONTAINE, pp. 170-171.

<sup>675</sup> Les nouvelles technologies peuvent être utilisées pour optimiser les processus et la durée de l'analyse des risques.

614 Dans ce cas, il n'y a aucun débat sur le fait que l'offre est faite par le professionnel et ressemble donc au système traditionnel de conclusion des contrats dans les rapports de consommation.

615 Il est important de mentionner que c'est dans ce type d'assurances que la réglementation relative au droit de la consommation est la plus applicable car le schéma coïncide et il n'y a pas de caractéristiques particulières dans la conclusion du contrat d'assurance comme celles que nous venons d'analyser.

616 Toutefois, le fait que l'assurance soit contractée de manière massive et immédiate entre les parties pose d'autres problèmes, comme le problème du consentement du consommateur puisque celui-ci conclut les contrats de manière irrationnelle, émotionnelle, impulsive, influencée par les biais cognitifs et sans apprécier en profondeur les conséquences du contrat.

Ce sujet sera abordé dans la dernière partie de la thèse où nous nous demanderons si, compte tenu que la plupart des décisions des consommateurs sont impulsives, émotionnelles et irrationnelles, le devoir d'information peut être perçu comme un « échec » parce qu'il n'atteint pas son objectif de faire que les consommateurs prennent des décisions éclairées<sup>676</sup> et par conséquent, d'éviter la déception.

#### 4. La synthèse

617 En guise de conclusion, nous pouvons souligner que les contrats d'assurance ont une modalité particulière de conclusion du contrat, déterminée par l'analyse du risque que doit effectuer l'assureur. C'est pour cette raison que le devoir d'information doit être adapté au contrat d'assurance en fonction des différentes phases du processus de conclusion spéciales.

#### E. La synthèse générale

618 En résumé le contrat d'assurance a des particularités par rapport aux autres contrats de consommation, étant donné que les parties du contrat sont spéciales, qu'il y a une notion particulière de la bonne foi (la plus absolue bonne foi), qu'il y a une modalité spéciale de conclusion du contrat, et que dans la plupart des cas il s'agit d'un contrat de consommation. Ceci implique que le devoir d'information de l'assureur doit être adapté et, en outre, cela justifie que la normativité soit spéciale par rapport à d'autres contrats de consommation.

#### V. La difficulté de vulgariser le droit des assurances privées

619 **Le contrat d'assurance est un contrat complexe conclu entre un professionnel et un preneur non professionnel et dont les conséquences ont des effets à long terme<sup>677</sup>.** C'est pour cela que l'échange d'information précontractuel revêt d'un rôle capital. MASSARD affirme :

*Le contrat d'assurance-vie individuelle est un contrat complexe, parfois pourvu d'un processus d'accumulation d'épargne, conclu entre un professionnel, l'assu-*

---

<sup>676</sup> Infra. Chapitre 7 : B. 3. 1.L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information

<sup>677</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 122 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; FONTAINE, pp. 17-20 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 273-306 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 61-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-82 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 208-230 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 283-393 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 182-281 ; FONTAINE, pp. 149-160.

*reur, et, dans la majorité des cas, un preneur non-professionnel. Il engage les parties sur des bases contractuelles ardues pour une longue durée, faisant supporter à l'une, des risques biométriques aux conséquences financières importantes ainsi que des risques pénaux, et à l'autre, le risque financier de ne pas être payée. En raison de ces caractéristiques, l'échange d'informations précontractuel revêt un rôle capital tant pour l'assureur que pour le proposant<sup>678</sup>.*

Ces dernières années, nous avons été professeur chargé du cours sur le droit des assurances privées en Colombie. De ce fait, nous nous sommes concentrés sur la transmission des connaissances aux nouvelles générations de juristes (innover dans les processus d'enseignement). Au fil du temps, nous avons compris que **l'opération d'assurance et la législation relative au contrat d'assurance sont complexes et posent plusieurs problèmes de compréhension**. Il y a beaucoup d'éléments techniques qui sont difficiles à vulgariser pour le grand public, ce qui entraîne des problèmes de communication à l'égard des consommateurs (beaucoup de malentendus). 620

Parfois, les jeunes étudiants en droit, qui ont une meilleure connaissance que la population en général sur le droit des contrats, rencontrent des difficultés à comprendre certains aspects techniques des assurances. Comme on l'a déjà mentionné, le phénomène de fragmentation des connaissances fait que pour tous les individus il y a des sujets qui sont étrangers. 621

Dans les paragraphes qui suivent, nous analyserons certains aspects de l'activité d'assurance qui posent des problèmes de communication avec le grand public (A). Nous ferons quelques remarques sur la question fondamentale de déterminer si ces éléments techniques peuvent être simplifiés ou s'il s'agit au contraire d'une tâche impossible et infructueuse (B). 622

## **A. Les problèmes de communication dans le secteur des assurances**

La partie sera consacrée à présenter certains aspects de l'activité d'assurance qui entraînent de graves problèmes de communication. Notre intérêt n'est pas de dresser une liste exhaustive, mais nous voulons que le lecteur puisse comprendre le grand défi du secteur de l'assurance pour communiquer avec le grand public. 623

### **1. La base technique : une justification pour faire des discriminations ?**

L'opération d'assurance a *une base mathématique (actuarielle) qui est basée sur le calcul des probabilités et la loi des grands nombres*. Les assureurs doivent recueillir des statistiques sur les dernières années et sur la base de celles-ci, déterminer la probabilité d'apparition des risques (estimations mathématiques). 624

Elle doit également constituer une communauté d'assurés fondée sur des critères techniques, étant donné que l'opération d'assurance est un mécanisme de gestion des risques par lequel un problème individuel est transféré à une communauté homogène (un groupe de personnes exposées à un risque similaire)<sup>679 680</sup>. 625

<sup>678</sup> MASSARD p. 165.

<sup>679</sup> FONTAINE, pp. 17-20 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 10-25 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 17-35 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-58 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 21-54 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.



626 MASSARD affirme que les fondements actuariels permettent de distinguer l'opération d'assurance des spéculations hasardeuses :

*Dans la deuxième moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, PASCAL fonde la théorie moderne du calcul des probabilités et, quelques décennies plus tard, BERNOULLI énonce la loi des grands nombres, qui veut que « plus on répète de fois une expérience de nature aléatoire, plus la fréquence relative de l'événement aléatoire considéré se rapproche de la probabilité théorique de survenance de cet événement ». La science statistique, les avancées consécutives des mathématiques, ainsi que leur application pratique, soit la science actuarielle, sont les pas décisifs qui distinguent définitivement l'opération d'assurance des spéculations hasardeuses sur la mort. Il devient possible de répartir le risque sur le nombre efficacement selon des bases scientifiques. Ces progrès ont ouvert la porte à la création d'entreprises d'assurance à la solvabilité pérenne et, partant, à l'industrialisation de cette activité. Ils permettront l'essor des entreprises d'assurances au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>681</sup>.*

627 **La base technique de l'opération d'assurance justifie certaines différenciations**, telles que des différences dans les tarifs des primes, des exclusions de certains risques et des refus d'assumer certains risques de la part de l'assureur<sup>682</sup>. A cet égard SUBILA évoque que l'égalité de traitement joue un rôle marginal en droit des assurances privées en Suisse :

*L'égalité de traitement entre assurés ne joue un rôle que très marginal en matière d'assurance. Il n'existe pas, dans son principe, d'obligation légale de traiter de la même façon tous les assurés, contrairement par exemple à ce qui prévaut en matière d'assurance-maladie sociale. Le Parlement s'est refusé à inscrire des interdictions ponctuelles de discriminer dans la loi, notamment pour contrer la pratique de primes d'assurance responsabilité civile automobile différenciées en fonction de la nationalité des conducteurs. Comme en matière de droit du travail, ce n'est que sous l'angle d'un abus de droit manifeste ou de la violation de la personnalité que l'égalité de traitement pourrait être invoquée<sup>683</sup>.*

628 Deux exemples simples illustrent le grand défi :

- Dans certains pays, les femmes prennent leur retraite à un âge inférieur à celui des hommes. Cette différence de l'âge exigé pour la retraite trouve sa justification dans le temps de garde des enfants et la précarité de l'emploi chez les femmes ce qui explique qu'elles aient moins d'années de cotisation au système que les hommes. Compte tenu du fait que les femmes vivent plus longtemps que les hommes et qu'elles bénéficieront donc d'une pension pour une période plus longue, il existe une très forte justification technique pour que les deux sexes aient le même âge pour la retraite. Afin de garantir l'égalité matérielle des femmes il faudrait revoir les conditions d'octroi du droit à la pension (moins de semaines exigées pour les femmes) et non l'âge pour la retraite.
- Si les jeunes résidents étrangers ont plus d'accidents de la circulation routière, il serait techniquement justifiable qu'ils aient des primes plus élevées que la population locale du même âge. La tarification de l'assurance doit se faire en fonction du risque

---

<sup>680</sup> En Suisse, l'article 117 de l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (Ordonnance sur la surveillance, OS) établit que c'est un comportement abusif du professionnel toute inégalité de traitement importante qui ne soit pas actuariellement justifiable.

<sup>681</sup> MASSARD, p. 23.

<sup>682</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 27-36 et pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-340 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>683</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 37.

sur la base du principe « à risque accru, primes plus élevées », en constituant des groupes aux caractéristiques homogènes. Même pour les intérêts de la communauté des assurés, certains risques (mauvais risques) ne doivent pas être pris en charge par les assureurs car ils augmentent les coûts d'assurance à long terme<sup>684</sup>.

Pour la population en général, il y a des différences de traitement qui sont difficiles à comprendre et qui doivent être expliquées au consommateur pour qu'il prenne des décisions avec suffisamment d'éléments, et surtout, pour ne pas générer de fausses attentes qui le décevraient au moment du sinistre<sup>685</sup>. 629

## 2. Le mécontentement quand les assureurs font des profits

Les entreprises d'assurance gèrent les risques futurs, et ce n'est qu'à la fin de l'exercice comptable que celles-ci peuvent déterminer si les estimations initiales (les statistiques du passé utilisées pour calculer les primes) ont été conformes à la réalité. Une inversion du cycle de production est présentée car ce n'est qu'à la fin que l'on peut déterminer avec exactitude le prix réel des produits d'assurance (après paiement des sinistres respectifs)<sup>686</sup>. 630

Les propriétaires des assureurs investissent leurs capitaux en espérant que les estimations soient adéquates, et après avoir payé tous les frais (administratifs, indemnités, etc.) il leur reste un pourcentage de profit.<sup>687</sup> 631

Dans l'activité d'assurance, comme dans toute activité d'entreprise, il y a des années où le bilan est négatif et d'autres où il est positif. Dans le premier cas, les propriétaires doivent assumer les pertes, faire une analyse approfondie des motifs et envisager même des ajustements sur l'opération<sup>688</sup>. Dans le second cas, quand il y a un bilan positif, il est juste que les propriétaires profitent des bénéfices puisque l'activité d'assurance est une activité à but lucratif (les assureurs ne sont pas des entités philanthropiques) et qu'ils ont risqué leur argent. 632

En raison d'une mauvaise compréhension de l'opération d'assurance, les consommateurs ont tendance à penser que dans les années où aucun sinistre n'a eu lieu, ils ont perdu leur argent de la prime. Le raisonnement est le suivant : on a payé une prime de 1000 francs d'assurance de responsabilité automobile et on n'a rien reçu en retour pendant toute l'année. 633

De même, lorsqu'une grande tragédie se produit, il est difficile de comprendre pour le grand public pourquoi les compagnies d'assurance conservent des bilans positifs dans certains cas. 634

Pour les assureurs, il a été difficile de transmettre à la population les idées de base suivantes: 635

<sup>684</sup> FONTAINE, pp. 108-112 et pp. 238-254 ; CHAGNY/ PERDRIX, p. 28 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-185 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 89-93 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 124-128 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 354-364 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 393-407.

<sup>685</sup> Dans la France, la Belgique et la Colombie, les tribunaux constitutionnels, examinent, par exemple, si ces distinctions sont discriminatoires, c'est-à-dire, si elles violent des droits fondamentaux, en faisant une pondération des droits et des principes. FONTAINE, pp. 108-112 et pp. 239-255 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 96-99 ; PAILLER, pp. 154-159 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 337-339 ; MASSARD, pp. 113-115 ; ZARANTE, pp. 233-268.

<sup>686</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 27-36 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 88-101 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 819-1051 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 354-364.

<sup>687</sup> Par le passé, les entreprises d'assurances obtenaient une grande partie de leur profit en investissant les primes sur les marchés de capitaux (les résultats financiers), mais à l'heure actuelle cela n'est plus aussi rentable en raison de la volatilité des marchés. BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 88-101 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 819-1051.

<sup>688</sup> Les autorités de contrôle sont extrêmement attentives à la solvabilité des assureurs.

- La principale prestation offerte par l'assureur est la promesse que, si quelque chose de grave se produit, les conséquences économiques seront couvertes par l'assurance. Pour cette raison, au moment d'exposer les avantages du produit d'assurance, l'assureur doit se concentrer sur le sentiment de sécurité et de protection qu'offre le contrat d'assurance pendant la durée, et non sur l'éventuelle indemnisation que le preneur recevra en cas de sinistre (la prestation économique)<sup>689</sup>.
- Même si un produit d'assurance est excellent, c'est-à-dire qu'il a une excellente couverture et protège contre tous les risques, il est préférable de ne pas avoir besoin de se servir de l'assurance. C'est comme les médicaments qui sont achetés à domicile pour les urgences médicales, il est préférable de ne pas avoir besoin de les prendre et qu'ils expirent sans avoir été utilisés.
- Le fait que, malgré les tragédies, les assureurs aient un bilan positif montre que l'opération d'assurance (effet technique) a fonctionné à satisfaction car il y a une adéquate diversification des risques et les primes sont calculées en rapport avec les risques. La situation devient problématique si l'autorité de surveillance démontre que les bénéfices des assureurs résultent du refus indu de l'indemnisation à laquelle les consommateurs avaient légitimement droit (abus du professionnel). Dans ce cas, les assureurs doivent être sévèrement sanctionnés car ils mettent en péril l'image de l'ensemble du secteur des assurances, en particulier des assureurs de bonne foi. Malheureusement, le consommateur tend à généraliser depuis la dernière expérience négative, sans faire la différence envers ceux qui agissent de mauvaise foi (tous les assureurs sont des voleurs).

636 À notre avis, **la participation du secteur privé à la gestion des risques, n'est pas un défaut, mais permet au contraire que l'opération d'assurance soit un mécanisme durable à long terme qui complète, sans substituer, les politiques sociales des gouvernements.** Il a toutefois été très difficile d'expliquer que les bénéfices des actionnaires sont compatibles avec la fonction sociale des assurances de gérer les risques des consommateurs.

### 3. La complexité des produits d'assurance et les implications des petites décisions

637 Actuellement, les produits d'assurance sont plus complets, c'est-à-dire que dans un même contrat d'assurance sont réunies différentes couvertures. Le consommateur peut choisir des couvertures d'assurance supplémentaires en déterminant les risques à assurer ou le montant assuré entre une grande variété de « *packs d'assurance* »<sup>690</sup>. Par exemple, dans le secteur des assurances, il y a des produits d'assurance vie qui combinent des couvertures d'assurance vie et de non-vie, qui ont aussi des prévoyances libres et liées, autrement dit, la possibilité de suspendre la couverture. Par ailleurs, quelques contrats d'assurance vie sont des *contrats hybrides*, parce qu'ils ont certains éléments exogènes aux assurances, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas des couvertures d'assurance<sup>691</sup>.

<sup>689</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 17-19 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 273-276 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-82 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-34 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 283-291 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-144 ; FONTAINE, pp. 131-160.

<sup>690</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », p. 122 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; FONTAINE, pp. 391 ; BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 4-17 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 273-306 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 61-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-82 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 207-230 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 283-393.

<sup>691</sup> MASSARD, pp. 51-64 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114.

Ainsi, par exemple, dans une assurance incendie, l'assureur offre comme complément la couverture de tremblement de terre ou de vol, ou il permet au souscripteur de choisir le montant à assurer selon son budget et/ou son adversité au risque (la somme assurée)<sup>692</sup>. 638

Il est important de préciser que ce type de produits répond à un besoin actuel des consommateurs qui veulent protéger leur patrimoine avec des produits couvrant plusieurs risques (contrats intégraux) et de conformité à leurs besoins (assurance à la mesure). 639

L'idéal serait qu'un seul contrat d'assurance protège les consommateurs contre tous les risques de la vie quotidienne<sup>693</sup>. Mais ce n'est pas possible parce qu'un tel produit serait extrêmement coûteux et inaccessible à toute la population<sup>694</sup>. Compte tenu de ce qui précède, la solution intermédiaire consiste à permettre aux consommateurs de choisir leur « pack d'assurance » en fonction de leur budget et de leurs intérêts personnels.<sup>695</sup> 640

Les décisions prises par le souscripteur entraînent des conséquences importantes, en particulier dans les cas où le risque que le consommateur a décidé de ne pas assurer se produit. Dans ce cas-là, on va discuter s'il a été bien informé et s'il a eu les éléments nécessaires pour faire le choix des couvertures supplémentaires et des montants assurés. 641

Ces situations sont difficiles à gérer en raison du risque de réputation pour l'image de marque du secteur assureur. Il n'est pas facile d'expliquer à un consommateur qui se trouve dans un moment de tragédie que l'assurance ne couvre malheureusement pas le sinistre qu'il a subi. Dans l'imaginaire du consommateur, l'assurance contractée n'a servi à rien car l'assureur a refusé, en invoquant la technicité, le paiement de l'indemnité. 642

Un exemple illustre cette situation : dans une assurance incendie sont offertes comme couvertures supplémentaires 1) vol avec violence, 2) vol sans violence. Malheureusement, le consommateur a décidé de ne conclure que la couverture du vol avec violence, et un vol sans violence a eu lieu, dans l'imaginaire du consommateur, il a payé une assurance qui n'a servi à rien. 643

Les experts en assurance savent que le vol sans violence est un risque difficile à gérer pour les assureurs, étant donné qu'il y a un risque élevé de fraude (le consommateur peut s'inventer des vols pour s'enrichir). Donc, s'il est couvert, il est essentiel d'augmenter sensiblement le montant de la prime, et même, de prendre des mesures de précaution supplémentaires telles qu'un inventaire rigoureux des biens. Mais pour les consommateurs, il n'y a pas de différence entre le vol avec violence et le vol sans violence<sup>696</sup>. 644

La sélection des packs d'assurance plus adéquats pour chaque consommateur est très difficile: 645

<sup>692</sup> Il existe certaines combinaisons de prestations, qu'il n'est pas possible d'intégrer dans un même produit, car la réglementation ne le permet pas. Par exemple, les assureurs qui offrent une assurance dommages ne peuvent pas offrir de couverture d'assurance vie avec composante épargne, et s'ils le voulaient, ils devraient constituer un nouvel assureur indépendant ou faire une coassurance avec un assureur-vie.

<sup>693</sup> Le plus proche d'une telle assurance, ce sont les assurances de responsabilité civile en Suisse, qui ne se limitent pas à un type spécifique de responsabilité et qui couvrent sans limite tous les dommages causés à un tiers. Aussi l'assurance de protection juridique qui protège les assurés en cas de litiges ainsi que contre les conséquences financières d'un litige. FORNAGE, *Le contrat d'assurance protection juridique*, pp. 1-35.

<sup>694</sup> Afin de permettre l'accès à l'assurance, il est préférable d'offrir des produits à un prix bon marché, même si les couvertures sont limitées. Étant donné qu'en cas de tragédie, un grand nombre de personnes vont recevoir une aide, et pas seulement quelques privilégiés. Si l'assurance n'est pas bien répartie au sein de la population, elle peut être un facteur de discrimination et accroître les inégalités.

<sup>695</sup> Le fait que le consommateur puisse choisir à quel type de produit adhérer dans une variété de pack d'assurance (ajouter ou supprimer des couvertures et des services), ne fait pas de celui-ci un contrat de négociation individuelle. Techniquement, ce que fait l'assureur est de diviser le groupe d'assurés en plusieurs sous-groupes, mais il ne négocie pas le contrat ou les conditions de celui-ci.

<sup>696</sup> VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 518-588.

- D'abord, tous les biais cognitifs mentionnés dans la première partie de la recherche exercent une influence notable dans la prise de décision des individus.
- Deuxièmement, seulement à la fin du contrat d'assurance il est possible d'établir si le consommateur a pris une bonne décision. Car l'assurance est soumise à une obligation conditionnelle et ce n'est qu'en cas de sinistre qu'il est possible de déterminer avec précision si la police souscrite offrait une couverture suffisante ou non.
- Finalement, tous les packs d'assurance ont généralement des avantages (points forts) et des inconvénients (lacunes des couvertures ou des couvertures très faibles), c'est pourquoi il est difficile de faire une comparaison objective entre eux. De plus, il est difficile de comparer les produits ; cette affirmation est l'argument principal de certains juristes pour mettre en avant l'échec du devoir d'information<sup>697</sup>.

646 Lors de nos cours d'introduction au droit des assurances privées en Colombie, une des activités que nous faisons était de faire des analyses de polices d'assurance. Les étudiants devaient comparer les différentes polices d'assurance offertes sur le marché dans une même branche, par exemple, les assurances contre incendies. En général, la conclusion à laquelle on arrivait est qu'il est difficile de déterminer la police d'assurance la plus appropriée dans le groupe de produits de bonne qualité, et que selon les événements futurs, on saura si les petites décisions sont bonnes ou non. Cependant, nous pouvons dire qu'à la fin, la plupart des étudiants sont en mesure d'identifier les mauvaises polices d'assurance, et aussi, de comprendre les risques qu'ils prennent avec chaque police d'assurance.

647 En conclusion, **la variété des packs d'assurance augmente de manière exponentielle le problème de communication avec les consommateurs**, parce qu'il y a un certain nombre de petites décisions qui ont de grandes implications au moment de l'événement dommageable. Le défi du secteur de l'assurance est de faire en sorte que le consommateur comprenne les risques de chaque petite décision, afin qu'il ne soit pas surpris plus tard lorsqu'il est informé que l'assurance ne couvre pas certains sinistres. Dans notre exemple proposé : que le consommateur soit conscient que couvrir le vol sans violence est substantiellement plus coûteux, et décider donc de le couvrir ou non.

#### 4. La transformation du marché des assurances

648 Le marché des assurances a considérablement évolué au cours des dernières décennies. Le consommateur d'assurance est confronté à un scénario complètement différent de celui auquel il était habitué, ce qui entraîne de nombreux problèmes de communication. Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons brièvement certains changements importants et les problèmes de communication qu'ils entraînent, tels que : un marché plus concurrentiel et avec plus de produits, l'écosystème numérique des assurances, le commerce électronique et le risque du commerce illégal des assurances,

##### a. Un marché plus concurrentiel et avec plus de produits

649 Il y a quelques décennies, les marchés de l'assurance se caractérisaient par :

- D'une part, il n'y avait pas de variété de produits, étant donné que seuls certains produits spécifiques pouvaient être offerts, et en plus, les conditions générales des contrats devaient être autorisées par les autorités de surveillance. Il y avait même un contrôle tarifaire des produits.
- Par ailleurs, il n'y avait pas de forte concurrence sur le marché, étant donné qu'il y avait des monopoles pour certaines branches d'assurance (dans certains cas des monopoles d'État), les assureurs locaux se distribuaient le marché par des accords restrictifs de concurrence. Des mesures protectionnistes empêchaient l'arrivée de nouveaux acteurs étrangers ou de capitaux étrangers. Il y avait, même, parfois, une fierté

---

<sup>697</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* » ; SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 1-272 ; STRAETMANS, pp. 73-85.

nationale envers les assureurs locaux, ce qui explique que les consommateurs les préféraient<sup>698 699</sup>.

Avec la libéralisation du marché des assurances, les grands conglomérats financiers ont pu participer aux marchés locaux et traditionnels des assurances. La relation entre la libéralisation du marché de l'assurance et le devoir d'information de l'assureur a déjà été exposée<sup>700</sup>. Cependant, **il est pertinent de signaler quelques problèmes de communication qui se produisent du fait de l'arrivée de nouveaux acteurs :**

- **Nouveaux produits et pratiques commerciales étrangères :** L'arrivée d'assureurs étrangers implique l'apparition de nouveaux modèles d'affaires qui doivent être expliqués au consommateur. La diversité croissante des produits rend les décisions des consommateurs plus complexes et complique considérablement la tâche de vulgarisation des produits.
- **Le problème des mauvaises traductions et l'inadaptation culturelle des polices étrangères :** Parfois, les assureurs utilisent des polices qui ont été rédigées à l'origine dans d'autres langues et d'autres contextes sociaux et culturels. En Colombie, des situations paradoxales et absurdes se présentaient, les assureurs étrangers traduisant mal les contrats ou incorporant des clauses qui n'étaient pas adaptées au contexte du pays. Même les contrats mentionnaient parfois des risques absurdes pour la Colombie, par exemple, ils couvraient le risque d'ouragan pour des immeubles dans une ville au sommet de la montagne, ou le risque de réaliser un « trou en un » dans un jeu de golf dans un club social, et, par conséquent, devoir inviter tous les membres du club à boire de l'alcool pour célébrer (ce n'est pas une préoccupation pour la plupart des gens)<sup>701</sup>.

Le grand défi de l'arrivée de nouveaux acteurs étrangers consiste à faire une adaptation appropriée des produits étrangers, afin d'éviter que l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché ne soit traumatisante et n'augmente de manière exponentielle les problèmes d'incompréhension du consommateur d'assurance.

La croissance de certains marchés des assurances nationaux est parfois très faible, malgré de grandes lacunes de protection (la plupart des biens et des personnes ne sont pas assurés contre les risques). C'est le cas de marchés peu développés comme l'Amérique latine, où il y a malheureusement un grave problème d'accès à l'assurance<sup>702</sup>.

<sup>698</sup> Il y avait des cas où une famille assurait un immeuble pendant 50 ans avec la même compagnie d'assurance. Par exemple, les habitants du canton de Vaud en Suisse avaient un lien émotionnel avec l'assureur « *Vaudoise* », et pour les autres assureurs, il était très difficile d'entrer en concurrence.

<sup>699</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 489-630 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 47-48 ; HIRT, *Industrie et de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; PAILLER, pp. 142-147 ; FONTAINE, pp. 34-39.

<sup>700</sup> Supra. Chapitre 6.IV B. Les processus régionaux de libéralisation des marchés des assurances.

<sup>701</sup> VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1669-1730 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 119-157 ; PAILLER, pp. 125-128 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 191-234 et pp. 247-270 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 31-92 ; CHAGNY/ PERDRIX, p. 69 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, p. 72 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 71-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 Le contrat d'assurance*, pp. 227-235 LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 364-392 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; SOLA, pp. 21-219 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 292-299 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 84-87 ; VIVAS, pp. 39-80 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340.

<sup>702</sup> DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN) ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* » ; FONTAINE, p. 84.

653 Compte tenu de ce qui précède, la libéralisation est importante et indispensable car elle permet de dynamiser et d'innover les marchés traditionnels, même s'il faut gérer de multiples problèmes de communication vis-à-vis du consommateur.

## b. L'écosystème numérique des assurances

654 Actuellement, **le marché des assurances est plus complexe**, en raison de la combinaison des facteurs suivants :

- Premièrement, l'effet perturbateur des nouvelles technologies qui font apparaître de nouveaux types d'entreprises, produits et services dans le secteur (« *Insurtech* »). À l'heure actuelle, les entreprises technologiques et les nouvelles startups, seules ou en partenariat avec les compagnies d'assurance traditionnelles, créent de nouvelles plateformes en utilisant les nouveaux outils technologiques (*blockchains, big data, cloud computing, machine Learning*). Celles-ci sont en concurrence ou complètent le système traditionnel du marché des assurances.
- Deuxièmement, les profonds changements dans les besoins des consommateurs qui veulent des produits et des services complets. Il y a même des personnes qui acceptent le partage de leurs *données personnelles* pour le développement de produits adaptés à leurs besoins personnels (assurance sur mesure).
- Troisièmement, la pandémie du COVID 19 a entraîné une numérisation accélérée de la distribution et de la prestation d'assurance qui tend actuellement à perdurer dans le temps.
- Finalement, la consolidation des groupes d'entreprises capables de fournir des services complets, étant donné qu'ils sont composés d'entreprises de nature différente<sup>703</sup>.

655 Pour illustrer le nouvel aperçu du marché de l'assurance, les CEO, les membres des conseils d'administration et les managers ont utilisé *le concept d'écosystème numérique (Ecosystem)*. Ce modèle part de l'hypothèse qu'il existe un réseau complexe de facteurs, de participants et de connexions multiples, mais il faut se concentrer sur la satisfaction du client (l'expérience du consommateur) en offrant un service complet, personnalisé et simple. Autrement dit, les acteurs de l'écosystème doivent s'unir pour créer un effet de réseau articulé. Voici une explication du concept :

*En écologie, un écosystème est défini comme une communauté d'organismes vivants qui sont en interaction constante les uns avec les autres et avec le monde physique environnant. La matière vivante façonne différents niveaux dans la chaîne alimentaire, du producteur au consommateur primaire jusqu'au consommateur secondaire).*

*Le concept d'écosystème dans les entreprises a été adopté à la suite de l'article de James Moore) dans la Harvard Business Review de 1993, avant même l'ère d'Internet. La définition d'un écosystème d'entreprise n'est pas loin de celui de la nature, car elle est basée sur un système de différentes entreprises interprofessionnelles travaillant ensemble pour créer de la valeur pour les consommateurs. Les clients jouent un rôle central dans la création d'un écosystème, car les offres des différents acteurs ne fonctionnent qu'avec une approche fortement centrée sur le client. L'interaction non coordonnée d'offres individuelles n'est pas attrayante pour les clients.*

*Dans de tels écosystèmes, tous les organismes ou entreprises seront performants tant qu'ils interagissent les uns avec les autres et travaillent à un objectif com-*

---

<sup>703</sup> VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; HERRERA, pp. 121-144 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

*mun, c'est-à-dire à une promesse de valeur commune. Le résultat profitera à de nombreuses parties prenantes en élargissant l'offre de produits, en augmentant le confort*<sup>704</sup>.

Il est important de souligner que l'écosystème numérique se concentre sur la satisfaction du client, de sorte qu'il y a une répartition du travail interne entre les acteurs de l'écosystème, sans que cela doive être expliqué en détail au client final : 656

*L'écosystème est plus grand que la somme de toutes les parties individuelles : la puissance d'un grand écosystème réside dans sa nature complémentaire. Par exemple, toutes les entreprises ne sont pas obligées de proposer toutes les parties d'une solution d'assurance. Cela permet à tous les membres d'un écosystème de se concentrer sur la fourniture d'un service orienté vers le client dans le domaine défini. En tant que participant, on bénéficie directement des compétences des partenaires sans avoir à les développer en interne*<sup>705</sup>.

Nous devons admettre qu'il a été extrêmement difficile de comprendre cette nouvelle terminologie. En outre, il est extrêmement prématuré de déterminer ses conséquences sur les relations contractuelles (y compris le devoir d'information de l'assureur) et leur durabilité à long terme. **Notre expérience dans le secteur nous a montré qu'il existe des schémas et des explications qui deviennent momentanément à la mode, mais qui par la suite ne sont plus utilisés (modes passagères).** 657

Nous avons brièvement mentionné cette nouvelle terminologie car nous considérerons que ce type de changements sur le marché des assurances entraîne des problèmes de communication pour le consommateur, puisqu'il faut attendre un certain temps pour son assimilation. On ne peut pas négliger le fait que ces schémas ont été créés dans le but d'améliorer l'expérience du consommateur et de fournir un meilleur service. 658

### **c. Le commerce électronique et le risque de commerce illégal des assurances**

Le commerce électronique permet *les transactions transfrontalières*, c'est-à-dire, les assureurs étrangers peuvent commercialiser leurs produits sans être physiquement présents sur un territoire donné. L'internet est un énorme marché sans frontières nationales, dont le contrôle est extrêmement difficile<sup>706</sup>. 659

L'activité d'assurance est fortement surveillée. C'est pourquoi *le commerce électronique* par des assureurs étrangers sans présence physique dans le pays de la prestation du service est fortement interdit ou limité<sup>707</sup>. C'est ainsi que : 660

- Dans beaucoup de pays, y compris la plupart des pays de l'Amérique latine, la commercialisation en ligne d'assurances par des assureurs étrangers sans agrément de l'autorité de surveillance et bureau (présence physique) dans le pays de la prestation du service est interdite. Toutefois, il y a quelques exceptions dans quelques branches d'assurance, telles que l'assurance voyages, l'assurance santé internationale pour les étudiants étrangers, réassurance, transport maritime<sup>708 709</sup>.

<sup>704</sup> HAUK/ KEEL/ DORFMAIER, *Les écosystèmes comme futur moteur de la croissance*, p. 5.

<sup>705</sup> HAUK/ KEEL/ DORFMAIER, *Les écosystèmes comme futur moteur de la croissance*, pp. 2-3.

<sup>706</sup> FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 216-219 ; FONTAINE, pp. 174-178 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 229-235 et pp. 304-311.

<sup>707</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 55-60 ; BIGOT et al., *Tome1: Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-1110 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 83-114 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; SPANGLER, pp. 6-70 ; PAILLER, pp. 1-184.

<sup>708</sup> Par exemple, en Colombie, les articles 61 à 65 de la Loi 1328 de 2009.



Cependant ce contrôle de la commercialisation illégale en ligne est difficile à mettre en œuvre dans la pratique. En effet, lorsque les autorités ordonnent la cessation de la commercialisation illégale d'assurances, il est malheureusement trop tard car un grand nombre de consommateurs ont contracté ces assurances (les mesures arrivent trop tard).

- Dans l'Union européenne, le commerce transfrontalier est autorisé pour les assureurs européens avec un agrément délivré par une autorité de surveillance d'un État membre de l'Union car un grand marché intérieur de l'assurance a été créé. C'est pour cela que les assureurs européens peuvent offrir leurs produits sans présence physique (bureau) et sans l'exigence de demander une autorisation supplémentaire dans les autres pays de l'Union européenne. Il existe un système de licence unique et de reconnaissance mutuelle des agréments délivrés par les autorités de surveillance nationales, qui fonctionne comme un passeport dans l'ensemble de l'espace économique européen<sup>710</sup>.

Il faut préciser que la libre prestation des services n'est pas totale, il y a une obligation d'annoncer l'ouverture d'activités dans le pays étranger et certaines conditions et garanties doivent être remplies pour protéger les consommateurs locaux. La Cour de justice européenne a limité la libre prestation des services à travers la notion d'intérêt général. PAILLER exprime à cet égard :

*Réserve spécifique de l'intérêt général. La réserve de l'intérêt général, qui autorise des atteintes aux principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services, est classique ; elle ne connaît pas, toutefois, de définitions dans les textes européens. Il s'agit en effet d'une construction jurisprudentielle de la Cour de justice qui présente un caractère évolutif et non fermé. En matière d'assurance, la Commission a adopté une communication interprétative destinée à compléter les directives de troisième génération, intitulée « Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances », sur le modèle de celle adoptée en matière bancaire. D'une part, ce texte a vocation à clarifier la frontière entre les domaines de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, même si les enjeux ont été réduits avec l'uniformisation des régimes. D'autre part, il établit des critères afin de déterminer si une disposition nationale est conforme à l'exception tenant à l'intérêt général, qui doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, le droit des assurances connaissant un intérêt général particulier qui consiste dans la protection du preneur d'assurance. La Commission énonce des critères cumulatifs classiques en droit européen : la disposition doit relever d'un domaine non harmonisé ; elle poursuit un objectif d'intérêt général ; elle n'est pas discriminatoire ; elle est objectivement nécessaire ; elle est proportionnée à l'objectif poursuivi ; cet objectif d'intérêt général n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est déjà soumis dans l'État membre où il est établi. La Commission propose, dans une finalité purement interprétative, une série d'illustrations dans le domaine des assurances. Cette réserve tenant à l'intérêt général est toujours d'actualité, la directive Solvabilité II, qui reprend les dispositions relatives au droit d'établissement et à la libre prestation de services, s'y référant toujours<sup>711</sup>,*

661

**Le commerce électronique d'assurances implique la nécessité pour le consommateur de recevoir des informations supplémentaires qui sont difficiles à vulgariser. On peut**

<sup>709</sup> ARIZA FORTICH, pp. 183-198 ; BOTERO, pp. 184-201.

<sup>710</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 42-45 ; PAILLER, pp. 1-27 ; VAN HULLE, pp. 12-31 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 53-66 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 72-111 ; FONTAINE, pp. 24-61.

<sup>711</sup> PAILLER, pp. 8-9.

citer à titre d'illustration trois aspects pertinents sur lesquels le consommateur doit être informé dans ce type de commerce :

- La transparence sur l'identité et la localisation de l'entreprise fournissant des services transfrontaliers : l'assureur international doit informer correctement le preneur de ses coordonnées et son représentant dans le pays du consommateur pour l'exécution des obligations contractuelles (le soutien en cas de sinistre).
- Les communiqués de presse avertissant le public sur la commercialisation illégale des assurances : lorsque les autorités de surveillance détectent un commerce illégal d'assurances par des entités non autorisées, elles devraient immédiatement ordonner la cessation des activités et fermer immédiatement la plateforme. Mais, elles doivent, également, lancer immédiatement une campagne d'information de masse pour avertir le public de cette situation. En Colombie, l'autorité de surveillance publie des communiqués de presse sur la vente illégale d'assurances par des sociétés non autorisées.
- Avertissement concernant l'usurpation et l'utilisation abusive du nom des assureurs : il existe des cas d'entreprises frauduleuses et criminelles qui créent de fausses plateformes de commercialisation d'assurances, où elles escroquent les consommateurs. Pour ce faire, ils utilisent abusivement les noms des assureurs et des fédérations d'assureurs. Lorsque les assureurs se rendent compte de l'usurpation de leur nom, ils portent plainte et publient des communiqués publics pour informer le consommateur afin qu'il ne tombe pas dans l'escroquerie. Cela conduit à une situation extrêmement paradoxale car l'assureur doit non seulement informer les consommateurs sur ses produits, mais aussi les informer lorsque d'autres entreprises escroquent des consommateurs en utilisant son nom.

Le commerce d'assurance en ligne est une nouvelle expérience pour la plupart des consommateurs d'assurance. Comme il sera exposé ultérieurement, l'utilisation de ces nouveaux canaux de distribution a été forcée par la pandémie du COVID 19. Il n'y a qu'une petite partie de la population, les nouvelles générations qui connaissent parfaitement l'écosystème numérique<sup>712</sup>.

662

Parfois, même le droit de la consommation se préoccupe des personnes qui ne s'adaptent pas aux nouveaux canaux de distribution des assurances. C'est pour cela que lorsque la loi autorise l'utilisation des nouvelles technologies, par exemple la transmission électronique des documents contractuels, le consommateur traditionnel est autorisé à demander l'utilisation du canal de communication traditionnel (l'envoi des documents sous forme physique et par courrier postal)<sup>713</sup>. Par exemple dans le Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance SUVILA fait allusion à l'envoi du contrat et des conditions générales d'assurance par la forme textuelle :

663

*D'aucuns ont souligné que la forme textuelle risquait de poser des difficultés accrues pour les assurés peu rompus aux moyens de communication électronique, en particulier les personnes âgées. Pour sérieuse que puisse être cette préoccupation, il convient de garder à l'esprit que l'on ne peut adresser un courrier électronique, un SMS ou un autre message électronique à quelqu'un qui ne dispose pas d'un compte à cet égard. L'assuré qui n'a pas de téléphone portable ne court aucun risque de recevoir un SMS et l'on peut raisonnablement partir de l'idée que celui qui s'est constitué une boîte de messagerie électronique sera apte à l'utiliser. La difficulté principale viendra pour nous du peu de lisibilité que représente l'écran d'un petit téléphone si le texte envoyé est particulièrement long. La loyauté commerciale devrait permettre d'exiger qu'un SMS (dont il ne faut pas oublier qu'il signifie short message service, même si l'on peut expédier aujourd'hui des SMS virtuellement sans limites de taille) ne contienne qu'une in-*

<sup>712</sup> Supra. Chapitre 6.XI.B la pandémie mondiale du covid-19.

<sup>713</sup> Dans nos études en Suisse, il n'a pas été facile de nous adapter à un pays où le courrier postal continue d'avoir une importance et une utilisation constante dans la vie quotidienne. Le droit protège ces pratiques qui, pour nous, étaient dépassées et auxquelles nous avons dû forcément nous adapter.

*formation brève ; à défaut de cela, il devrait, selon nous, être permis à l'assuré de se prévaloir du caractère insolite d'une communication complexe par un moyen inadapté dans la même mesure qu'on peut faire échec à des conditions spécifiques volontairement rédigées en caractères plus petits et ainsi rendus peu lisibles?*<sup>714</sup>

#### d. La synthèse

664 Les experts en assurance qui ont suivi la transformation du marché des assurances peuvent mieux comprendre les nouveaux modèles d'affaires qui en découlent, cependant, pour les consommateurs communs qui sont habitués au marché précédent, il est extrêmement difficile de l'assimiler, notamment les nouveaux produits proposés sur le marché. C'est pourquoi l'industrie des assurances doit faire face au grand défi d'expliquer cette transformation au grand public.

### 5. Les notions particulières du droit des assurances privées

665 En droit des assurances, **il existe un grand nombre de notions spéciales et différentes d'autres disciplines**, comme c'est le cas de : les exclusions, les garanties, les déductibles, les franchises, les aggravations du risque, la supra assurance, l'infra assurance, la détermination des primes d'assurance, entre autres.

666 Les deux exemples les plus illustratifs de la complexité des notions techniques de l'assurance sont : la notion de risque et la tarification des assurances :

#### a. La notion de risque

667 *La notion de risque* dans le contrat d'assurance est extrêmement technique et difficile à comprendre<sup>715</sup>. De plus, malheureusement, les consommateurs sont fortement influencés par leurs biais cognitifs et leur aversion au risque, de sorte que, selon les circonstances, ils peuvent sous-estimer ou surévaluer les risques<sup>716</sup>. BORY dit à ce sujet :

*Une estimation erronée des risques influence de manière perverse le processus décisionnel. Dans le domaine des assurances, aléatoire par nature, de tels biais cognitifs peuvent effectivement conduire les assurés à prendre des choix contractuels contraires à leurs intérêts. Les individus sont en outre largement affectés par les événements qui les entourent et les expériences récentes qu'ils ont vécues ou celles qui leur ont été rapportées par des personnes issues de leur environnement social. La tendance à contracter une assurance contre les dégâts d'eau sera ainsi beaucoup plus élevée à la suite d'inondations, alors que les personnes qui vivent dans des zones à risque seront moins enclines à contracter une telle assurance s'il n'y a pas eu de cas dans un passé récent.*

*En d'autres termes, les éléments retenus dans la mémoire vive, comme les expériences récentes, seront surestimés dans le processus décisionnel par rapport aux risques objectifs, tels que les informations découlant de statistiques. Dans la même logique, les gens seront plus sensibles aux risques particulièrement ef-*

---

<sup>714</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 39.

<sup>715</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 287-316 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 126-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 731-909 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 277-352 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-340 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 522-965 ; FONTAINE, pp. 301-325 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>716</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-185.

*frayants ; ils seront ainsi prêts à payer le même prix une assurance spécifique contre les risques liés au terrorisme et une assurance plus générale qui couvre non seulement les risques liés au terrorisme, mais également de nombreux autres risques*<sup>717</sup>.

## b. La tarification des assurances

Également, la détermination des primes d'assurance est soumise à un grand nombre de facteurs et de circonstances difficiles à comprendre pour le consommateur<sup>718</sup>. CHAGNY/ PERDRIX l'expliquent :

668

*Détermination des primes. Reposant sur une mutualisation des risques, l'opération d'assurance exige de la part de l'assureur une détermination précise et raisonnée des primes, afin de pouvoir faire face à l'ensemble des préjudices à indemniser. Ne pouvant naturellement connaître à l'avance le montant des sommes qu'il devra engager pour faire face aux sinistres, l'assureur a recours à un calcul de probabilités. Ce calcul de probabilités n'est toutefois probant que si les statistiques utilisées par l'assureur sont correctement établies. Cela suppose, d'une part, qu'elles portent sur une multitude de cas (il est en effet difficile d'avoir des statistiques fiables à partir d'un petit nombre de cas), d'autre part, qu'elles recensent des risques de même nature (par exemple, les statistiques des accidents de la circulation sont ventilées en fonction de la puissance de la voiture, de son utilisation, de l'âge du conducteur, ou encore de son rattachement géographique) en excluant les risques trop exceptionnels pour être significatifs.*<sup>719</sup>.

Dans le même sens, BORY évoque à cet égard la difficulté pour le consommateur de comprendre la détermination des primes :

*Dans le domaine des assurances, les variations importantes en matière de prix et de qualité des produits offerts, ajoutées au fait que les polices définissent régulièrement les risques couverts et les modalités contractuelles en termes ambigus, rendent le choix des preneurs d'assurance difficile. D'une part, la fixation des prix dépend de paramètres évolutifs, tels que les antécédents des preneurs d'assurance, l'étendue de la couverture souhaitée, le montant de la franchise. D'autre part, le prix est libellé sous la forme de primes, soit un calcul complexe qui consiste en une capitalisation répartie mensuellement ou annuellement des risques liés à des événements futurs et généralement hautement incertains.*

*Dans un tel contexte, il est particulièrement compliqué pour un citoyen ordinaire de comparer les offres et prendre une décision éclairée. D'autant plus que l'individu qui reconnaît son incapacité à obtenir les informations pertinentes et à les analyser de manière efficace sera méfiant à l'égard du marché et souvent découragé de se plonger dans l'exercice exigeant de la comparaison des polices d'assurance*<sup>720</sup>.

<sup>717</sup> Ibid., pp. 184-185.

<sup>718</sup> FONTAINE, pp. 108-112 et pp. 238-254 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 28 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-185 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 89-93 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 124-128 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 354-364 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 393-407.

<sup>719</sup> CHAGNY/ PERDRIX, p. 28.

<sup>720</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-185.

### c. Le régime juridique spécifique du devoir d'information de l'assureur

669 En considération des notions particulières, le régime juridique spécifique du devoir  
d'information de l'assureur prévoit la manière d'informer les consommateurs de ces con-  
cepts et des éléments sur lesquels il faut attirer l'attention de ceux-ci pour qu'ils prennent  
des décisions.

670 Il existe généralement *une liste exhaustive des informations* que doit recevoir le preneur  
d'assurance et des formalités et conditions que doit respecter l'assureur<sup>721</sup>. Par exemple, en  
Suisse, comme le dit MASSARD :

*L'art. 3 LCA dresse une liste exhaustive d'informations que l'assureur doit re-  
mettre au proposant avant la conclusion. La forme doit être celle d'un écrit ou  
de tout moyen permettant d'en apporter la preuve par un texte. Au-delà du mo-  
ment et de la forme, la loi ne contient d'autre exigence à propos du document  
dans lequel les informations figurent. Les informations de l'assureur peuvent  
ainsi figurer dans la proposition, dans un prospectus d'informations spécifique  
annexe ou dans les CGA, qui, tous trois, revêtent par nature la forme de texte*<sup>722</sup>.

671 Certains de ces éléments techniques sont essentiels pour la prise de décision du consomma-  
teur, étant donné qu'ils auront une grande importance au moment du paiement de  
l'indemnisation. En d'autres termes, au moment le plus complexe, lorsqu'une tragédie s'est  
produite, les caractéristiques du contrat d'assurance vont jouer un rôle fondamental.

672 **L'assureur a la tâche difficile d'expliquer au consommateur un grand nombre  
d'éléments techniques de l'opération d'assurance (simplifier les concepts).** D'autre part,  
il doit sélectionner les informations pertinentes car, comme cela a été mentionné à plusieurs  
reprises, la surabondance d'informations viole le devoir d'information et fait qu'elle  
n'atteint plus son but.

673 Pour illustrer la complexité du défi de vulgarisation des informations techniques perti-  
nentes, il est important d'évoquer deux exemples très significatifs : le document  
d'information sur les produits d'assurance et la discussion absurde concernant la première  
page du contrat d'assurance.

674 *Le document d'information sur les produits d'assurance* : l'un des développements récents  
introduits dans la DDA est l'incorporation du document d'information sur les produits  
d'assurance. La fiche standardisée s'applique aux assurances non-vie et vise à informer le  
consommateur sur les éléments essentiels du contrat et à permettre la comparaison des pro-  
duits. Le document a été élaboré à partir d'études sur le comportement des consommateurs  
et c'est un document qui utilise des images et des graphiques pour améliorer la compréhen-  
sion du consommateur<sup>723</sup>.

675 Les auteurs ont reconnu l'importance de l'utilisation des études de comportement pour  
l'élaboration de documents juridiques, mais ils se sont déclarés soucieux du fait que toutes

---

<sup>721</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/  
PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir  
d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la  
liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat  
d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-  
2064 ; POILLOT, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le  
contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-  
126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281.

<sup>722</sup> MASSARD p. 164

<sup>723</sup> SOLA, pp. 79-89 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; PAILLER, pp. 179-180 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ;  
BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; MARANO, « *Insurance Distribution  
directive* ».

les informations importantes devaient être synthétisées et placées en deux pages seulement. Ces auteurs affirment qu'il est physiquement impossible de synthétiser certains contrats d'assurance aussi complexes en si peu de pages, et ils craignent que cette réglementation ne soit utilisée à des fins abusives par le consommateur<sup>724</sup>.

*La discussion absurde concernant la première page du contrat d'assurance* : en Colombie, la réglementation stipule que les exclusions sont tellement importantes qu'elles doivent apparaître en caractères lisibles sur la première page de la police d'assurance<sup>725</sup>. La réglementation à l'époque (il y a 30 ans) visait à éradiquer une mauvaise pratique de certains assureurs colombiens, pas tous, qui consistait à nier les sinistres en utilisant une exclusion écrite en petits caractères, qui se trouvait en bas de page d'un contrat d'assurance très long. 676

En ce qui concerne l'interprétation du texte juridique, il y a deux grandes positions : 677

- Ceux qui interprètent la disposition de manière littérale, de sorte que, sur la base de cette règle, toute exclusion (générale ou particulière) que l'assureur veut invoquer doit être physiquement et complètement rédigée sur la première page, par conséquent, si elle n'apparaît pas ainsi, il peut être demandé aux juges de ne pas appliquer l'exclusion dans le cas d'espèce (inefficacité).
- Les juristes qui déclarent que la disposition doit être appliquée de manière moins radicale, de sorte que seules les exclusions générales doivent être en lettre lisible à partir de la première page (dans les premières pages). Le contrat d'assurance est un contrat complexe. Il est donc impossible de mettre toutes les exclusions sur la première page, d'autant plus que d'autres dispositions prévoient une grande quantité d'informations sur cette page<sup>726 727</sup>.

De notre point de vue, la discussion doit évoluer et se concentrer sur les solutions de fond au problème de l'asymétrie de l'information. C'est pourquoi l'analyse doit porter sur l'exécution matérielle du devoir d'information, et non sur l'emplacement des exceptions dans la première page du contrat d'assurance. 678

Par exemple, il faut incorporer immédiatement les nouvelles tendances dans la vulgarisation de l'information pour informer le consommateur dans le droit des assurances privées. C'est plus efficace d'utiliser « *le légal design* » et les études comportementales, qu'une législation qui prévoit que les exceptions doivent être écrites en caractères lisibles à partir de la première page. 679

Pour illustrer le lecteur sur la grande quantité d'informations à expliquer au consommateur et les graves problèmes de communication qui peuvent résulter de la saturation de l'information, nous allons faire une brève énonciation de l'information à expliquer dans un contrat d'assurance : 680

- Les principaux éléments du contrat d'assurance.
- L'identité de l'assureur.
- Les risques assurés.
- L'étendue de la couverture d'assurance.
- Les éléments techniques importants de l'opération, tels que ; les exclusions, les garanties, les déductibles, les franchises, les aggravations du risque, la supra assurance, l'infra assurance, entre autres.
- La nature de la couverture, c'est-à-dire, la question de savoir s'il s'agit d'une assurance de sommes ou d'une assurance dommages.
- Les primes dues.
- Les autres obligations du preneur d'assurance.

<sup>724</sup> MARANO, « *Insurance Distribution directive* ».

<sup>725</sup> L'article 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF)

<sup>726</sup> VÁSQUEZ, pp. 25-38.

<sup>727</sup> Actuellement, la Cour Suprême de Justice vient de prendre une décision en assumant cette dernière position, affirmant que les exceptions doivent apparaître de manière continue à partir de la première page et avec des caractères lisibles.

- La durée et la fin du contrat d'assurance.
- Les informations sur les droits patrimoniaux du preneur (les méthodes, les principes et les bases de calcul régissant la distribution des excédents et la participation aux excédents).
- Les valeurs de rachat et de transformation.
- Les informations sur le traitement des données personnelles.
- Les informations sur un droit formateur, par exemple le droit de révocation
- Le délai de remise de l'avis de sinistre et de prescription.
- La validité dans le temps de la couverture d'assurance.
- Les informations sur les obligations et autres devoirs du preneur<sup>728</sup>.

681 **L'une des critiques récurrentes du devoir d'information consiste précisément à ce qu'il y a des excès dans la quantité d'informations, c'est-à-dire, une disproportion (l'équilibre a été perdu).** Par exemple en Belgique, les critiques de la réglementation parlent du *bombardement législatif*, et comment l'assureur est tenu de fournir plus de 127 informations au consommateur. En outre, on affirme que ce devoir est totalement inefficace, étant donné que le consommateur est surchargé d'informations qui ne répondent pas aux objectifs initialement prévus (beaucoup d'informations trompent le consommateur et sont inefficaces)<sup>729</sup>.

682 Chaque juriste peut réaliser un bilan de la normativité de son pays et déterminer si l'équilibre a été perdu. **Toutefois, notre expérience montre qu'en matière de droit de la consommation, il y a un paradoxe parce que l'information que doit fournir le professionnel est toujours un fardeau disproportionné pour les uns (les professionnels) et totalement insuffisant pour les autres (consommateurs).**

## B. Nos réflexions sur l'efficacité d'informer les consommateurs d'assurance

683 Après avoir montré les multiples problèmes de communication avec le consommateur, une question importante se pose : **est-il inefficace d'expliquer le complexe contrat d'assurance ? Est-ce que c'est inutile ?** BORY, dans son analyse du devoir d'information de l'assureur comme intervention protectrice illustrative, se pose la même question<sup>730</sup> :

*L'asymétrie d'information et les biais cognitifs renforcent le déséquilibre des forces de négociation qui marque généralement le contrat d'assurance. Nombreux sont en effet les cas où l'assureur est un professionnel et le preneur d'assurance un consommateur. La formulation des prix et la détermination des prestations contractuelles (risques couverts, calcul variable des primes, franchises, etc.) sont hautement complexes pour un profane. Même lorsque les informations pertinentes sont communiquées aux preneurs et simplifiées - ce qui doit être salué, il est reconnu que des connaissances et des outils intellectuels qui seraient nécessaires pour une bonne interprétation et négociation contractuelle leur manquent<sup>731</sup>.*

---

<sup>728</sup> MASSARD, pp. 166-169 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; POILLOT, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281.

<sup>729</sup> FONTAINE, p. 299.

<sup>730</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-189.

<sup>731</sup> *Ibid.*, pp. 188.

Finalement, BORY arrive à la conclusion que l'obligation d'information constitue une amélioration de la situation, mais celle-ci est insuffisante. C'est pourquoi il faut incorporer les études des sciences comportementales et prendre en considération la rationalité limitée des preneurs d'assurance :

684

*L'obligation d'informer constitue une amélioration de la situation, mais demeure insuffisante pour satisfaire au principe du Conseil fédéral, selon lequel « il est nécessaire de restreindre la liberté des conventions toutes les fois que les parties en présence n'ont pas, comme dans les assurances maritimes et les réassurances, ou une égale puissance économique ou une égale expérience des affaires ». Pour renforcer le caractère juste et utile de la relation contractuelle, l'intervention devrait effectivement prendre en compte les déficits de rationalité par-delà l'obtention de l'information, à savoir les capacités objectives de traitement des informations reçues par les assurés ; les risques d'information overload et le manque de temps ou de compétences pour les traiter nous apparaissent encore très importants<sup>732</sup>.*

Notre opinion à ce sujet est la suivante :

685

- Le devoir d'information de l'assureur ne vise pas à rendre le consommateur expert en assurances. Il prétend uniquement, dans certaines décisions importantes, à ce que le consommateur dispose d'informations supplémentaires (une aide) pour donner son consentement. Parfois, la grande erreur c'est que l'on surestime en créant attentes au-delà des capacités des remèdes.
- Il serait idéal de réaliser de grandes transformations, c'est-à-dire que les consommateurs d'assurance prennent des décisions en connaissance de cause, mais il est important de souligner les petits changements. Ces dernières années, nous avons remarqué que certains termes de l'opération d'assurance ont été progressivement assimilés et incorporés dans le langage quotidien du grand public. En Suisse, par exemple, il est fréquent que des personnes connaissent et utilisent quelques termes, par exemple les individus connaissent la notion « franchise » fruit de plusieurs années d'expérience dans la souscription de l'assurance maladie.
- L'existence de problèmes de communication est la preuve du besoin des remèdes à l'asymétrie de l'information. Tant qu'il n'y ait pas de solution plus efficace, le devoir d'information doit continuer à être utilisé contre l'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance. De plus, le perfectionnement d'autres remèdes n'implique pas la disparition du devoir d'information. Nous considérons également qu'il y aura toujours une information à transmettre et à vulgariser au preneur d'assurance.
- Les remèdes ne sont pas parfaits, mais cela ne signifie pas qu'ils doivent être totalement abolis. L'éducation en assurances doit se concentrer sur l'amélioration des problèmes de communication, mais il serait utopique de penser que tous les problèmes de communication seront résolus et qu'un système parfait sera mis en place.
- En outre, le devoir d'information de l'assureur est un outil, basé sur le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire, les personnes décident de l'utiliser ou non. Le fait que les consommateurs souhaitant protéger leurs intérêts, obtiennent les informations dont ils ont besoin est déjà une contribution importante.

Finalement, nous sommes conscients que la technique d'assurance comprend beaucoup d'éléments techniques qui sont souvent difficiles à saisir de la part du grand public. Mais cela en fait un grand défi pour les professeurs d'assurances et le secteur en général. Aujourd'hui, il y a beaucoup de gens qui travaillent de bonne foi, avec passion pour résoudre les graves problèmes de communication et de vulgarisation des connaissances en assurances. Il faut donc reconnaître ces petits progrès.

686

<sup>732</sup> Ibid., pp. 188 -189.



## VI. L'intensité de la réglementation sur le devoir d'information de l'assureur

687 Dans la partie suivante, nous allons montrer que l'activité de l'assurance a *une intensité spéciale dans la réglementation du devoir d'information* et en général dans la protection du consommateur. À cette fin, il est convenable, dans un premier temps, de présenter les raisons de cette intensité. Deuxièmement, nous allons illustrer comment certaines entreprises, bien qu'elles réalisent des opérations très similaires à l'opération d'assurance, cherchent à échapper à la réglementation en matière de protection, ce qui illustre clairement l'intensité de la réglementation. Enfin, nous exposerons en quoi consiste l'intensité de la réglementation du devoir d'information de l'assureur.

### A. Les motifs de l'intensité de la normativité

688 La plupart des pays ont choisi le modèle du marché qui respecte *la liberté d'entreprise*. Bien que l'activité d'assurance soit à but lucratif (une activité commerciale), il existe de nombreuses *limitations à la liberté d'entreprise*, étant donné qu'il s'agit d'une activité d'intérêt public fortement surveillée par une autorité<sup>733</sup>.

689 Dans l'activité d'assurance, il existe *une mutualité (une communauté d'assurés)*, dont les intérêts doivent être protégés, fondée sur *le principe que les intérêts collectifs prévalent sur les particuliers*. Les assureurs sont fortement surveillés par l'État, puisqu'ils gèrent les primes d'un grand groupe d'assurés. Il faut donc garantir que ces assureurs répondent aux exigences de solvabilité, constituent les réserves adéquates, répartissent le risque, effectuent des investissements financiers appropriés (rentabilité financière), sélectionnent correctement les risques, réalisent un paiement adéquat des indemnités (uniquement les indemnités auxquelles les bénéficiaires ont droit) et surtout ne déçoivent pas la confiance des consommateurs<sup>734</sup>.

690 L'assurance est *un mécanisme de gestion des risques* qui donne confiance aux consommateurs dans l'avenir car il crée un sentiment de protection contre le risque (de sécurité)<sup>735</sup>. BRULHART l'explique :

*1. Le contrat d'assurance privée se distingue des autres contrats de consommation en ce que la prestation de l'assureur, au jour de la conclusion du contrat, consiste en une promesse : celle de couvrir les conséquences d'un sinistre qui trouve son origine dans la survenance d'un risque couvert par le contrat. Elle est généralement connue sous la dénomination de garantie... C'est sur ce dernier point que doit porter l'attention : la garantie est une prestation d'autant plus difficile à saisir qu'elle est parfois invisible. On constate bien souvent dans des contrats de longue durée sans sinistre que le preneur attend une contribution tangible de l'assureur : on jugera sinon que l'engagement n'a pas été respecté. Or, cette appréciation est injustifiée, puisque pour être en mesure d'offrir la garantie, l'assureur doit mettre à contribution son appareil. C'est bien là sa prestation, et c'est à cette condition qu'il peut, cas échéant, intervenir en cas de*

---

<sup>733</sup> MARTENET/ HEINEMANN, pp. 17-50 ; HUG, pp. 87-118 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>734</sup> BRULHART, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, pp. 77-98 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; LOPEZ, pp. 23-78 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 55-60 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-1110 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 83-114 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; SPANGLER, pp. 6-70 ; PAILLER, pp. 1-184 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 27-36 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; KHOURY, pp. 17-30.

<sup>735</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36.

<sup>735</sup> FONTAINE, pp. 11-13 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 3-41 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-15.

*sinistre et par conséquent offrir la sécurité attendue. Mais il reste que l'appréciation du rapport prestations/ contre-prestation ne s'impose pas d'emblée ; il requiert une analyse du contrat et de sa nature.*

*2. De surcroît, cette garantie repose sur un mécanisme hautement technique que le plus souvent les preneurs d'assurance ne maîtrisent pas. Ils sont par conséquent démunis au moment d'apprécier le rapport entre le montant de la prime et le risque souscrit. Par ailleurs, la définition du risque elle-même n'est de loin pas toujours comprise. Enfin, le contrat repose sur des conditions générales longues, parfois difficilement compréhensibles<sup>736</sup>.*

Cette promesse de l'assureur a trois éléments très particuliers :

691

D'abord, le contrat repose sur une promesse liée à un élément aléatoire et futur (l'occurrence du sinistre)<sup>737</sup>. CHAGNY/ PERDRIX expriment à cet égard :

692

*Le contrat d'assurance est enfin, et surtout, un contrat aléatoire, au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil. Du reste, ce dernier texte, qui définit le contrat aléatoire comme une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain, mentionne le contrat d'assurance au sein d'une liste illustrative de contrats de ce type.*

*S'il est vrai que l'assureur recourt aux techniques statistiques afin de mutualiser les risques sur l'ensemble des garanties accordées et s'efforce ainsi de maîtriser l'aléa dans son activité, cela ne remet pas en cause le caractère aléatoire de chaque contrat d'assurance. Dans la relation bilatérale envisagée isolément, ni l'assureur, ni le souscripteur ne peuvent savoir, lors de la formation du contrat, qui supportera une perte ou réalisera un gain, ceci étant dans la dépendance d'un événement ou d'un dommage incertain. Il importe cependant de préciser que l'aléa existe, non seulement lorsque le risque assuré est incertain dans sa réalisation, mais aussi en cas de risque certain s'il subsiste une incertitude, par exemple sur la date de sa survenance comme dans les assurances liées à la durée de la vie<sup>738</sup>.*

Deuxièmement, le contrat d'assurance est *tracté successivement*, c'est-à-dire qu'il se prolonge dans le temps<sup>739</sup>. CHAGNY/ PERDRIX l'expriment :

693

*Contrat successif. Loin de s'exécuter en un trait de temps, le contrat d'assurance s'inscrit dans la durée, de sorte qu'il s'agit d'un contrat successif. Ce caractère lui confère des traits particuliers et emporte des conséquences importantes quant à son régime, les rapports entre ce contrat et le temps soulevant nombre de questions<sup>740</sup>.*

Comme il y a une période à partir du moment de la promesse (la conclusion du contrat) et le moment de l'accomplissement de la promesse (l'occurrence du sinistre) l'information four-

694

<sup>736</sup> Ibid., p. 201.

<sup>737</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 65-66 ; ORDOÑEZ, « *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro* », pp. 75-114 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 182-215 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 288-293 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 206-211 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 208-209 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 197-215 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 182-215 ; FONTAINE, pp. 201-206 ; LOPEZ, pp. 129-131.

<sup>738</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 65-66.

<sup>739</sup> CHAGNY/ PERDRIX, p. 69 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 276 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 74-76 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 210 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 230-233 ; LOPEZ, pp. 131-137.

<sup>740</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 69.

nie par l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance est d'une importance primordiale puisque c'est le moment où les attentes du consommateur sont créées (la promesse naît)<sup>741</sup>.

695 Finalement, l'intervention clé de l'assureur (le moment du sinistre) se produit à un moment de tension, de désolation et d'incertitude. L'assurance est un mécanisme de gestion de problèmes individuels (tragédies), de sorte que les consommateurs attendent beaucoup d'aide qu'ils recevront de la part de l'assureur au moment du sinistre.

696 Bien que les consommateurs doivent donner leur consentement éclairé dans tous les contrats (les grands et les petits), il y a des affaires, comme les assurances ayant une plus grande portée, qui comportent plus de risques et qui ont de graves implications économiques pour l'avenir des consommateurs<sup>742</sup>.

697 En résumé, **pour éviter la tragédie provoquée par une différence entre les attentes du consommateur et les prestations de l'assureur au moment du sinistre, le devoir d'information doit faire l'objet d'une réglementation spéciale et rigoureuse dans le droit des assurances.**

## B. Les tentatives d'échapper à la réglementation

698 Également, l'intensité du régime de protection des consommateurs d'assurance, y compris le devoir d'information de l'assureur, se reflète dans *les tentatives de certaines activités parallèles et similaires à l'activité d'assurance de ne pas être classifiées comme activité d'assurance*<sup>743</sup>. Par exemple, en Colombie il y a des plans funéraires et des plans complémentaires de santé qui sont basés sur l'assurance, mais qui ne sont pas offerts par des assureurs formels.

699 La jurisprudence et la législation ont établi un certain nombre de critères pour déterminer quelles activités doivent être considérées comme opération d'assurance et doivent donc être contrôlées par les autorités de surveillance<sup>744</sup>. En Suisse, on parle de cinq conditions selon la jurisprudence :

- Un risque ;
- La prestation du preneur d'assurance sous forme de prime ;
- L'engagement de l'assureur de fournir une prestation ;
- Le caractère autonome de l'opération ;
- La compensation de risques conforme aux données de la statistique<sup>745</sup>.

700 La réglementation du droit des assurances privées est plus exigeante et implique des charges plus lourdes pour les entreprises que la réglementation pour d'autres activités. C'est pourquoi les professionnels qui exercent certaines activités limitrophes (semblables à l'opération d'assurance), font un effort significatif pour ne pas être qualifiés d'assurances.

701 Dans la perception des assureurs formels se présentent des *cas de concurrence déloyale*, ces entreprises illégales n'ont pas à remplir les mêmes charges et conditions que les assureurs formels (les assureurs formels doivent demander un agrément et remplir des conditions

---

<sup>741</sup> NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106.

<sup>742</sup> Supra. Chapitre 5. VII Les circonstances qui déterminent l'intensité du devoir d'information

<sup>743</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 73-78 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-82 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 68 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 30-31 ; FONTAINE, pp. 139-149 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-53.

<sup>744</sup> En France il y a une absence de définition normative de l'activité de l'assurance. BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 73-78 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 7-82.

<sup>745</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 68 ; SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 30-31.

strictes pour exercer l'activité), ce qui explique que ces entreprises illégales puissent offrir des produits plus économiques.

De ce fait, les consommateurs sont exposés à des situations dangereuses pour trois raisons :

- La première est que ces entreprises ne doivent pas se soumettre au régime en matière de solvabilité et du régime de réserves. Donc, en cas de sinistre catastrophique, elles n'auront pas les mécanismes pour répondre aux clients. En Colombie, il y a des compagnies qui offrent des assurances pour couvrir les frais funéraires, mais qui ne sont pas classées comme assurances, c'est pourquoi, en cas de pandémie ou d'événement naturel catastrophique, elles n'auraient pas les mécanismes pour distribuer les risques (les réassurances).
- Ces activités ne sont pas strictement contrôlées par une autorité de surveillance. Les assureurs sont soumis à une surveillance prudentielle rigoureuse basée sur les risques. En conséquence, en cas de pratiques dangereuses, il n'y a pas une autorité qui sanctionne les entreprises illégales ou leur interdit de poursuivre ces pratiques.
- De même, ces entreprises ne sont pas tenues de se soumettre à la réglementation relative à la protection des consommateurs. Les progrès en la matière ne doivent pas être adoptés par les entreprises qui ne sont pas considérées comme des opérations d'assurance. Par exemple, comme ils ne sont pas des assureurs, ils n'ont pas à remplir le devoir d'information spécifique du secteur, mais seulement la réglementation du droit commun qui a tendance à être moins stricte<sup>746</sup>.

Souvent les assureurs formels éprouvent un sentiment de résignation, de sorte qu'ils demandent seulement que les entreprises illégales soient obligées de préciser au public qu'elles ne sont pas des assureurs surveillés et qu'elles n'offrent donc pas les mêmes garanties afin qu'en cas de déception du public, au moins les entreprises du secteur de l'assurance ne soient pas tenues responsables. Pourtant, il est difficile d'éviter cela car le consommateur ne comprend pas les discussions juridiques, il perçoit donc tout le monde comme assureur.

De notre point de vue académique, le juge et le superviseur doivent être plus stricts dans la détermination d'une activité en tant qu'assurance, et en cas de doute, il faut appliquer *le principe de précaution*, c'est-à-dire, l'assimiler à l'activité la plus surveillée, étant donné qu'il est impératif d'éviter à la fois les cas de concurrence déloyale et le manque de protection des consommateurs. Malheureusement, ces activités parallèles créent un problème de réputation totalement injuste et absurde. Le secteur de l'assurance a de graves problèmes pour supporter des charges qui ne lui reviennent pas.

### C. Les conséquences

**Les standards de la réglementation du devoir d'information de l'assureur, en général, sont élevés en comparaison avec d'autres secteurs.** La législation actuelle établit un grand nombre d'exigences strictes pour les assureurs. Comme LOACKER le dit, si nous analysons l'information que les assureurs doivent fournir actuellement, elle est comparable à l'information fournie dans la vente de produits pharmaceutiques (médicaments), dans laquelle il existe une grande quantité d'informations standardisées. L'assureur doit attirer l'attention du consommateur, en lui expliquant la couverture d'assurance, les exclusions, les termes des contrats, entre autres<sup>747</sup>.

En théorie, l'intensité du devoir d'information de l'assureur doit varier selon le type d'assurance, en partant du principe que les contrats les plus importants, complexes et à risque de pertes disposent d'un système de protection fort et spécial. À titre illustratif,

<sup>746</sup> PAILLER, pp. 69-122 ; SPANGLER pp. 6-70 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 49-60 et pp. 489-630 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 103-156 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 55-60 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-125 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 83-114 ; FONTAINE, pp. 24-61 ; LOPEZ, pp. 23-78.

<sup>747</sup> LOACKER, pp. 1-13.

l'intensité du devoir d'information d'une assurance d'annulation d'un spectacle n'est pas la même que celle d'une assurance vie liée à des fonds de placement<sup>748</sup> où les conséquences financières sont plus graves et de longue durée.

707 Cependant, un phénomène qui se présente aujourd'hui, et qui est fortement critiqué dans le secteur, est qu'un même modèle de devoir d'information est appliqué à tous les produits d'assurance. Par exemple, dans la réglementation de l'Union européenne, les standards pour l'établissement du devoir d'information de l'assureur ont pris comme modèle la réglementation des produits d'investissement fondés sur l'assurance. C'est pourquoi la réglementation communautaire n'est pas adaptée à certains produits d'assurance simples commercialisés sur le marché<sup>749</sup>.

708 En conclusion, l'idée principale est que l'assurance repose sur la confiance du public, c'est pourquoi le devoir d'information de l'assureur est fortement réglementé afin de la protéger. De même, lors de l'établissement des normes de protection du devoir d'information de l'assureur pour tous les produits d'assurance, les standards des produits d'investissement fondés sur l'assurance ont parfois été pris comme modèle pour tous les contrats d'assurance, ce qui a généré des problèmes d'excès et d'inadaptation à certains produits simples d'assurance.

## VII. Les classifications de droit des assurances privées et les implications sur le devoir d'information de l'assureur

709 Le secteur de l'assurance est très vaste et connaît *une fragmentation progressive et constante de la réglementation*. Le phénomène de fragmentation de la connaissance que nous avons mentionné plus haut se produit également à l'intérieur du droit des assurances privées. En d'autres termes, ces dernières années, **il y a eu une réglementation très spécifique et particulière sur le devoir d'information de l'assureur pour chaque branche ou catégorie d'assurance**, étant donné que ce devoir doit être adapté, selon les caractéristiques particulières de l'assureur.

710 Dans la partie suivante, nous exposerons certaines de ces catégories d'assurance pour illustrer les implications sur l'obligation d'information de l'assureur<sup>750</sup>.

711 Il est important de mentionner que la présente thèse aurait pu se concentrer sur l'une des catégories d'assurance, par exemple l'obligation d'information dans les assurances vie liées à des fonds de placement, mais nous avons décidé de procéder à une analyse plus générale. Il en résulte que nous n'approfondirons pas comme dans les études spécifiques, mais que nous disposerons d'une vue d'ensemble, ce qui est également très précieux.

### A. L'assurance de masse et l'assurance grands risques

712 Le droit des assurances privées établit une distinction entre, d'une part, *les assurances pour grands risques*, c'est-à-dire, les cas où les grandes entreprises contractent des assurances ou des branches d'assurance hautement technique, et d'autre part, *les assurances de masse*, qui sont définies par opposition aux grands risques. La plupart des produits d'assurance utilisés

---

<sup>748</sup> MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>749</sup> COUSY, pp. 31-57 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281.

<sup>750</sup> Supra. Chapitre 3. III A L'augmentation de la fragmentation des connaissances.

par les personnes dans leur vie quotidienne ou les petites et moyennes entreprises appartiennent à ce deuxième groupe<sup>751 752</sup>.

La définition des grands risques dans l'Union européenne est la suivante :

713

- Il y a certaines branches d'assurance qui sont toujours considérées comme de grands risques, tels que : Corps de véhicules ferroviaires ; Corps de véhicules aériens ; Corps de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux ; Marchandises transportées ; R.C. véhicules aériens et R.C. véhicules maritimes, lacustres et fluviaux.
- Par ailleurs, certaines branches, telles que caution et crédit, sont de grands risques lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, et que les risques sont relatifs à cette activité.
- Finalement, les autres branches d'assurance lorsque le preneur dépasse les limites chiffrées (un total de bilan de 6 200 000 EUR, un montant net du chiffre d'affaires de 12 800 000 EUR ; un nombre de 250 employés<sup>753</sup>).

L'approche classique du droit des contrats fondée sur l'égalité des armes est adaptée à la souscription d'assurance de grands risques donc, par la nature des parties et le type d'affaires, les parties peuvent défendre elles-mêmes leurs intérêts et elles n'ont aucun besoin d'une protection spéciale<sup>754</sup>.

714

En revanche, dans les assurances de masse, il y a généralement un déséquilibre structurel entre les parties donc il est nécessaire de recourir à des mesures de protection spéciales.

Ces dernières années, une régulation spéciale a été élaborée pour protéger le consentement dans toutes les assurances de masse, sans se limiter à une définition très étroite comme le fait le droit de la consommation<sup>755</sup>. Par conséquent, on remarque le contraste suivant :

715

- Dans le droit de la consommation générale, un certain nombre de critères et de catégories ont été établis pour déterminer le champ d'application des dispositions protectrices. Cependant, ceux-ci sont ambigus, non uniformes (variant entre les différentes branches du droit) et non clairs<sup>756</sup>. À titre d'exemple, il y a des débats sur des concepts tels que : 1) la définition de consommateur et la définition de professionnel, 2) l'usage personnel et l'usage commercial, 3) la prestation courante et la prestation destinée à des besoins privés, 4) l'activité professionnelle ou commerciale et l'activité

<sup>751</sup> FONTAINE, pp. 83-84 ; PAILLER 4-6 ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 1330-1135 ; SOLA, p. 113 et ss.

<sup>752</sup> En Suisse l'article 98 de la LCA fait une distinction entre les assurances conclues avec des preneurs d'assurance professionnels et les assurances conclues avec des preneurs d'assurance non-professionnels. Cette distinction est la version suisse de la classification entre les assurances pour grands risques et les assurances de masse.

<sup>753</sup> Article 13 Définitions No. 27 et annexe I de la Directive 2009/138/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) (refonte).

<sup>754</sup> Supra. Chapitre 2 I. Le modèle libéral.

<sup>755</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; HUG, pp. 340-348 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 4807-4817 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805.

<sup>756</sup> MARCHAND, pp. 13-31 ; HUG, La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ? ; FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp 7-73 ; HUG, pp. 1-303 ; BARRIENTOS/ LANNI ; SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44 ; GÓMEZ, pp. 151-171.

familiale, 5) le critère de la prépondérance, 6) la finalité familiale et non familiale, la finalité professionnelle, mixte et non commerciale, 7) la destination finale, 8) l'usage de luxe. Actuellement, l'absence d'harmonisation et les débats sur les concepts ont rendu l'application du droit des consommateurs difficile et complexe.

- Par ailleurs, le droit des assurances privées emploie la notion de risques de masse pour protéger la partie vulnérable. **Le devoir d'information dans le secteur du droit des assurances se concentre sur le déséquilibre de l'information de l'une des parties, plutôt que sur les catégories juridiques rigides du droit de la consommation (consommateur, professionnel).**

Sur la base de cette classification, le devoir d'information de l'assureur selon la directive DDD de l'Union européenne protège tous les preneurs d'assurance (la seule exception étant les grands risques), sans recourir aux catégories du droit de la consommation<sup>757</sup>.

- 716 Compte tenu des nombreuses difficultés rencontrées dans la définition du consommateur et de la relation de consommation, nous pensons que l'approche du droit de l'assurance est la plus appropriée. À notre avis, les définitions étroites conduisent parfois à des débats inutiles et à des discriminations dans les affaires frontalières et à de grandes contradictions dans le critère d'application car chaque juge interprète différemment les critères.

## B. L'assurance obligatoire et assurance volontaire

- 717 Il y a des *assurances volontaires* que les consommateurs, dans l'exercice de l'autonomie privée, peuvent décider d'acquiescer ou non, et l'assureur est libre d'établir le contenu du contrat<sup>758</sup>. Au contraire, il y a des *assurances qui sont obligatoires*, c'est pourquoi le consommateur doit nécessairement en avoir pour pouvoir exercer l'activité. Ces assurances sont établies par la loi et les restrictions au contenu du contrat sont considérables parce que les couvertures et les exclusions sont standardisées sans que l'assureur puisse les modifier<sup>759</sup>  
760.

- 718 Il y a quelques activités de la vie quotidienne et industrielles qui sont extrêmement dangereuses, c'est pourquoi il a été établi qu'elles ne peuvent être exercées sans l'assurance obligatoire pour protéger les victimes éventuelles. Par exemple, les activités suivantes nécessitent d'une assurance obligatoire pour leur exercice en Suisse : l'assurance responsabilité

---

<sup>757</sup> BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 167-184 ; PARIS, pp. 9-13 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; SOLA, pp. 79-89.

<sup>758</sup> Il y a quelques restrictions comme des normes impératives et des règles de protection des consommateurs. Cependant, en général elles reposent sur la liberté contractuelle. HEISS et al., pp. 66-71 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, p. 358 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 126-127 ; FONTAINE, pp. 62-71 ; *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>759</sup> FONTAINE, pp. 75-79 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, p. 32 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 353-357 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 12-34 et pp. 410-411 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 76-77 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, p. 358 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 313-319.

<sup>760</sup> Selon nous, il existe des assurances obligatoires de facto, par exemple en Colombie, il est très difficile d'obtenir un crédit auprès d'une institution financière si l'on ne dispose pas d'une assurance vie couvrant le solde insolvable de la dette en cas de décès du débiteur. Il arrive même qu'un même établissement financier contracte cette assurance collective pour le compte de ses débiteurs.

De même, en Suisse, tous les bailleurs demandent une assurance Responsabilité Civile privée aux locataires comme condition pour louer un immeuble.

civile véhicule, l'assurance bâtiment pour les propriétaires, l'assurance-accidents pour tous les salariés, l'assurance-maladie<sup>761</sup>.

En Europe, la plupart des activités dangereuses sont assujetties à une assurance obligatoire<sup>762</sup>. En revanche, en Amérique latine, la pénétration des assurances est extrêmement faible et de nombreuses assurances pour des activités dangereuses sont volontaires. Il est fortement recommandé de conclure de telles assurances, mais la pauvreté ne permet pas d'interdire l'activité sans elles car très peu de gens peuvent payer les assurances. L'exemple le plus représentatif est la conduite de voitures, où son exercice sans assurance de responsabilité civile est permis. 719

Étant donné que dans les assurances obligatoires, les couvertures et les exclusions sont standardisées, c'est-à-dire, la loi établit clairement une grande partie du contenu du contrat, l'obligation d'information perd de l'importance car le preneur ne doit pas prendre de grandes décisions sur le contenu du contrat. De même, les cas éventuels de violation du devoir d'information diminuent considérablement. 720

Comme mentionné ci-dessus, les contrats standard sont un remède contre l'asymétrie de l'information, mais il ne serait pas possible de les étendre à tous les contrats car ce serait une mesure extrêmement totalitaire, parce qu'il limiterait excessivement la liberté d'entreprise. En outre, cela constituerait un obstacle à l'innovation dans l'industrie de l'assurance<sup>763</sup>. 721

Par ailleurs, il importe de mentionner que, s'il est vrai que le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat perd de l'importance dans les assurances obligatoires, il y a d'autres aspects liés à l'information qui relèvent d'une importance particulière, par exemple, informer les victimes (lésés) d'un sinistre de l'existence de l'assurance et de la manière de la réclamer. Généralement, les bénéficiaires des assurances obligatoires sont des personnes qui n'ont pas participé à la conclusion du contrat. C'est pour cela qu'il est nécessaire de réglementer la fourniture de l'information aux tiers<sup>764</sup>. 722

Un exemple très représentatif décrit précédemment est l'assurance de responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs dans l'UE. Étant donné que la libre circulation des véhicules est autorisée dans la zone Schengen, une assurance obligatoire est prévue par la Directive 2009/103 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 qui vient d'être réformée par Directive (UE) 2021/2118 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2021<sup>765</sup>. 723

<sup>761</sup> FONTAINE, pp. 75-79 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, p. 32 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 353-357 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 12-34 et pp. 4-10-411 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 76-77 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, p. 358 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 313-319.

<sup>762</sup> ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 95-239 ; FONTAINE, pp. 514-577 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 49, pp. 73-77 et pp. 446-483 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 313-408 ; BIGOT et al., *Tome 5 : Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 493-727 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 782-786 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1084-1162 ; BRULHART, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité*, pp. 139-163.

<sup>763</sup> Supra. Chapitre 4 V. C. L'établissement de modèles standards de contrats ou les clauses contractuelles types.

<sup>764</sup> FONTAINE, pp. 514-577 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 49, 73-77 et pp. 446-483 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 313-408 ; BIGOT et al., *Tome 5 : Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 493-727 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 782-786 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 698-1033.

<sup>765</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 353-383 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 61-63 ; BIGOT et al., *Tome 5 : Les assurances de dommages*, pp. 485-968 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 559-726 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 810-832 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 824-1033.



- 724 La directive régit spécifiquement les couvertures et les garanties minimales. Par conséquent, les informations que doit fournir l'assureur sur ces aspects liés au contenu du contrat au moment de la conclusion perdent de leur importance. Toutefois, d'autres informations commencent à prendre de la valeur ; par exemple, l'assuré et les éventuels lésés doivent connaître le représentant chargé du règlement des sinistres que les assureurs désignent dans chaque pays de l'Union. En outre, un système d'information doit être mis en place pour informer les victimes de l'existence de l'assurance car elles n'ont pas participé au moment de la conclusion du contrat d'assurance.
- 725 En conclusion, chaque fois qu'une assurance obligatoire est établie dans la législation, la définition des couvertures et des exceptions standardisées font perdre de l'importance au devoir d'information. Toutefois, il y a d'autres aspects liés à l'information qui deviennent pertinents et doivent être réglementés.

### C. L'assurance vie et l'assurance dommages (non-vie)

- 726 Traditionnellement, les assurances sont classées en *assurance vie*, c'est-à-dire, assurance qui protège l'intégrité physique et/ou couvre le décès de l'assuré<sup>766</sup>, et *assurance dommages*<sup>767</sup>, c'est-à-dire, l'assurance qui protège le patrimoine des personnes physiques et morales. Par le passé il y avait le débat sur la vie humaine comme risque assurable, mais dans l'actualité c'est une branche de l'assurance<sup>768</sup>. MASSARD évoque à cet égard :

*La vie humaine comme risque assurable : l'idée qu'il puisse, à l'avance, être convenu d'une somme déterminée que l'assureur aurait à verser en cas de décès d'une personne ne s'est pas imposée sans peine. L'obstacle relevait de la morale. Certains esprits, essentiellement français, trouvaient inacceptable que la vie humaine pût être estimée à prix d'argent et, à plus forte raison, être l'objet d'un contrat. Ils condamnaient toute forme d'assurance sur la vie. Pour d'autres, moins catégoriques, l'assurance-vie sur la tête du preneur, voire sur celle de son conjoint ou de son enfant, était admissible. Par contre, ce n'est qu'avec réserve qu'ils considéraient l'assurance sur la vie d'un tiers, contrat dont les frontières avec un pari immoral leur paraissaient à tout le moins confuses<sup>769</sup>.*

- 727 Cette distinction a des implications à deux égards : *le principe indemnitaire et la composante épargne.*

#### 1. Le principe indemnitaire

- 728 Dans les assurances-vie, il y a des couvertures qui ne peuvent être évaluées économiquement car elles sont impondérables. C'est pour cette raison que *le principe indemnitaire*, selon lequel l'assurance ne peut pas être source d'enrichissement pour le bénéficiaire (« *Seul le préjudice subi par la victime est réparé, sans que celle-ci puisse se trouver dans une si-*

---

<sup>766</sup> MASSARD, pp. 1-384 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 409-510 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 243-354 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-2083 ; FONTAINE, pp. 593-607 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 483-524 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 761-827 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 786-808.

<sup>767</sup> TATTI, pp. 21-160 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 365-1422 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 261-408 ; FONTAINE, pp. 493-592 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 426-483 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 417-726 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 771-785.

<sup>768</sup> BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>769</sup> MASSARD, pp. 10.

*tuation économiquement plus favorable qu'avant le sinistre* »), ne peut pas être appliqué à l'assurance vie<sup>770</sup>.

Étant donné que la vie des êtres humains n'a pas de valeur économique, les gens peuvent assurer leur vie pour n'importe quelle somme d'argent, sans qu'il y ait une limite à cette pondération. Le droit de la responsabilité accorde une indemnisation monétaire aux victimes, mais c'est une fiction car elle ne représente pas le prix de la vie<sup>771 772</sup>. 729

Dans l'assurance dommages, *le principe indemnitaire* est appliqué, d'après lequel le dommage doit être réparé sans qu'il y ait un enrichissement personnel du bénéficiaire de l'assurance (enrichissement sans cause). C'est pourquoi il y a beaucoup d'informations qui doivent être expliquées au preneur d'assurance, afin d'éviter de générer de fausses attentes au moment du paiement du sinistre, telles que : l'interdiction de l'enrichissement sans cause, les règles sur la sur-assurance et sous-assurance, la subrogation et les assurances cumulatives<sup>773 774</sup>. 730

## 2. La composante épargne

Dans le domaine de l'assurance-vie, la législation permet parfois *une composante épargne dans le produit d'assurance*, c'est-à-dire qu'exceptionnellement l'assureur est autorisé à gérer l'épargne du public. Dans ce cas, la compagnie d'assurance offre des prestations similaires à celles offertes par une société financière d'investissement, ces produits sont même offerts comme des plans de pension ou d'épargne à long terme<sup>775</sup>. 731

MASSARD l'explique :

*Le contrat d'assurance-vie individuelle (Einzel-Lebensversicherungsvertrag) est un contrat d'assurance relevant soit de la prévoyance libre (pilier 3B) soit de la prévoyance liée (pilier 3A), pouvant être doté d'un processus d'accumulation d'épargne, par lequel une entreprise d'assurance (art. 2 al. 1 let. a et b LSA) appelée assureur-vie promet à un preneur d'assurance, en retour d'une ou plusieurs primes, de lui procurer ou de procurer à un tiers nommé bénéficiaire une ou plusieurs prestations financières, sous une condition ou un terme dépendant*

<sup>770</sup> TATTI, pp. 137-160 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 264-286 ; FONTAINE, p. 81 et aussi pp. 441-603 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1272-1286 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 419-442 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 426-439 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

<sup>771</sup> Exceptionnellement, il y a certaines couvertures spéciales dans l'assurance vie, qui peuvent être évaluées économiquement, par exemple, les frais médicaux ou l'indemnité journalière pour incapacité de travail. À ces couvertures peut être appliqué *le principe indemnitaire*.

<sup>772</sup> MASSARD, pp. 1-384 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 409-510 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 243-354 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-2083 ; FONTAINE, pp. 593-607 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 483-524 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 761-827 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 786-808 ; GARRIDO, pp. 97-122.

<sup>773</sup> TATTI a consacré sa thèse de doctorat à faire une explication de ces notions très techniques des assurances dommages. TATTI.

<sup>774</sup> TATTI, pp. 137-160 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 264-286 ; FONTAINE, p. 81 et aussi pp. 441-603 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1272-1286 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 419-442 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 426-439 ; NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106.

<sup>775</sup> MASSARD, pp. 112-164, et pp. 51-65 ; HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*, pp. 33-34 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1580-1622 ; FONTAINE, pp. 593-607 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 483-524 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 761-827 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 786-808 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

*de la durée de la vie ou de la capacité de gain d'une personne assurée. Cette définition englobe des formes si diverses et regroupe des constellations si variées qu'il convient mieux de parler de contrats d'assurances-vie individuelles au pluriel. Ainsi, un contrat d'assurance décès, dont la prestation est déclenchée par le décès de la personne assurée, peut paraître l'exact opposé d'une assurance de rente viagère, dont la prestation est servie tant que la personne assurée est en vie. Ces deux formes sont elles-mêmes éloignées d'une assurance-vie à prime unique, dont l'importante part d'épargne est investie dans des participations et dont le risque biométrique supporté par l'assureur est limité.<sup>776</sup>*

- 732 Les assurances vie liées à des fonds de placement ont été affectées par les crises et l'instabilité économique des dernières années. Considérant les grandes pertes, et surtout la profonde déception des consommateurs qui ont senti que les risques de l'investissement n'ont pas été bien expliqués, le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat a été renforcé. C'est la raison pour laquelle une réglementation très spécifique et particulière a été introduite dans cette branche d'assurance.
- 733 Les lois spéciales ont établi différentes mesures, telles que : les fiches d'information de produit, l'obligation de faire des profils de risque des clients, l'explication détaillée des risques de l'activité aux consommateurs, entre autres<sup>777 778</sup>. Par exemple, en Suisse, la récente réforme de la LSA prévoit une feuille d'information de base pour les assurances sur la vie qualifiées, c'est-à-dire, pour « *les assurances sur la vie dans lesquelles le preneur d'assurance supporte un risque de perte dans le processus d'épargne ainsi que les opérations de capitalisation et les opérations tontinières* »<sup>779</sup>.
- 734 Il est important de mentionner un phénomène très critiqué, à savoir, la législation relative aux instruments financiers a influencé ou servi de modèle dans la législation générale du droit des assurances privées, ce qui a donné lieu à diverses absurdités et critiques<sup>780</sup>.
- 735 Voici comment nous pouvons évoquer deux exemples représentatifs :
- Après les crises financières, l'Union européenne a renforcé le devoir d'information des consommateurs dans les assurances vie liées à des fonds de placement, en stipulant qu'il faut établir des profils de risque des consommateurs et éclaircir une grande quantité d'informations à transmettre, notamment les risques financiers du produit. Cette réglementation a influencé la réglementation générale, ce qui a entraîné le respect des mêmes exigences pour toutes les assurances où cela n'est pas nécessaire.
  - De même, en Amérique latine, pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, un certain nombre de formulaires d'assurance ont été établis dans les assurances vie liées à des fonds de placement. Ces formulaires ont été établis pour toutes les assurances, sans différencier le type d'assurance, ce qui a créé un obs-

---

<sup>776</sup> MASSARD, p. 54.

<sup>777</sup> MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; PEREZ-FRUCTUOSO, pp. 167-184.

<sup>778</sup> Le Règlement (UE) 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance.

<sup>779</sup> Article 39 a, b, c, e, f, g, h, i, j et k de la LSA révisée. La loi et ses dispositions d'exécution sont en vigueur depuis le 1er janvier 2024.

<sup>780</sup> COUSY, pp. 31-57.

tacle au développement des assurances inclusives et des assurances de masse distribuées dans les nouveaux canaux de distribution<sup>781</sup>.

En conclusion, les informations pertinentes ont des caractéristiques différentes dans l'assurance dommages et l'assurance-vie, c'est pourquoi le devoir d'information doit être adapté dans chacun des cas. 736

## D. Les assurances privées et assurances sociales

*Les assurances sociales* font partie d'une politique sociale de l'État et visent à garantir un minimum de services et de prestations aux citoyens (une protection de base). Ces assurances reposent sur des principes tels que *l'universalité* (toutes les personnes doivent y avoir accès), *la solidarité* (aide entre générations et niveaux économiques) et *le principe de l'affiliation obligatoire*. En outre, les assureurs sociaux reçoivent une grande quantité de *subventions de l'État* pour leur fonctionnement, c'est-à-dire que les primes perçues par les assureurs ne sont pas suffisantes et elles doivent donc être complétées par d'autres sources de financement publics (recettes fiscales, revenus des activités commerciales de l'État, etc.)<sup>782</sup> 737

En revanche, les entreprises d'assurances privées offrent le service de gestion du risque à but lucratif, c'est-à-dire qu'elles cherchent à générer des profits (ce ne sont pas des organisations philanthropiques). **Il est important de mentionner que les assurances privées ont une fonction sociale importante** car elles aident à protéger le patrimoine des personnes et des entreprises dans des situations catastrophiques, et constituent également un complément parfait des assurances sociales. Malheureusement, les assurances sociales doivent souvent se concentrer sur les prestations de base et aider les plus pauvres et les plus nécessiteux, sans pouvoir garantir les droits à toute la population. Les assurances privées complètent même les assurances sociales, parce qu'elles comblent les lacunes ou donnent une couverture additionnelle<sup>783</sup>. 738

La réglementation des assurances privées et des assurances sociales est très différente et repose sur des principes différents. Dans le domaine des assurances sociales, la liberté contractuelle est extrêmement restreinte car de nombreuses assurances sociales sont obligatoires et la législation fixe les prestations et les tarifs correspondants, c'est pourquoi l'information précontractuelle de l'assureur social perd de son importance au moment de la conclusion du contrat<sup>784</sup>. 739

## E. Les assurances individuelles et les assurances collectives

Le preneur d'assurance peut souscrire *une assurance individuelle* pour protéger son patrimoine (assurance individuelle pour le propre compte). Mais un preneur est également autorisé à souscrire une assurance pour protéger le patrimoine d'un groupe collectif de per- 740

<sup>781</sup> DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; THE MICROINSURANCE NETWORK (MIN) ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* ».

<sup>782</sup> YVES/ GREBER/ FRÉSARD/ MOLO/ HUMMER/ PERRENOUD font une analyse des *principes du droit de la sécurité sociale*, pp. 1-105. Voir aussi : BORGETTO/ LAFORE, pp. 1-263 ; FONTAINE, pp. 71-73 ; HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*, pp. 23-33 ; MASSARD, pp. 20-21, et aussi p. 47 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 70-73.

<sup>783</sup> VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 35-54 ; MASSARD, pp. 87-91 ; FONTAINE, pp. 71-73.

<sup>784</sup> HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*, pp. 24-33 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 70-73 ; FONTAINE, pp. 71-73 ; YVES/ GREBER/ FRÉSARD/ MOLO/ HUMMER/ PERRENOUD, pp. 1-105. Voir aussi : BORGETTO/ LAFORE, pp. 1-263 ; FONTAINE, pp. 71-73 ; MASSARD, pp. 20-21, et aussi p. 47.

sonnes (*assurance collective pour le compte d'un tiers*). Par exemple, c'est le cas de l'assurance qu'un employeur contracte pour protéger la vie de tous ses travailleurs. Les assurés sont le groupe de travailleurs, mais la personne qui contracte l'assurance au nom du groupe est l'employeur<sup>785</sup>.

741 La législation doit être adaptée pour ce type particulier d'assurance, par exemple, il y a un certain nombre de questions très spécifiques qui doivent être réglementées, comme c'est le cas de : la résiliation du contrat, la réticence du preneur, si une personne quitte le groupe d'assurés, la transformation de l'assurance collective en assurance individuelle, le destinataire et l'exécution du devoir d'information sur le contrat<sup>786</sup>.

742 La récente modification de l'article 3 de la LCA sur le devoir d'information en Suisse a établi que, dans le cas des assurances collectives, le preneur est tenu de transmettre les informations aux assurés du groupe, et à cette fin, l'assureur doit fournir les informations pertinentes pour une telle fin. La modification a comblé une lacune car la législation antérieure n'était pas précise sur ce sujet-là<sup>787</sup>.

743 En conclusion, le devoir d'information a une réglementation spécifique pour les assurances collectives pour le compte de tiers en créant un système complexe de coresponsabilité entre l'assureur et le preneur d'assurance<sup>788</sup>.

## F. La synthèse

744 À cet égard, nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

- Il y a un phénomène de fragmentation de la réglementation au sein du droit des assurances privées, c'est pourquoi il y a une réglementation spécifique pour le devoir d'information selon les caractéristiques et les branches de l'assurance.
- Le devoir d'information varie selon la branche ou la catégorie d'assurance, et pour cette raison des études individuelles et spécifiques peuvent être entamées individuellement et de manière spécifique.
- Parfois, pour élaborer la réglementation générale du droit des assurances, la loi a pris comme prototypes certains types d'assurance qui ne sont pas bien adaptés à l'ensemble des branches, ce qui conduit à des incohérences.

## VIII. La violation du devoir d'information de l'assureur

745 La présente partie sera consacrée à quelques remarques sur les conséquences de la violation du devoir d'information de l'assureur. Il est important de mentionner que, après avoir analysé les différentes législations, nous avons constaté que les solutions jurisprudentielles dans les différents pays ont été extrêmement différentes et difficiles à comparer. C'est la raison pour laquelle dans notre analyse, nous ne ferons référence qu'à quelques dénominateurs communs, sans analyser la jurisprudence d'un pays en particulier.

- D'abord les violations du devoir d'information de l'assureur sont axées sur les cas où le contrat d'assurance a été conclu (A).

---

<sup>785</sup> MASSARD, p. 65 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 78-84 et pp. 414-431 ; HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*, pp. 33-37 ; ASTEGIANO-LA RIZZA, pp. 1-93 et pp. 241-437 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 1-7 et pp. 249-271 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 792-809 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 79-80 et pp. 515-523 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 377-391 ; KHOURY, pp. 223-360.

<sup>786</sup> Par exemple l'article 7 LCA règle la réticence lorsque le contrat est relatif à plusieurs choses ou à plusieurs personnes. MONNARD, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 187-190.

<sup>787</sup> NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94.

<sup>788</sup> KHOURY, pp. 223-360.

- Deuxièmement, nous présenterons les conséquences civiles de la violation du devoir d'information de l'assureur (B)

## A. Les violations axées sur les cas où le contrat d'assurance a été conclu

Comme nous l'avons mentionné dans notre analyse générale du devoir d'information du professionnel, au moment d'analyser *la violation des devoirs précontractuels*, on peut distinguer les situations dans lesquelles le contrat a été conclu et celles où le contrat n'a pas été conclu<sup>789</sup>. 746

**La violation du devoir d'information de l'assureur s'est concentrée sur les cas où le contrat a été conclu.** Cependant, il est possible d'envisager des cas de responsabilité pour violation de l'obligation d'information dans les cas où le contrat n'a pas été conclu. 747

Par exemple, un assureur qui n'a pas expliqué correctement au consommateur un contrat d'assurance offert, et l'individu a décidé de ne pas le souscrire ou d'en acheter un autre produit<sup>790</sup>. Au cas où le risque non assuré se présentait, un préjudice serait causé par le manque d'information adéquate ayant incité le consommateur à ne pas conclure le contrat approprié selon son profil de risque et ses caractéristiques. 748

Cette hypothèse de responsabilité n'a pas été développée par la jurisprudence pour deux raisons fondamentales : d'une part, il est difficile de prouver le lien de causalité entre le préjudice et le manque d'information, et deuxièmement, l'assureur en principe n'a pas un *devoir de conseil* vis-à-vis du consommateur, c'est-à-dire, il n'est pas obligé à prodiguer un conseil individuel sur l'assurance qui convient le mieux au consommateur. 749

Pour nous, il y a cependant deux situations qui nous paraissent viables pour réclamer la réparation du dommage : 750

- Tout d'abord, dans le cas des intermédiaires d'assurance mandataires du consommateur. Ceux-là sont justement engagés à fournir des conseils personnalisés aux consommateurs car ils répondent dans le cas de mauvais conseils<sup>791</sup>.
- Deuxièmement, le cas où l'assureur qui offre des plans différents pour un même produit d'assurance (variété de packs d'assurance), et il n'a pas suffisamment et clairement informé les différences entre eux, notamment sur les différences de couverture et les exceptions.

En résumé, l'hypothèse de responsabilité la plus courante est le cas où les parties n'ont pas conclu de contrat, et il y a un problème potentiel dans le consentement ou une mauvaise représentation du preneur sur les couvertures et exclusions du contrat d'assurance. 751

## B. Les conséquences de la violation du devoir d'information de l'assureur

Après avoir analysé les différentes législations, nous avons constaté que les solutions jurisprudentielles dans les différents pays sont extrêmement différentes et difficiles à comparer. Cependant, nous pouvons simplement expliquer les différentes approches. Pour ce faire, il est préférable de recourir à un exemple simple : 752

Malgré le fait d'être un professionnel qualifié, un assureur a manifestement violé le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat car il n'a pas expliqué de manière claire et suffisante une exclusion contractuelle fondamentale. Les possibilités juridiques suivantes peuvent être envisagées pour ce cas : le sinistre n'a pas eu lieu ou le sinistre a eu lieu.

<sup>789</sup> Supra. Chapitre 5 XIII A. Les conséquences civiles.

<sup>790</sup> MASSARD, pp. 185-186 ; KHOURY, pp. 167-209.

<sup>791</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189.

## 1. Le sinistre n'a pas eu lieu

753 La première situation est que le sinistre ne s'est pas produit, c'est pourquoi le preneur d'assurance peut demander la remise en cause de l'accord conclu pour vices du consentement et l'application du régime des sanctions contractuelles (le report du délai de renonciation, l'inopposabilité des stipulations contractuelles inconnues, l'élimination des clauses abusives)<sup>792</sup>. Dans certains pays comme c'est le cas de la Suisse, il existe, même, un régime spécial de résiliation du contrat d'assurance pour violation du devoir d'information de l'assureur<sup>793</sup>.

## 2. Le sinistre a eu lieu

754 La deuxième situation est que malheureusement, le risque exclu s'est produit et, lorsque l'assuré a présenté sa réclamation, l'assureur a refusé de verser une indemnité. Les solutions juridiques suivantes peuvent être envisagées pour ce cas :

### a. L'application des instruments contractuels

755 D'abord, comme il existe un contrat conclu entre les parties, *la théorie de l'absorption s'applique et les devoirs précontractuels deviennent contractuels*. C'est pourquoi les instruments contractuels traditionnels classiques s'appliquent, tels que la remise en cause de l'accord conclu pour vices du consentement et l'application du régime des sanctions contractuelles.

756 Dans notre exemple, le grand problème est que ces *instruments traditionnels* ne conviennent pas au consommateur puisque le sinistre s'est déjà produit. Conformément aux intérêts de l'assuré, celui-ci prétend que l'indemnisation soit versée. En d'autres termes, il faudrait exécuter le contrat conformément à la représentation erronée du consommateur d'assurance puisque les actes de l'assureur ont généré la confiance légitime dans le premier.

### b. L'application du remède le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation

757 Comme nous l'avons déjà mentionné, dans certains pays d'Amérique latine, les juges appliquent le *remède juridique le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation* en appliquant le *principe pro consommateur*. Par exemple, en cas de fausse représentation du consommateur, le contrat peut être modifié de telle sorte qu'il inclue la couverture que le professionnel avec ses actes a créée chez le consommateur, c'est-à-dire, il y a une adaptation du contrat conformément à la fausse représentation du consommateur<sup>794</sup>.

Il est important de mentionner que cette solution juridique repose sur le *principe* « *pro consommateur* » et sur l'*exécution matérielle du devoir d'information*.

758 Dans le passé, de nombreux juristes défenseurs des droits des consommateurs estimaient que le régime des violations du devoir d'information n'était pas sévère et n'incitait pas le professionnel à changer les mauvaises pratiques dans le secteur des assurances, c'est pour-

---

<sup>792</sup> KHOURY, pp. 167-209.

<sup>793</sup> NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; STÄUBLI, pp. 323-350 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 181-189.

<sup>794</sup> NEME/ CHINCHILLA, pp. 65-70 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

quoi ils ont proposé aux juges l'application du remède le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation. Cette théorie a été accueillie par les tribunaux d'Amérique latine.

C'est l'avis que partage WALDO SOBRINO, qui évoque qu'il n'y a pas d'exécution matérielle du devoir d'information de l'assureur et que les juges doivent appliquer le remède le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation. Par exemple, en cas de violations sévères du devoir d'information, le juge doit appliquer la théorie du fruit de l'arbre empoisonné, c'est-à-dire que toute clause qui n'a pas été bien expliquée ne peut pas être utilisée pour nier la réparation des dommages<sup>795</sup>. 759

Comme nous allons mentionner dans le chapitre 7 : I. C, actuellement il y a une grande tension entre deux catégories de praticiens du droit. D'une part, il y a les avocats des victimes qui défendent leurs intérêts contre les abus des professionnels. Selon l'avis de ceux-ci, malgré les progrès de la législation, il existe encore de grandes lacunes en matière de protection des consommateurs et il est nécessaire d'approfondir et d'élargir la protection. D'autre part, les avocats qui travaillent à la défense des professionnels ont une très mauvaise image du droit de la consommation, en considérant qu'il y a beaucoup de cas d'abus des consommateurs, un excès de normativité et des décisions arbitraires des juges<sup>796</sup>. 760

**À notre avis, les moments de tension sont précisément les plus appropriés pour capitaliser des expériences du droit comparé et de promouvoir des remèdes aux problématiques actuelles. Les chercheurs peuvent devenir un tiers indépendant et impartial, et dans certains cas doivent servir de médiateur, c'est-à-dire, aider à trouver l'équilibre perdu.** 761

Par ailleurs, RIOS et ORDOÑEZ font valoir que, au moment de la sélection du remède approprié, il faut respecter *le principe de proportionnalité* et tenir compte *des principes techniques de l'opération d'assurance*. C'est pour cela que, par exemple, lors de la modification du contrat d'assurance, il faut procéder à une adaptation de la prime et examiner si elle va à l'encontre des intérêts de la communauté des assurés<sup>797</sup>. 762

Nous partageons l'opinion sur l'application du principe de proportionnalité dans le choix du remède le plus approprié. Comme nous l'avons dit à plusieurs reprises dans le cadre de cette recherche, le contrat d'assurance est particulier et il faut donc trouver un équilibre entre tous les acteurs impliqués. 763

### c. L'invocation de la responsabilité délictuelle

Dans les cas où il n'est pas convenable d'appliquer les instruments contractuels classiques, les doctrines de certains pays européens ont proposé l'utilisation de *la responsabilité extracontractuelle pour réclamer la réparation des dommages (la responsabilité délictuelle)*. En d'autres termes, l'application de la théorie de l'absorption n'est pas totale, mais l'action extracontractuelle persiste lorsque les instruments contractuels sont insuffisants. 764

En Suisse, la solution précédente n'est pas unanime car certains auteurs affirment que la loi du contrat (LCA) règle exhaustivement les conséquences d'une violation du devoir d'information, et en conséquence, il n'y a pas de place pour des dommages-intérêts (la responsabilité extracontractuelle). NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET l'évoquent : 765

*Nous sommes d'avis que l'art. 3a LCA règle exhaustivement les conséquences d'une violation du devoir d'information et qu'il n'y a pas de place pour des*

<sup>795</sup> SOBRINO, « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* ».

<sup>796</sup> Infra. Chapitre 7 I. Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (la théorie du pendule)

<sup>797</sup> RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.



*dommages-intérêts. A défaut, le législateur n'aurait pas eu à prévoir une sanction particulière, les règles générales du Code des obligations pouvant être invoquées (art. 97 CO par le renvoi de l'art. 100 LCA). Cette conclusion est confirmée par la systématique de la loi. La violation de l'obligation de « l'assuré », corollaire de l'obligation de « l'assureur », est réglée exhaustivement par l'art. 6 LCA (réticence)<sup>798</sup>.*

#### d. Notre avis

766 À notre avis, quelle que soit l'argumentation juridique utilisée par les juges, **l'essentiel est qu'en cas de violations flagrantes du devoir d'information de l'assureur, il faut trouver un résultat satisfaisant pour les intérêts des preneurs d'assurance (la protection matérielle de la partie vulnérable)**. Aussi, il est nécessaire de trouver un moyen pour que les professionnels de mauvaise foi soient persuadés de ne pas continuer à employer de mauvaises pratiques au moment de la conclusion du contrat d'assurance.

767 Finalement, nous avons appliqué une approche préventive dans notre recherche, ce qui explique que nous soyons plus intéressés par l'amélioration de la manière d'informer et d'éduquer les consommateurs (le système d'information) que du fait de nous concentrer sur l'indemnisation des dommages lorsque le système échoue, c'est-à-dire, lorsque le professionnel n'informe pas correctement le consommateur. Toutefois, nous comprenons que l'approche préventive et l'approche compensatoire sont complémentaires et qu'il est nécessaire que les deux fonctionnent parfaitement (la théorie de la récompense et la punition).

### IX. Les autres remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance

768 Comme dans le droit de la consommation générale, **le droit des assurances accorde la priorité au devoir d'information de l'assureur comme remède au problème de l'asymétrie de l'information**. Autrement dit, d'autres remèdes contre l'asymétrie de l'information sont moins utilisés.

769 La présente thèse a pour objet principal l'étude du devoir d'information. Cependant, il est important de faire quelques brèves références aux autres remèdes puisque, comme on le montrera, ils doivent être articulés avec le devoir d'information de l'assureur.

#### A. Les mesures limitant la liberté contractuelle

770 Résultat de *la révolution du droit de la consommation*, une volonté politique particulière de protéger les droits des consommateurs s'est manifestée ces dernières décennies. Toutefois, il convient de noter que, depuis les premières lois sur le contrat d'assurance (début du XX<sup>e</sup> siècle.), quelques mesures ont été prises pour protéger les preneurs d'assurance contre les situations de vulnérabilité<sup>799</sup>.

771 Dans certains cas, **les juristes spécialistes du droit de la consommation commettent l'erreur d'ignorer les progrès et l'histoire de protection de la partie faible dans les branches spécialisées du droit**. À ce sujet, MASSARD explique les premières mesures protectrices de la loi sur le contrat d'assurance en Suisse (LCA) :

---

<sup>798</sup> NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 93.

<sup>799</sup> BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 66-71 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 126-127 ; FONTAINE, pp. 62-71 ; *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 243-271.

*Innovation légistique du début du XX<sup>e</sup> siècle, la LCA 1908 prévoyait une liste de dispositions impératives (art. 97 LCA 1908), à laquelle les parties ne pouvaient déroger, et une liste de dispositions semi-impératives (art. 98 LCA 1908), à laquelle les parties ne pouvaient déroger au détriment du preneur. Cette technique a été reprise dans la LCA actuelle aux art. 97 et 98 LCA et la liste d'exceptions a été augmentée. Le but est de protéger les ayants droit directement, en empêchant des clauses contractuelles jugées abusives, mais également indirectement, en prohibant les clauses qui, trop permissives, pourraient compromettre la solvabilité de l'assureur. La LCA laisse encore une certaine liberté contractuelle aux parties. Les assureurs-vie l'ont, dans la rédaction de leur CGA, utilisée et se sont, depuis 1910 et jusqu'ici, souvent montrés plus larges que ne l'était la loi. Ils ont systématiquement fait participer les preneurs aux excédents, sans que la doctrine n'estime qu'une base légale les y contraigne ; ils ont généralement renoncé, dans leur CGA, à faire valoir leur droit de résiliation en cas de dommage partiel (art. 42 LCA) ; et ils n'ont pas introduit dans leur CGA de clause d'adaptation des primes (art. 132 al. 1 OS)<sup>800</sup>.*

Également, il y a des cas paradoxaux, comme le fait que ces juristes inexperts en droit des assurances privées exigent que le droit de la consommation générale s'applique au contrat d'assurance, alors que la réglementation spéciale a des normes de protection des consommateurs beaucoup plus élevées en exigence. **Le droit des assurances établit une définition plus large du consommateur d'assurance, un devoir d'information plus spécifique et plus rigoureux, et de grandes exigences de diligence pour l'assureur, entre autres.** Comme on a déjà mentionné, LOACKER affirme que le devoir d'information de l'assureur est semblable au devoir d'information des médicaments pharmaceutiques<sup>801</sup>. 772

Dans les lois sur les contrats d'assurance, *la liberté de l'assureur au moment de définir le contenu du contrat d'assurance a été restreinte.* Les mesures suivantes sont prises : 773

- **La création de normes impératives et semi-impératives.** Les premières sont des dispositions qui ne peuvent être modifiées par les parties car elles protègent la partie faible et l'ordre public en général. Les secondes sont des règles qui ne peuvent être modifiées qu'en faveur de la partie faible.
- **Les clauses contractuelles types :** dans certains contrats, les législations ont prévu des modèles de contrats et des clauses contractuelles types, comme c'est le cas de certaines assurances obligatoires dans les activités dangereuses, domaines de la responsabilité civile et la sécurité sociale. Dans ces contrats il y a des couvertures obligatoires établies par la législation de manière spécifique et rigoureuse<sup>802</sup>.
- **L'interdiction de certaines clauses contractuelles :** étant donné qu'il y a des clauses dans les conditions générales d'assurance qui sont, malheureusement, illégales, abusives, discriminatoires, surprenantes et complexes, le législateur a exceptionnellement pris la décision de les interdire expressément (dresser une liste noire des clauses interdites)<sup>803</sup>.

Les mesures limitant la liberté contractuelle ont un lien direct avec l'asymétrie de l'information, car elles réduisent considérablement l'importance des décisions des consommateurs dans certains domaines. Un exemple simple peut illustrer ce qui précède : lors- 774

<sup>800</sup> MASSARD, p. 27.

<sup>801</sup> LOACKER, pp. 1-13.

<sup>802</sup> FONTAINE, pp. 75-79 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, p. 32 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 95-182 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 353-357 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 12-34 et pp. 410-411 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 76-77 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, p. 358 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 313-319.

<sup>803</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 36-38 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 66-71 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 213-238 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 17-18 et pp. 125-129 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 114-115 ; VIVAS, pp. 39-80 ; RUIZ/ ANDREU, pp. 885-901.

qu'une norme impérative prévoit une prescription de 5 ans à compter de la date du sinistre, les décisions du consommateur sur ce point particulier ne sont plus pertinentes<sup>804</sup>. Dans le cas hypothétique où une telle disposition n'existait pas, le consommateur devrait choisir entre des polices fixant des délais différents et une mauvaise décision de sa part pourrait être catastrophique.

775 En résumé, dans le droit des assurances privées, il existe des situations où la vulnérabilité du consommateur est si manifeste que la solution juridique la plus efficace est de limiter totalement la liberté contractuelle, soit en interdisant certaines pratiques ou clauses dans les relations de consommation, soit en réglementant impérativement cet aspect dans la législation applicable, soit en créant des clauses contractuelles types.

776 Le remède de la limitation de la liberté contractuelle et le devoir d'information dans le contrat d'assurance ont deux approches très différentes :

- D'une part, le devoir d'information de l'assureur part du principe qu'il y a une asymétrie de l'information, mais il est possible de fournir au consommateur les outils appropriés pour protéger ses intérêts. Dans une certaine mesure, il s'agit d'un paternalisme faible, qui cherche à équilibrer les armes entre les parties, sans restreindre considérablement la liberté contractuelle.
- D'autre part, les mesures limitant la liberté contractuelle de l'assureur partent du principe que le déséquilibre et l'asymétrie sont si importants qu'il faut prendre des mesures plus coercitives et restrictives. D'une certaine manière, lorsque ces mesures sont utilisées, le législateur admet que le devoir d'information ne suffit pas à protéger le consentement du consommateur et qu'il faut donc recourir à d'autres remèdes plus radicaux<sup>805</sup>.

777 Il y a un exemple très illustratif montrant la contradiction entre donner les outils au consommateur pour protéger ses intérêts ou limiter la liberté contractuelle de l'assureur. C'est le cas *des assurances dites « de sinistres déclarés » (claims made)* dans le domaine de la responsabilité civile.

Sur le marché de l'assurance, il existe deux types d'assurance : d'une part, les assurances traditionnelles couvrant les sinistres survenus sous la durée du contrat et le délai de prescription court à partir du moment du sinistre. Par ailleurs, les assurances sous la modalité spéciale de « *sinistres déclarés* » (*claims made*) couvrent les sinistres qui sont réclamés sous la durée de la police d'assurance<sup>806 807</sup>.

778 Le choix de la forme d'assurance à contracter et l'opportunité de passer d'une modalité à l'autre sont des décisions extrêmement importantes, car une mauvaise décision peut conduire à des lacunes de couverture pour l'assuré. Le législateur a pris certaines mesures pour renforcer le devoir d'information dans *les assurances de « sinistres déclarés » (claims made)*. Néanmoins, certains juristes estiment que l'assurance de sinistres déclarés devrait être interdite de manière générale dans les relations de consommation parce que, malgré les

---

<sup>804</sup> La Suisse a fait une procédure de révision du droit de la prescription qui vise à améliorer et à simplifier, de manière ciblée, les règles du Code des obligations (CO) et des lois spéciales en matière de prescription. Voir : BRULHART/ LORENZ, pp. 141-164 ; MONTENEGRO/ CORONADO, pp. 241-291.

<sup>805</sup> LOACKER, pp. 15-146.

<sup>806</sup> Les assurances de sinistres déclarés ont l'avantage qu'elles peuvent avoir des effets rétroactifs, puisqu'elles couvrent les événements survenus avant l'entrée en vigueur de la police, mais qui n'étaient pas connus des parties. Cependant, celles-ci ont un défaut, celui d'un événement qui se produit sous la durée de la police, et n'étant pas réclamé au cours de celle-ci, il peut être exclu de la couverture (lacune de couverture).

<sup>807</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 207-217 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 865-965 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 382-384 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 484-490.

efforts déployés pour expliquer les modalités d'assurance, il est très difficile pour le consommateur moyen de les comprendre et de prendre donc de bonnes décisions à son égard<sup>808</sup>.

Pour nous, les mesures limitant la liberté contractuelle (l'établissement de normes impératives, l'interdiction totale de certaines clauses et la création de contrats standards) constituent une solution assez efficace à l'asymétrie de l'information. Toutefois, celles-ci sont extrêmement limitatives de la liberté contractuelle et empêchent l'innovation dans le secteur. 779

Compte tenu de la révolution en cours avec les nouvelles technologies, des changements sociaux et de l'évolution des marchés des assurances (la création d'écosystèmes numériques), les secteurs doivent être flexibles et s'adapter aux nouvelles circonstances pour ne pas disparaître. C'est pourquoi le recours excessif à des mesures limitant la liberté contractuelle est contestable. 780

**Sur la base des modèles économiques de la plupart des pays (modèle libéral de libre-échange) ces mesures restrictives de la liberté contractuelle ne sont utilisées qu'à titre exceptionnel**, dans des cas spécifiques tels que les assurances obligatoires, et certains aspects spécifiques de la relation contractuelle où le risque d'abus ou la vulnérabilité est manifeste. 781

Enfin, il est important de souligner qu'il existe une interaction très intéressante entre les mesures limitant le contenu contractuel et le devoir d'information, où le cadre normatif demande parfois à l'assureur d'attirer l'attention du consommateur et l'informer sur certaines dispositions légales. En d'autres termes, le professionnel doit expliquer quelques règles impératives au consommateur profane<sup>809</sup>. Pour donner des exemples concrets, l'assureur doit informer le consommateur des aspects contractuels suivants qui sont régis par des règles impératives : 782

- Délai de prescription
- Conséquences de la sous-assurance et de la surassurance, la double assurance
- Délai de résiliation du contrat d'assurance
- Délai de révocation du contrat

<sup>808</sup> Dans quelques pays comme la France, en 1990 la Cour de cassation a déclaré la clause *claims made* nulle (non écrite) et seulement, à travers une évolution législative, cette clause a été permise dans quelques cas exceptionnels, tels que responsabilité professionnelle (légalisation limitée). CHAGNY/ PERDRIX, pp. 209-217.

Également VEIGA explique le débat sur ce sujet en Espagne. VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 865-965.

Enfin, en Suisse, la jurisprudence a déclaré que les clauses *claims made* ne sont ni des clauses insolites ni illégales. Les parties du contrat d'assurance, jouissant de leur liberté contractuelle, peuvent souscrire ce type d'assurance. 5C.237/2001.

<sup>809</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-313 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 86-105 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 247-270 ; BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228 ; MASSARD, pp. 165-173 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-247 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; PAILLER, pp. 125-128 ; NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 118-126 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 269-281 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 4807-4817 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-805 ; BARRIENTOS, « *El deber precontractual de información en el contrato de seguro* », pp. 423-451 ; BARRIENTOS, « *Deberes de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro* », pp. 65-104 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; GAONA/ ORDOÑEZ, pp. 295-340.

- Conséquences de la réticence et de l'inexactitude dans la déclaration de l'état du risque
- Délai de notification du sinistre
- Charges de l'assuré au moment du sinistre
- Garanties prévues par la législation
- Processus de réclamation du sinistre
- Conséquences de la nature de la prestation (L'assurance sommes et assurances dommages)<sup>810</sup>

783 En résumé, pour l'exercice adéquat des droits des consommateurs d'assurance, il faut effectuer un travail pédagogique de vulgarisation de la législation. Dans certains cas, conformément à la bonne foi contractuelle, ce travail doit être effectué par le professionnel, c'est-à-dire qu'il appartient à l'assureur d'expliquer à son client potentiel certaines dispositions importantes à prendre en compte.

784 Il est vrai que le consommateur d'assurance présente non seulement une asymétrie d'informations concernant le contenu du contrat élaboré par le professionnel, mais aussi une asymétrie d'informations relatives à la loi qui le régit, le professionnel est donc chargé de cette tâche.

785 Il y a le débat si la vulgarisation de la loi et le devoir d'information des droits des consommateurs est une responsabilité de l'état. Il est même tout à fait disproportionné de tenir le professionnel responsable d'un système éducatif déficient, qui ne génère pas les connaissances élémentaires et juridiques chez les consommateurs.

786 À notre avis, le processus de vulgarisation doit impliquer tous les acteurs de la société, y compris les professionnels. Il est donc pertinent d'assigner certaines tâches à ces derniers, sans qu'ils soient les seuls responsables.

## B. Le contrôle des conditions générales du contrat d'assurance

787 Lorsque les conditions générales du contrat d'assurance sont rédigées de manière claire et que son contenu est conforme aux *principes de la bonne foi, de la transparence, de la proportionnalité et de l'équité*, c'est plus facile pour les preneurs d'assurance de prendre des décisions en toute connaissance de cause<sup>811</sup>.

788 **Le contrôle des conditions générales du contrat d'assurance peut être de deux types :**

- **Le contrôle des conditions générales du contrat d'assurance avant la commercialisation du produit d'assurance :** les autorités de surveillance peuvent effectuer un contrôle préalable. Comme nous l'avons déjà indiqué, le contrôle préalable des conditions générales du contrat d'assurance a été supprimé pour libéraliser les marchés des assurances en Europe et en Amérique latine. Cela a conduit à renforcer le devoir d'information de l'assureur pour compenser cette suppression<sup>812</sup>.
- **Le contrôle des conditions générales du contrat d'assurance après la commercialisation du produit d'assurance.** Ce type de contrôle peut être de deux types,

---

<sup>810</sup> En Suisse, l'article 3 de la LCA établit que l'entreprise d'assurance doit, avant la conclusion du contrat d'assurance, fournir une série d'informations. Dans la liste il y a des aspects qui sont encadrés dans des règles impératives. NEUHAUS-DESCUVES/ BOVET, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 87-94.

<sup>811</sup> VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1613-1807 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 119-157 ; PAILLER, pp. 125-128 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 191-238 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 181-104 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 173-177 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 536-538 et pp. 464-466 ; HERNÁNDEZ/ CAMPOS, pp. 143-173 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72.

<sup>812</sup> Supra. Chapitre 4. VA Le contrôle effectif du contenu du contrat par l'État.

l'action en justice visant à indemniser le consommateur pour les dommages causés par des abus dans les conditions générales du contrat d'assurance, d'une part<sup>813</sup>, et la plainte auprès de l'autorité de surveillance, qui vise à protéger le groupe de consommateurs<sup>814</sup> et à exiger des professionnels de modifier certaines clauses contractuelles (le contrôle administratif), d'autre part<sup>815</sup>.

En ce qui concerne le contrôle juridictionnel des conditions générales du contrat d'assurance, il y a lieu à formuler les observations suivantes : 789

## 1. Les problèmes du contrôle judiciaire

À l'heure actuelle, **de nombreux problèmes se posent en ce qui concerne le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat d'assurance**, notamment : 790

- **L'effet individuel des décisions** : dans les procédures judiciaires, une analyse individuelle de chaque cas est faite, et la décision ne concerne que les parties à la procédure judiciaire, sans modifier les autres relations entre le professionnel et son groupe d'assurés. Les jugements n'ont donc pas d'effet sur les relations contractuelles des preneurs d'assurance qui n'ont pas fait recours à la justice et qui font partie d'une même communauté d'assurés.
- **L'absence d'effet persuasif des décisions** : l'assureur n'a aucune obligation de modifier les conditions générales du contrat d'assurance en fonction des décisions judiciaires. En d'autres termes, l'assureur peut continuer à utiliser les mêmes conditions générales du contrat d'assurance avec d'autres clients.
- **Disparité des décisions** : les juges sont autonomes dans leurs décisions, ce qui entraîne des différences parmi les décisions. En d'autres termes, chaque juge peut évaluer différemment des cas similaires ou analyser différemment un même contrat d'assurance.
- **Barrières à l'accès à la justice** : bien qu'il y ait de nombreux problèmes liés au contenu des assurances, très peu de consommateurs agissent en justice car il y a beaucoup de difficultés pour accéder à la justice, notamment : méconnaissance des droits, frais de justice élevés, retards dans les procédures judiciaires, absence d'intérêt économique, etc<sup>816</sup>.

Pour remédier à cette situation, **différentes solutions ont été proposées, notamment** : 791

- **L'effet normatif de l'interprétation des conditions générales** : Dans le droit allemand, les conditions générales des contrats de consommation sont interprétées de manière uniforme et commune, de sorte que les interprétations ont une valeur norma-

<sup>813</sup> VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1613-1807 ; BENITO, « *La transparencia en el mercado de seguros* », pp. 119-157 ; PAILLER, pp. 125-128 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 191-238 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 181-104 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 173-177 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 536-538 et pp. 464-466 ; RUIZ/ ANDREU, pp. 885-901 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585 et 611-621.

<sup>814</sup> Lorsqu'une plainte est déposée auprès de l'autorité de surveillance, elle ne règle pas les cas individuels, mais l'autorité fait une analyse générale. En outre, les autorités de contrôle sont, en général, extrêmement prudentes en évitant d'intervenir dans les relations privées. Ce n'est que dans les cas très graves que l'autorité de surveillance prend des mesures.

<sup>815</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 101-105 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 766-767 ; NÚÑEZ DEL PRADO, « *La declaración del riesgo en los seguros para personas* », pp. 41-62 ; VIVAS, pp. 39-80 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

<sup>816</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 219-258 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 1631-1688 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 125-157 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 681-771 ; VEIGA, *Tome 1* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 392-440 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

tive. Ainsi, si une clause du contrat est qualifiée d'abusives, la décision affecte toutes les relations contractuelles similaires.

- **Autoriser les actions de groupe des consommateurs pour demander le contrôle d'une clause ou pratique générale affectant un groupe de consommateurs**, sans qu'il soit, même, nécessaire de prouver des préjudices individuels.
- **Améliorer les méthodes de résolution des conflits** en utilisant les nouvelles technologies afin de résoudre les cas de manière agile et automatique (l'intelligence artificielle).
- **Les sanctions administratives** : les autorités de surveillance peuvent sanctionner les entreprises qui continuent à utiliser systématiquement des clauses contractuelles ayant été déclarées abusives par les juges dans le passé.
- **Appliquer les bonnes pratiques commerciales de manière volontaire par les assureurs**. Certaines entreprises du secteur comprennent que le consommateur doit être au centre du système, c'est pourquoi elles adaptent volontairement les conditions générales du contrat d'assurance conformément aux décisions des juges.
- **Unifier la jurisprudence**. Il a été proposé de prévoir que lorsque la cour suprême déclare une clause abusive, l'assureur doit la supprimer de tous les contrats (effets généraux des décisions des juges). En outre, pour éviter des décisions différentes, les juges inférieurs sont tenus de respecter le précédent judiciaire des hautes cours dans les cas similaires. Si le juge inférieur estime que l'affaire est différente, il doit justifier en détail pourquoi il souhaite s'écarter de la décision de la Cour Suprême<sup>817</sup>.
- **Créer des listes noires de clauses abusives**<sup>818</sup>. Conformément aux litiges et au travail effectué par l'autorité de surveillance, des listes noires de clauses abusives sont établies et il est interdit de les incorporer dans les contrats futurs, soit par la loi, soit par ordre de l'autorité de surveillance<sup>819</sup>.

792 En dépit de quelques progrès mineurs, il convient de dire qu'il reste encore beaucoup à faire pour affiner ce contrôle judiciaire des contrats d'assurance, étant donné que de grandes failles subsistent.<sup>820</sup>

793 Finalement, il est important de mentionner que le contrôle effectif des conditions générales du contrat d'assurance aide les consommateurs à prendre des décisions en connaissance de cause car les contrats sont plus clairs et plus transparents, mais ce contrôle n'élimine pas totalement le problème de l'asymétrie. En effet, même si les contrats d'assurance sont équitables et conformes aux principes, cela ne signifie pas que le consommateur ne doive pas comparer les produits existants et qu'il n'existe pas de risque de mauvaises décisions.

<sup>817</sup> Bien que la Colombie ait un système de droit continental, afin d'unifier la jurisprudence, la réglementation a établi que s'il y a trois décisions précédentes de la Cour Suprême sur des faits similaires les juges inférieurs doivent les respecter. La Cour Suprême rend également des arrêts d'unification de la jurisprudence, où elle prend position sur des affaires qui sont jugées différemment par les juges inférieurs, même si elles sont similaires.

<sup>818</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Également, en Colombie, l'autorité de Surveillance a créé une liste de clauses et de pratiques abusives au moment de la distribution d'assurances. Circulaire externe 039 de 2011 concernant les clauses et pratiques abusives dans les contrats d'assurances.

<sup>819</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 219-258 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 1631-1688 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 125-157 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 681-771 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 392-440 ; MONTENEGRO/ CORONADO, pp. 241-291 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585 ; MARANO/ KYRIAKI (ÉDITS.), « *Transparency in Insurance Contract Law* ».

<sup>820</sup> Les obstacles à l'accès à la justice pour les consommateurs d'assurance pourraient faire l'objet d'une étude de recherche indépendante.

## 2. L'intégration de l'analyse de l'exécution du devoir d'information dans le contrôle des contrats

Actuellement, **le contrôle juridictionnel comprend non seulement une analyse des conditions générales du contrat d'assurance, mais aussi une analyse du respect du devoir d'information de l'assureur**, de sorte que les deux remèdes à l'asymétrie de l'information se complètent. C'est ainsi que le juge fait une analyse en deux étapes : 794

- Dans un premier temps le juge analyse les conditions générales du contrat d'assurance, c'est-à-dire qu'il analyse s'il y a des clauses abusives, surprenantes, illégales, etc. dans le contrat d'assurance.
- Ensuite, dans un second temps, il étudie l'exécution de l'obligation d'information de l'assureur<sup>821</sup>.

Par exemple, il est possible qu'une exclusion de couverture dans un contrat d'assurance passe la première analyse, c'est-à-dire que le juge détermine qu'elle n'est pas abusive, surprenante ou illégale, mais que l'assureur ne l'ait pas bien expliquée au preneur et il y a donc une violation du devoir d'information de l'assureur. En d'autres termes, le juge a constaté qu'il y avait un déséquilibre dans l'information et que le professionnel n'avait pas informé le consommateur de manière appropriée pour lui permettre de prendre des décisions en connaissance de cause. 795

## 3. L'effet du contrôle judiciaire n'est pas préventif de l'asymétrie de l'information

Comme CHAGNY/ PERDRIX l'expliquent, il y a deux moyens pour la protection de la volonté dans le contrat d'assurance : *les mesures préventives et les mesures curatives*. Les premières cherchent à éviter les problèmes d'incompréhension des preneurs d'assurance. Les deuxièmes visent à sanctionner et réparer les préjudices causés par les abus du professionnel<sup>822</sup>. 796

Selon leurs mots :

*Moyens de la protection. Le souci de protection de la volonté des parties au contrat d'assurance s'exprime à travers les mesures curatives bien connues que sont les vices du consentement sanctionnés en droit commun. Cependant, des mesures préventives ont été développées, sous la forme notamment d'obligations d'information destinées à éclairer la volonté, sur le fondement du droit spécial<sup>823</sup>,*

Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat d'assurance est une mesure curative, qui empêche de prévenir les problèmes d'asymétrie de l'information, mais permet de réparer les préjudices causés par les abus du professionnel. 797

Clairement, il s'agit de mesures de protection complémentaires et étroitement liées. Cependant, conformément à notre approche personnelle, nous préférons nous focaliser sur les mesures préventives. En d'autres termes nous cherchons à prévenir les problèmes dans la volonté des parties, plutôt que de chercher qui doit payer quand le système échoue. 798

<sup>821</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 219-258 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 1631-1688 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 125-157 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 681-771 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 92-127 et pp. 2056-2064 ; FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 392-440 ; MONTENEGRO/ CORONADO, pp. 241-291 ; MARANO/ KYRIAKI (ÉDITS.), « *Transparency in Insurance Contract Law* ».

<sup>822</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 85-95 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 11-13.

<sup>823</sup> CHAGNY/ PERDRIX, p. 85.



## C. Le droit de révocation du contrat d'assurance

799 Aujourd'hui, nous vivons dans la société de l'immédiateté, où le trafic contractuel est extrêmement rapide. Les biais cognitifs et la publicité incitent les gens à souscrire des contrats sans un processus de réflexion. C'est pourquoi l'un des aspects sur lesquels le droit de la consommation s'est concentré est l'établissement *d'un droit de révocation ou d'une période de réflexion supplémentaire*, permettant aux consommateurs de revenir sur des décisions prises de manière **impulsive**.

800 Un droit de rétractation dans le contrat d'assurance a été incorporé de manière générale dans les législations de plusieurs pays<sup>824</sup>. Certaines ne l'ont permis que dans quelques branches spécifiques (par exemple l'assurance-vie des capitaux) ou pour des contrats conclus selon certaines modalités (contrats à distance)<sup>825</sup>.

801 En raison de la nature particulière du contrat d'assurance, le droit de révocation a été créé par une législation spéciale et exclusive, qui tient compte des particularités du contrat et établit quelques exceptions<sup>826</sup>. Par exemple, en Suisse, il est exclu pour les assurances collectives de personnes, les couvertures provisoires et les conventions d'une durée inférieure à un mois<sup>827</sup>.

802 Comme nous l'avons déjà mentionné, le cas de la Suisse est représentatif car d'abord, dans une révision du Code des obligations, un droit de rétractation a été créé pour les situations où les professionnels offraient des contrats dans des lieux inhabituels (rue, téléphone). À l'époque, le législateur avait décidé d'exclure son application au contrat d'assurance, ce qui provoquait un fort malaise chez les défenseurs des droits des consommateurs d'assurance.

Dans les discussions sur la réforme de la loi du contrat d'assurance, l'une des revendications principales a été la création du droit de rétractation dans le contrat d'assurance. Enfin, la récente modification de la loi sur les contrats d'assurance a créé un droit de rétractation très large, puisqu'il ne s'applique pas exclusivement à la commercialisation dans des lieux inhabituels<sup>828</sup>.

803 Le droit de rétractation dans le contrat d'assurance est un mécanisme qui aide à lutter contre l'asymétrie de l'information, puisqu'il prévoit une période de réflexion supplémentaire pour le preneur d'assurance<sup>829</sup>. Cependant, il est important de mentionner qu'il ne résout pas le problème des fausses attentes du consommateur, étant donné que le problème ne se pose qu'au moment du sinistre, lorsqu'il découvre que son assurance ne le couvre pas. En outre, si le contenu du contrat n'est pas facile à lire et attrayant pour le consommateur, celui-ci ne le lira ni lors de la conclusion du contrat ni pendant la période de réflexion, c'est-à-dire que

---

<sup>824</sup> C'est le cas de la Suisse et le Pérou : FORNAGE, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 71-82 ; ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.

<sup>825</sup> En France l'assuré n'a pas un droit de renonciation général dans tous les contrats d'assurance, mais seulement dans le contrat d'assurance vie, dans le contrat d'assurance conclu à distance, le contrat d'assurance conclu à la suite d'un démarchage et le contrat conclu en complément de l'achat d'un bien ou d'un service. CHAGNY/ PERDRIX, pp. 89-92.

Au Chili il y a un droit de révocation pour les contrats conclus à distance. ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.

En Belgique il y a un droit de révocation (droit de se repentir) pour les contrats conclus à distance ou par voie électronique, en cas de conclusion par demande d'assurance ou police présignée. FONTAINE, pp. 178-179.

<sup>826</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 135-140 ; JARAMILLO, *Tome 2*, pp. 567-585.

<sup>827</sup> FORNAGE, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 71-82.

<sup>828</sup> Article 2 LCA.

<sup>829</sup> HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 135-140.

le temps supplémentaire ne garantit pas une analyse plus approfondie du contrat d'assurance<sup>830</sup>.

**Lorsque de nouvelles mesures de protection des consommateurs, comme le droit de rétractation, sont introduites dans la législation, un nouvel aspect apparaît sur lequel le professionnel doit informer le consommateur au moment de la conclusion du contrat d'assurance.** En ce cas-là, les deux remèdes se complètent, étant donné que cette période supplémentaire de réflexion fait partie des informations précontractuelles qui doivent attirer l'attention du consommateur. Le consommateur doit être informé de ce droit de rétractation car, en cas de méconnaissance des droits, ceux-ci ne sont pas exercés. Dans le Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance, FORNAGE fait référence à la relation des remèdes:

804

*Le respect par l'entreprise d'assurance de son devoir d'information au sens de l'art. 3 al. 1 let. h LCA n'a pas d'influence sur le délai de révocation de l'art. 2a LCA. En revanche, il ouvre le droit au preneur d'assurance de résilier le contrat d'assurance dans les quatre semaines dès la connaissance de l'information. Le droit de résilier se périmé deux ans après la contravention (art. 3a LCA), laquelle coïncide en général avec la conclusion du contrat. Le régime de l'art. 3 LCA diffère ainsi de celui prévu aux art. 40a ss CO : l'absence d'information sur le droit de révocation ne fait pas « partir » le délai de l'art. 40e CO2. La violation du devoir d'information « gèle » ainsi le délai de révocation qui ne commence à courir que lorsqu'une information en conformité avec les exigences légales (art. 40e CO) est fournie au consommateur<sup>831</sup>.*

**De même, la question se pose de savoir si l'intégration de deux mécanismes de protection parallèles entraîne une surprotection du consommateur et il est donc souhaitable d'assouplir l'un de ces mécanismes pour maintenir l'équilibre.** À ce sujet, BRULHART affirme :

805

*Le rétablissement de la liberté contractuelle. L'Etat cherche là essentiellement à rétablir les conditions d'exercice d'une liberté entravée ; on prend conscience du caractère parfois inégalitaire du rapport contractuel. Pour rétablir la parité, l'Etat procède généralement par l'imposition de devoirs particuliers à la partie forte ou par l'octroi de prérogatives à la partie faible.*

*Une partie peut être considérée comme faible ou forte en considération de divers critères : en matière de contrat de bail, l'état général du marché immobilier peut jouer en défaveur du locataire. Lors de la conclusion d'un contrat par démarchage à domicile, c'est l'intimidation parfois qui entrave le libre arbitre. Dans le domaine du crédit à la consommation, la simplicité et la rapidité avec laquelle il est possible de s'engager peut placer le contractant sur une pente glissante. Enfin, il est des situations dans lesquelles la prestation est insaisissable à raison de son aspect immatériel et/ou technique : ainsi de l'assurance. Ces caractéristiques peuvent se combiner. Sans dire que le contractant finit toujours sur un mauvais terrain (il existe en effet nombre de contrats de bail, de crédit à la consommation ou encore de contrats d'assurance qui s'inscrivent dans un rapport parfaitement équilibré), il faut néanmoins veiller à ce que le contractant s'engage en connaissance de cause ; dans certains cas, il est même indiqué que le législateur mette des instruments spécifiques à sa disposition pour maîtriser l'évolution. La question se pose alors de savoir s'il faut cumuler les moyens, en d'autres termes, s'il faut imposer un devoir d'information et un*

<sup>830</sup> LOACKER, pp. 15-147 ; NUÑEZ DEL PRADO, « *El principio de razonabilidad y las expectativas del asegurado* », pp. 85-106.

<sup>831</sup> FORNAGE, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 93.

*droit de révocation ou si la logique ne commande pas plutôt le choix entre l'un et l'autre, selon les circonstances*<sup>832</sup>.

806 Comme nous l'avons répété tout au long de nos recherches, les différents remèdes doivent être coordonnés et équilibrés. Pour ce faire, il faut partir de l'hypothèse que les remèdes ne sont pas parfaits et qu'ils présentent tous à la fois des avantages et des inconvénients qui doivent être pris en considération.

#### **D. La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP)**

807 Comme on l'a déjà mentionné, dans le droit financier du Royaume-Uni, **il y a une nouvelle méthode de conception et surveillance des produits, laquelle a commencé à être reprise dans d'autres branches comme le droit des assurances privées**<sup>833</sup>.

808 La Directive (UE) 2016/97 (article 25) et le Règlement délégué 2017/2358 ont établi *le principe de surveillance et de gouvernance des produits* dans le processus de conception des produits d'assurance dans l'UE. Selon cette méthode, le consommateur doit être au centre du système et, les produits financiers doivent être conçus en fonction de ses besoins et des risques de la distribution pendant toutes les étapes de conception et distribution des produits d'assurance.

809 La nouvelle méthode de GSP veut résoudre les problèmes de fond dans la conception des produits. Nous applaudissons le fait que des juristes, tels que MARANO, se concentrent sur celle-là, et nous espérons que ce travail sera couronné de succès.

810 La politique de GSP a une relation proche avec le devoir d'information de l'assureur principalement pour deux motifs :

- D'une part, il se pose la question si cette méthode de GSP couvre la problématique de l'asymétrie de l'information car celle-ci a une vision systémique qui englobe toutes les étapes (y compris la distribution d'assurances).
- D'autre part, si la politique de GSP provoque la réduction de l'importance relative du devoir d'information car, si les produits d'assurance sont bien conçus (conformément aux besoins des consommateurs), les décisions prises par les consommateurs cessent d'être importantes et le besoin de protéger le consentement disparaît aussi.

811 De notre point de vue, l'approche systémique offre une vue d'ensemble pendant toutes les étapes de conception et distribution des produits d'assurance, mais il est également important dans notre approche qui se concentre sur une seule problématique particulière dans une étape (le moment de la conclusion du contrat) car les deux approches sont complémentaires. De même, avant de démonter certains instruments comme le devoir d'information de l'assureur, il est important d'accorder un certain laps de temps afin d'apprécier l'efficacité des nouvelles méthodologies.

#### **E. Le conseil par un tiers ou un intermédiaire ou une plateforme technologique**

812 Il y a deux *façons de conclure un contrat d'assurance* : soit la conclusion directe entre l'assureur et le preneur d'assurance (*assurance directe*), soit la conclusion via la participation d'un intermédiaire d'assurance (*assurance indirecte*)<sup>834</sup>.

---

<sup>832</sup> BRULHART, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, pp. 201-228.

<sup>833</sup> MARANO, « *The Product Oversight and Governance* », pp. 60-96 ; SOLA, pp. 109-123 ; PAILLER, pp. 176-180 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 193-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 113-121.

<sup>834</sup> BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 162-184 ; PARIS, pp. 9-13 ; PEÑAS, pp. 37-81 SOLA, pp. 79-89 ; RÍOS, « *Los efectos*

Compte tenu des profonds problèmes d'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance, l'idéal est que, dans les décisions les plus importantes, le consommateur d'assurance soit conseillé par un tiers indépendant, qui l'aide à prendre des décisions en connaissance de cause<sup>835</sup>. L'intermédiaire peut même être une plateforme technologique, comme c'est le cas pour les comparateurs de produits qui, grâce à l'intelligence artificielle, déterminent objectivement les polices adaptées aux besoins du consommateur. Autrement dit, dans un avenir proche, les outils d'intelligence artificielle, tels que le célèbre « *ChatGPT* », seront capables d'analyser les circonstances de chaque consommateur et de conseiller le produit d'assurance le plus adapté à ses besoins particuliers. 813

Actuellement, l'intermédiation en assurance est un sujet extrêmement complexe car il existe un réseau complexe de facteurs, de participants et de connexions multiples (l'écosystème de l'assurance)<sup>836</sup>. 814

BRULHART explique pourquoi le sujet de l'intermédiation est un sujet sensible, rendant plus complexe le schéma de conclusion des contrats : 815

*L'intermédiaire est en charge de la distribution des produits et services d'assurance, tandis qu'il permet au preneur d'acquérir les garanties dont il a besoin. Le domaine de l'intermédiation est sensible, notamment en ce qu'il peut être à l'origine de déceptions (mauvais conseils) ou des conflits d'intérêt. Placé par définition entre l'assureur et le preneur, l'intermédiaire est en lien simultanément avec l'un et avec l'autre. En vérité, c'est cela même qui confère à cette activité son caractère singulier ; c'est en même temps l'une des principales caractéristiques qui le poussent désormais sous les feux de la rampe. Relations juridiques avec assureur et assuré, transparence des modalités de rémunération, obligation de conseil, dépendance ou indépendance, statut juridique, surveillance, et, autant de questions qui surgissent aujourd'hui d'emblée au moment d'évoquer l'intermédiation en assurance*<sup>837</sup>.

**Comme l'intermédiaire participe à la conclusion du contrat d'assurance, sa participation change radicalement le schéma des devoirs précontractuels et notamment le devoir d'information.** Pour comprendre la modification, il convient d'expliquer les types d'intermédiaires : 816

- *L'intermédiaire représentant les intérêts du preneur d'assurance*
- *L'intermédiaire représentant les intérêts de l'assureur*
- *Les intermédiaires mixtes*
- *Nouvelles formes de distribution*
- *Notre approche*

## 1. L'intermédiaire représentant les intérêts du preneur d'assurance

Au moment de la conclusion du contrat d'assurance, les preneurs peuvent recourir *au service d'un professionnel (un intermédiaire)*, qui peut faire une comparaison des produits et conseiller quel est le contrat d'assurance le mieux adapté aux besoins du client. Comme le preneur d'assurance reçoit les conseils d'un expert, le devoir d'information de l'assureur et 817

---

*derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; PEÑAS, pp. 37-81.

<sup>835</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 et pp. 161-169.

<sup>836</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups* » ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 162-184.

<sup>837</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 161.

la responsabilité pour sa violation diminuent radicalement, étant donné que le preneur est assisté par un professionnel<sup>838</sup>.

818 Comme nous l'avons mentionné, il y a le débat si le devoir d'information du professionnel (dans ce cas-là l'assureur) est remplacé par *le devoir de diligence de l'intermédiaire*. À notre avis, **le devoir d'information est remplacé par le devoir de diligence de l'intermédiaire** puisque le problème de l'asymétrie de l'information est résolu par un autre remède<sup>839</sup>.

819 Il est important de mentionner que dans le secteur des assurances, afin de garantir une activité irréprochable, la réglementation de la distribution établit un certain nombre de conditions pour obtenir l'agrément d'exercer l'intermédiation (exigences minimales d'accès à la profession)<sup>840</sup>. Les intermédiaires d'assurances sont donc des professionnels qualifiés et doivent répondre de leurs mauvais conseils au consommateur.

820 L'intermédiaire accomplit sa fonction de conseiller mais la décision finale de souscrire ou non l'assurance doit être prise par le consommateur. **À cette fin, il existe un devoir d'information de l'intermédiaire d'assurance à l'égard du consommateur. C'est pourquoi on peut dire que le devoir d'information ne disparaît pas, mais le responsable de celui-ci change.**

821 La présente thèse ne traitera pas du devoir d'information de l'intermédiaire ni de sa responsabilité, mais il est important de mentionner que le régime de responsabilité de l'intermédiaire est plus strict par rapport à celui de l'assureur pour quatre raisons fondamentales :

- L'intermédiaire est un professionnel qualifié expert en assurance.
- L'objet du contrat de courtage est précisément de conseiller le consommateur au moment de la conclusion du contrat et il reçoit une commission pour le faire.
- L'intermédiaire représente les intérêts du consommateur, c'est pourquoi il a *un devoir de fidélité*.
- En vertu du principe de la transparence, l'intermédiaire est obligé à avertir s'il y a un conflit d'intérêts avec l'assureur, l'objectivité et l'impartialité de son conseil et la rémunération qu'il va percevoir<sup>841</sup>.
- Le régime juridique des intermédiaires d'assurance les oblige à contracter une assurance responsabilité civile qui inclut les dommages causés à la suite de mauvais conseils aux consommateurs dans leur rôle d'intermédiaire<sup>842</sup>.

822 La doctrine du droit des assurances se pose la question de savoir si, dans le cas des intermédiaires qui représentent les intérêts du consommateur, l'obligation d'information cesse d'être un simple devoir d'information (fournir les informations de base) et devient *un véri-*

---

<sup>838</sup> FONTAINE, pp. 623-661 CHAGNY/ PERDRIX, pp. 74-75 et pp. 85-86 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; VERGARA, pp. 83-118 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 559-641 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194.

<sup>839</sup> Chapitre 4 IV. L'aide de tiers spécialisés

<sup>840</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 53-54 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382 ; VERGARA, pp. 83-118 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 775-854.

<sup>841</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 135 et ss.

<sup>842</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 135 et ss. HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189 ; PEÑAS, pp. 37-81.

table *devoir de conseil* (donner une recommandation individuelle et impartiale, après analyse des différentes offres sur le marché)<sup>843</sup>. HIRT évoque :

*Au sujet du devoir de conseiller. Les assurances sont des produits complexes. A cela s'ajoute que bon nombre de clients ont de la difficulté à cerner leurs besoins de sécurité et à trouver parmi les solutions d'assurance celles qui leur conviennent le mieux. Les clients ont besoin d'un conseil compétent. Cette prestation doit être effectuée avec diligence et de manière à satisfaire leurs besoins.*

*Le devoir de conseil dans son ensemble n'est pas expressément réglé dans la loi sur le contrat d'assurance. Il résulte en partie du devoir d'information (art. 3 LCA) et peut être, en partie également, déduit du principe général consacré à l'art. 2 CC qui stipule que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi »<sup>844</sup>.*

À cet égard, RÍOS fait valoir que, sur la base de la jurisprudence et de l'interprétation de la législation de son pays, le devoir d'information de l'intermédiaire doit être analysé dans une perspective globale, par conséquent, l'obligation d'information comprend un devoir de conseil dans tous les cas. Selon RÍOS, en raison des caractéristiques particulières du contrat et de sa complexité, l'obligation d'information comprend à la fois l'obligation de fournir des informations traditionnelles (obligation d'information du droit de la consommation classique) et l'obligation de conseil, c'est-à-dire, d'analyser le profil du client et voir quelle assurance lui convient le mieux dans la variété des assurances offertes sur le marché<sup>845</sup>. 823

De plus, comme les juristes français l'expliquent, la jurisprudence en leur pays se montre avec constance et détermination très protectrice des consommateurs d'assurance. Par conséquent, les juges ont souvent ignoré la distinction entre le devoir de conseil et le devoir d'information, ce qui a induit à ce que le devoir d'information s'approche du devoir de conseil dans tous les contrats<sup>846</sup>. KHOURY a rédigé une intéressante thèse de doctorat intitulée « *L'information et le conseil dus au preneur d'assurance* », qui présente cette tendance jurisprudentielle dans la France<sup>847</sup>. 824

## 2. L'intermédiaire représentant les intérêts de l'assureur

Parfois les assureurs ne distribuent pas directement les contrats d'assurance, mais ils délèguent la distribution d'assurance à des tiers, avec lesquels ils ont *une relation économique ou juridique*. **Comme il existe une délégation, l'assureur doit être responsable de l'exécution du devoir d'information de l'assuré.** C'est pourquoi le devoir d'information de l'assureur reste le même, et face aux violations des devoirs précontractuels, il doit répondre, indépendamment de la délégation<sup>848</sup>. 825

<sup>843</sup> KHOURY, pp. 35-127 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 85-86 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 128-132 et pp. 161-169 ; RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>844</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 168.

<sup>845</sup> RÍOS, « *El deber de información en el seguro* », pp. 203-231 ; RÍOS, « *Los efectos derivados del incumplimiento al deber de información precontractual* », pp. 343-382.

<sup>846</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 71-143 ; BIGOT et al., *Tome 3 : Le contrat d'assurance*, pp. 227-235 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 129-137 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 286-312 ; KULLMANN et al., *Le Lamy assurances 2018*, pp. 2215-2220 ; L'ARGUS, *Code des assurances*, pp. 798-804.

<sup>847</sup> KHOURY, pp. 35-127.

<sup>848</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 252-253 ; FONTAINE, pp. 623-661 ; MASSARD, pp. 91-95 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 74-75 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 104-189 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 295-556 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; KHOURY, pp. 35-127.

### 3. Les intermédiaires mixtes

- 826 Il y a des intermédiaires qui se trouvent à la frontière et l'intérêt qu'ils représentent n'est pas clairement défini car ils ont des liens économiques ou juridiques avec les deux parties<sup>849</sup>  
850.
- 827 Face aux conflits d'intérêts évidents et au manque de transparence, un secteur de la doctrine a proposé que ces intermédiaires disparaissent, c'est-à-dire, de simplifier le système. Sur la base du principe de la transparence, la récente réforme de la LSA (articles 40 à 46) en Suisse a supprimé la figure des pseudo-courtiers, et il n'y aura que des intermédiaires liés et non liés<sup>851</sup>.
- 828 En ce qui concerne le devoir d'information, il convient de procéder à une analyse, cas par cas, en deux étapes, la première consistant à appliquer des critères économiques et juridiques différents pour déterminer si l'intermédiaire est lié à l'assureur ou non, et la seconde à analyser le respect de l'obligation d'information.

### 4. Nouvelles formes de distribution

- 829 **La complexité de la distribution des assurances s'est accrue du fait du développement de nouvelles formes de commercialisation des assurances non traditionnelles**, comme c'est le cas de la « *bancassurance* », les conseils des associations de consommateurs, les ventes croisées<sup>852 853</sup>. FONTAINE l'illustre :

*La distribution de l'assurance connaît une profonde évolution, tendant à réduire la part de ces producteurs (Le professeur Fontaine fait référence aux intermédiaires d'assurance). Dans le passé, certaines entreprises d'assurance pratiquaient déjà la « vente directe », par leurs propres services, sans intermédiaires. Cette pratique s'est élargie, notamment avec l'apparition des « call centers » et le développement du commerce électronique. Mais surtout, d'autres canaux de distribution se sont mis en place. Le phénomène de la bancassurance conduit de nombreuses banques à distribuer des contrats d'assurance à leurs guichets). D'autres entreprises ou organismes aussi variés que des agences de voyages, des émetteurs de cartes de crédit, des grands magasins, des garagistes ou des mutualités proposent également des contrats d'assurance à leurs clients ou à leurs adhérents<sup>854</sup>.*

- 830 Également, lors de la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique) de nouvelles formes de distribution d'assurance liées aux nouvelles technologies sont apparues, telles que la vente de contrats à distance sur Internet, le développement de comparateurs

---

<sup>849</sup> En Uruguay, comme l'explique SIGNORINO, les courtiers d'assurance sont des tiers impartiaux, qui ne représentent les intérêts d'aucune des parties, mais fournissent leurs conseils en tant qu'experts de manière impartiale. SIGNORINO, « *Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros* », pp. 15-44. De même, en Colombie, le courtier d'assurance est un tiers indépendant, qui entretient des relations particulières avec chacune des parties. VERGARA, pp. 83-118.

<sup>850</sup> BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 252-253.

<sup>851</sup> La LSA révisée et ses dispositions d'exécution sont en vigueur depuis le 1er janvier 2024.

<sup>852</sup> VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72.

<sup>853</sup> Infra. Chapitre 3 III G Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique).

<sup>854</sup> FONTAINE, pp. 625-627.

d'assurance<sup>855</sup> sur internet, l'utilisation de nouvelles plateformes technologiques pour la vente d'assurances, etc<sup>856</sup>. LAMBERT-FAIVRE et LEVENEUR le décrivent :

*La distribution de l'assurance – les formes traditionnelles de distribution de l'assurance sont actuellement remises en cause dans tous les pays, car aux réseaux classiques d'intermédiaires d'assurance se superposent de plus en plus des formes nouvelles de distribution au public*<sup>857</sup>.

Comme nous l'avons mentionné précédemment<sup>858</sup>, les nouvelles technologies et la création de nouvelles formes de distribution d'assurance exigent une adaptation de la législation, y compris le devoir d'information. Par exemple, un consommateur a le droit d'être clairement informé par le comparateur d'assurance s'il fournit une comparaison indépendante et impartiale des polices d'assurance, s'il y a un conflit d'intérêts ou non (relation juridique ou économique avec les assureurs) et si l'analyse comprend tous les produits d'assurance sur le marché<sup>859</sup>. 831

En effet, l'un des grands défis pour les autorités nationales de surveillance est de protéger les preneurs d'assurance dans les différents canaux de distribution<sup>860</sup>.

Également, l'utilisation de nouvelles formes de distribution engendre de nouveaux risques liés au droit de la concurrence, c'est pourquoi il est nécessaire d'établir des règles transparentes pour tous les acteurs<sup>861</sup>. Par exemple, les exigences pour obtenir l'agrément des différents canaux de distribution doivent être équilibrées car c'est une violation du droit de la concurrence si certains intermédiaires doivent remplir beaucoup de conditions et, au contraire, d'autres intermédiaires exercent l'activité sans surveillance. 832

## 5. Notre approche

La principale nouveauté de la Directive européenne DDA a été l'adoption d'une approche intégrale dans la distribution des assurances, qui régit dans une même directive la distribution directe et la distribution par intermédiaire<sup>862</sup>. Au moment de délimiter l'objet de notre recherche, nous nous sommes demandé s'il était opportun d'utiliser la même approche, c'est-à-dire, d'inclure le devoir d'information de l'intermédiaire d'assurance. 833

<sup>855</sup> BRULHART fait quelques réflexions sur le statut juridique des comparateurs d'assurance sur Internet. BRULHART, *Les comparateurs d'assurance sur Internet*, pp. 127-153.

<sup>856</sup> FONTAINE, pp. 623-661 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Virtual Competition* », pp. 26-27 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>857</sup> LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, p. 135 et ss.

<sup>858</sup> Infra. Chapitre 3 III G Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique).

<sup>859</sup> BRULHART, *les comparateurs d'assurance sur Internet*, pp. 127-153.

<sup>860</sup> VAN-DROOGHENBROECK/ SCHUERMANS, pp. 17-66 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, *La digitalización en el mercado de seguros*, pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-7 ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>861</sup> Le livre intitulé « *The "Dematerialized" Insurance* » fait une analyse de droit comparé sur les nouvelles façons de distribution numérique dans le marché des assurances privées. MARANO/ ROKAS/ KOCHENBURGER(édits.), « *The "Dematerialized" Insurance* ».

<sup>862</sup> SOLA, pp. 73-128 ; MARANO, « *Insurance Distribution directive* » ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 113-194 ; BIGOT et al., *Tome 2 : La distribution d'assurance*, pp. 831-1073 ; PAILLER, pp. 162-184 ; PARIS, pp. 9-13 ; PEÑAS, pp. 37-81 ; SOLA, pp. 79-89.



834 Finalement nous avons décidé d'exclure la question de l'intermédiation de notre étude en raison de la complexité du sujet. En effet, il est préférable de se concentrer sur une seule problématique. En outre, le devoir d'information de l'assureur est le devoir de base du *modèle d'information*. C'est pourquoi avant d'aborder la question de l'intervention d'un intermédiaire, il convient d'étudier au préalable la relation de base entre l'assureur et le preneur d'assurance<sup>863</sup>.

En d'autres termes, la présente thèse s'est concentrée sur la relation directe entre le consommateur et l'assureur car nous estimons qu'avant d'analyser des relations plus complexes, il convient d'affiner la relation de base entre le professionnel et le consommateur. Par la suite, dans le cadre de recherches complémentaires, nous pourrions aborder en profondeur les différents acteurs de l'écosystème complexe du marché des assurances.

835 **Les recherches doctorales aident à comprendre qu'il est parfois préférable d'aborder un problème en profondeur afin d'avoir des apports pour des recherches ultérieures.**

## **F. La relation entre les autres domaines de connaissances et le devoir d'information de l'assureur**

836 Comme cela a déjà été mentionné, **le problème de l'asymétrie de l'information a été étudié en profondeur par les différents domaines de connaissances**. Sur les recherches dans d'autres disciplines, il existe des *études concernant l'efficacité des remèdes de protection et les caractéristiques des consommateurs d'assurance* (aversion au risque, biais cognitifs, etc.)<sup>864</sup>. Par exemple BORY expose les études des sciences comportementales dans le domaine de l'assurance :

*Les résultats des sciences comportementales sont particulièrement intéressants dans le domaine des assurances puisqu'ils ont mis en évidence les limites cognitives et les biais psychologiques qui affectent les individus lorsqu'ils doivent prendre des décisions en matière de risques. Confrontés à des sujets complexes, les individus ont tendance à commettre des erreurs d'appréciation dues aux coûts de l'analyse (compétences, temps à investir, etc.) ou à l'utilisation de raccourcis mentaux (heuristiques). Les études empiriques ont en effet attesté les difficultés des individus à calculer les probabilités de survenance d'un événement, les chances de gains étant généralement sous-estimées par rapport aux pertes, ce qui témoigne d'une certaine aversion au risque<sup>865</sup>.*

837 Il est important de mentionner que quelques études, dénonçant « l'échec » du devoir d'information du professionnel, utilisent comme exemple le devoir d'information de l'assureur dans le contrat d'assurance<sup>866</sup>.

838 Comme nous l'exposerons dans la dernière partie de la thèse, nous faisons partie du groupe qui pense que l'utilisation de la recherche interdisciplinaire peut améliorer la manière dont les consommateurs sont informés, c'est-à-dire que le devoir d'information n'est pas un « échec » total. De surcroît, nous affirmerons que le modèle du consommateur informé est un modèle à atteindre, et nous ne pouvons pas nous résigner et abandonner l'objectif d'améliorer l'éducation des consommateurs.

---

<sup>863</sup> En plus, notre collègue Monsieur Jérôme LORENZ prépare, à l'Université de Lausanne, une thèse où il va aborder l'intermédiation dans le contrat d'assurance. Le succès académique repose sur la distribution du travail, comme on dit dans les formations de gestion de projets « *seul, on va plus vite, accompagné on va plus loin* ».

<sup>864</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 184-189.

<sup>865</sup> Ibid., pp. 185.

<sup>866</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* » ; SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 1-272 ; STRAETMANS, pp. 73-85.

Par ailleurs, afin d'améliorer la clarté et la simplicité aussi bien de la documentation contractuelle que de la documentation précontractuelle, certaines entreprises ont constitué des équipes interdisciplinaires. Pour ce faire, les documents juridiques ont cessé d'être conçus exclusivement par des avocats en permettant la participation active d'autres professionnels non-juristes. Par exemple, le service marketing analyse parfois si la documentation préparée par le service juridique est compréhensible pour le consommateur profane. 839

Également, il y a une nouvelle tendance consistant en l'incorporation de nouvelles méthodologies d'autres disciplines dans l'élaboration des polices d'assurance et dans l'amélioration de l'efficacité du devoir d'information de l'assureur, telles que *les études du comportement des consommateurs*, « *legal Design* », la *théorie des « nudges »*, entre autres<sup>867</sup>. 840

De même, les facultés de droit ont créé des groupes de recherche interdisciplinaires pour étudier les synergies et les interactions entre différents sujets (neurosciences, études comportementales, analyse économique du droit). À titre d'illustration, en Argentine, notamment à l'Université de Buenos Aires, plusieurs professeurs sont intéressés par l'étude de la relation entre les neurosciences<sup>868</sup> et le droit des assurances, comme c'est le cas de CARLOS GERSHI, DANIEL PASTOR, WALDO SOBRINO, NARVAEZ MORA, HORACIO GRANERO, entre autres. Ces juristes ont créé une école de pensée en Argentine sur ce sujet. WALDO SOBRINO a même publié un livre très intéressant intitulé « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* » où il expose en profondeur la relation entre les neurosciences et le droit des contrats<sup>869</sup>. 841

La principale constatation de l'école de pensée est que dans le droit classique des contrats il y a un certain nombre de fondements et de présomptions que les évidences scientifiques ont prouvé qu'ils sont totalement faux et que des modifications nécessaires doivent être apportées (changer les paradigmes). 842

Dans cette thèse, nous avons essayé de présenter différentes positions et méthodologies, mais nous avons pris la décision de ne pas nous adhérer à une école ou une méthodologie en particulier. Nous préférons présenter un panorama plus large et plus complet au lecteur, sans nous concentrer sur une méthodologie qui limiterait la portée de la recherche. 843

## G. La synthèse

Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur les conclusions suivantes: 844

- Le droit des assurances, à l'égal du droit de la consommation en général, a proposé différentes solutions à l'asymétrie de l'information entre le professionnel et le consommateur.
- Tous les remèdes proposés ont des qualités et des défauts, il est donc nécessaire de faire un processus d'articulation parmi eux.
- La présente thèse s'est concentrée sur le devoir d'information de l'assureur car c'est le remède le plus utilisé par excellence, mais un groupe pourrait être constitué dans l'avenir pour étudier tous les remèdes de manière conjointe et systémique.

<sup>867</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 264-273 ; ROAM DAN.

<sup>868</sup> Les neurosciences étudient le fonctionnement du système nerveux lié au comportement des êtres humains au moment de prendre des décisions. C'est ainsi que les neurosciences étudient les émotions, la conscience, la prise de décisions et les actions socio-psychologiques des personnes.

<sup>869</sup> SOBRINO, « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* » ; SHINA, pp. 1-180.

## X. Les effets des problématiques globales sur le devoir d'information de l'assureur

845 **Les sociétés évoluent selon une juxtaposition de facteurs** (économiques, culturels, sociologiques, anthropologiques, politiques, psychologiques, biologiques, environnementaux). **Il y a aussi de grandes révolutions** (la révolution des nouvelles technologies, la révolution du droit de la consommation) et des problématiques globales (le changement climatique, les crises économiques, les pandémies mondiales, les problèmes géopolitiques à l'échelle mondiale).

846 Ces problématiques et révolutions entraînent des transformations communes, transversales et systémiques dans tous les secteurs et disciplines. Toutefois, elles ont également des effets spécifiques et concrets sur des thèmes d'étude particuliers. Lorsque nous avons rédigé cette thèse de doctorat, il y avait de sérieux facteurs qui ont profondément affecté le devoir d'information de l'assureur et il est pertinent de faire quelques réflexions très concrètes sur les quatre thèmes suivants :

- *Le changement climatique.*
- *La pandémie mondiale du COVID-19*
- *La crise des assurances vie liées à des fonds de placement et des prévoyances.*
- *Les conséquences de la quatrième révolution industrielle sur le devoir d'information de l'assureur.*

### A. Le changement climatique

847 *Le changement climatique* est un défi mondial car il met en péril la survie de l'espèce humaine sur la terre. Le secteur de l'assurance a participé activement aux grands traités et discussions qui ont eu lieu au sein de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (le pacte de Glasgow pour le climat (COP26), l'Accord de Paris (COP21), le Protocole de Kyoto).

848 Cela se manifeste à trois égards :

- Dans le cadre de l'accord de Paris, le secteur des assurances a lancé une grande alliance publique-privée appelée « Insurance Development Forum », dans laquelle participent tous les acteurs du secteur cherchant à intervenir activement aux discussions mondiales sur l'action climatique<sup>870</sup>.
- En plus, il y a une alliance appelée « *The UN-convened Net Zero Asset Owner Alliance (NZAOA)* » qui cherche à ce que les portefeuilles de placement investissent leur argent seulement dans des entreprises qui émettent zéro émission nette de gaz à effet de serre GES d'ici 2050, conformément à une augmentation maximale de la température globale de 1,5 °C. Les acteurs du secteur de l'assurance (assureurs, les réassureurs, les intermédiaires, les associations et les instituts de recherche) ont rejoint cette alliance.
- De surcroît, les assureurs ont adopté les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans le processus d'investissement. En d'autres termes, le but est que les investissements du secteur de l'assurance soient placés en entreprises qui font

---

<sup>870</sup> The Insurance Development Forum (IDF) : Il s'agit d'un partenariat public-privé mené par l'industrie des assurances et soutenu par des organisations internationales. Son existence a été annoncé pour la première fois lors de la Conférence des Parties des Nations Unies de Paris (COP21) en 2015 et officiellement lancé par les dirigeants des Nations Unies, la Banque mondiale et l'industrie des assurances en 2016. Ce forum vise à créer des mécanismes pour protéger les populations contre les catastrophes et les crises économiques liées aux changements climatiques.

une gestion des risques environnementaux (la durabilité environnementale), sociaux (lutter contre la discrimination et l'inégalité) et de gouvernance<sup>871</sup>.

C'est pourquoi les investissements doivent être durables à long terme et jouer un rôle prépondérant dans la construction d'un monde meilleur.

Le changement climatique entraîne des conséquences spécifiques sur le devoir d'information de l'assureur à plusieurs égards importants : 849

- La transformation de certains produits d'assurance
- La nouvelle génération de produits d'assurances agricoles
- Les investissements durables
- La synthèse

## 1. La transformation de certains produits d'assurance

Les assurances reposent sur une *série d'estimations techniques, telles que les calculs de probabilités et l'incertitude de l'occurrence du sinistre*<sup>872</sup>. Aujourd'hui, il existe des estimations scientifiques qui montrent que la probabilité de survenance de certaines catastrophes naturelles (sécheresses, inondations, famines) va augmenter en raison du changement climatique, il y a même une certitude de l'occurrence de certains risques<sup>873</sup>. 850

Étant donné que la tarification se fait en fonction du risque, cela conduira à des primes plus élevées ou même à des risques qui ne peuvent pas être assumés par les assureurs<sup>874</sup>. Malheureusement, certains produits d'assurance ne seront plus rentables ni pour les consommateurs d'assurance qui ne seraient pas disposés à payer des primes aussi élevées ni pour les assureurs qui seraient certains de la survenance des sinistres. 851

**C'est pourquoi certains produits d'assurance traditionnels doivent être transformés à court terme, et il faut recourir à d'autres méthodes de gestion des risques.** Malheureusement, ces méthodes alternatives de gestion des risques sont extrêmement complexes et difficiles à expliquer au consommateur. Ce sera donc un grand défi pour le professionnel d'expliquer les nouveaux produits de gestion des risques qui seront offerts sur le marché. 852

## 2. La nouvelle génération de produits d'assurances agricoles

Grâce à l'utilisation des nouvelles technologies (analyse des données), *de nouveaux produits sont proposés sur le marché (la nouvelle génération d'assurances agricoles)* : 853

- *Les produits d'assurance sur mesure* : l'assureur peut personnaliser les couvertures d'assurance pour les activités selon l'utilisation, les principaux risques et les besoins particuliers du consommateur. Par exemple, une ferme qui utilise pendant certaines saisons les terres pour cultiver maïs à d'autres époques les utilise pour d'autres activités commerciales comme les sports de neige, l'assureur peut adapter le produit d'assurance aux caractéristiques de l'affaire.
- *L'assurance paramétrique (aussi connue en tant qu'assurance indicielle)* : dans ce type de produits, il y a un processus d'automatisation des indemnisations à travers l'utilisation de l'intelligence artificielle et « *blockchain* ». Lorsqu'un paramètre mé-

<sup>871</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Insurance in Promoting Social Sustainability* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Nature and the Insurance Industry* ».

<sup>872</sup> BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 9 ; HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 19-23 ; BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 1-26 ;

<sup>873</sup> Actuellement, il existe une plateforme de SwissRE appelée « *Sigma Explorer* » pour suivre l'évolution des catastrophes environnementales qui a montré une augmentation significative des pertes dues aux catastrophes naturelles.

<sup>874</sup> CHAGNY/ PERDRIX, pp. 27-36.

téorologique dépasse un certain seuil défini à l'avance, les paysans reçoivent une indemnisation automatiquement, rapidement et sans présenter de réclamation<sup>875</sup>. Par exemple, dans les assurances agricoles paramétriques, les paysans reçoivent une indemnité (virement bancaire) lorsque les pluies ont dépassé certains paramètres météorologiques mesurés par des stations météo ou des satellites.

854 La promesse faite au consommateur au moment de la conclusion du contrat est extrêmement ambitieuse dans les deux cas. C'est pour cette raison qu'il faut faire attention à ne pas susciter de fausses attentes chez les consommateurs.

855 En Colombie, il y a un exemple très illustratif qui montre la difficulté d'informer le consommateur d'assurances dont les couvertures sont complexes et intégrales : sur le marché, il y a des assurances appelées « *l'assurance tous risques* » qui couvrent tous les risques, à l'exception de ceux expressément exclus. Cependant, afin d'éviter de fausses attentes, il est pertinent de donner beaucoup de précisions au consommateur, par exemple, que ces assurances ne couvrent que les risques propres de l'activité (ce n'est pas n'importe quel risque).

Nous disons toujours à nos étudiants que nous nous méfions personnellement de ce type de produits et que nous préférons *l'assurance risques désignés* car nous sommes sûrs de ce qu'elles couvrent ou non. Dans la pratique, il s'agit d'une distinction superficielle liée à la stratégie commerciale, étant donné qu'il y a des cas où l'assurance « *risques désignés* » couvre plus que l'assurance « *tous risques* ».

856 En résumé, le secteur de l'assurance agricole propose de nouveaux produits adaptés aux conditions météorologiques et aux besoins des consommateurs. Cependant, il est très difficile d'expliquer leurs couvertures et d'éviter de créer de fausses attentes chez le consommateur, par l'ampleur de ces produits.

### 3. Les investissements durables

857 Il existe actuellement un groupe de consommateurs qui souhaitent que leurs *investissements soient durables*, c'est-à-dire que leur portefeuille d'investissement soit placé en entreprises qui font une gestion adéquate des risques environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG)<sup>876</sup>.

858 Considérant qu'il peut se présenter des escroqueries aux consommateurs qui ont de nobles intentions, il est nécessaire de réglementer comment informer le consommateur intéressé par ce type d'investissements et quelles informations lui transmettre. L'UE a précisément réglementé le sujet par le biais du RÈGLEMENT (UE) 2019/2088.

859 En résumé, en raison de **l'existence d'un segment de la population intéressé par le développement durable, une réglementation spéciale sur le devoir d'information des produits avec composante épargne dans l'Union européenne a été mise en place.**

### 4. La réflexion finale

860 La crise climatique est un problème de grande ampleur qui, à notre avis, n'est pas suffisamment traité. Étant donné que les grands changements doivent souvent commencer à petite échelle, il convient de réfléchir cas par cas aux implications sur des thématiques particulières.

---

<sup>875</sup> VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1281-1299 ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues paper on index based insurances, particularly in inclusive insurance markets* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Anchoring Climate Change Risk Assessment in Core Business Decisions in Insurance* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Insurance Development in Emerging Markets* ».

<sup>876</sup> Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser dans un premier temps, le problème du changement climatique a des effets importants sur le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance et une réglementation spéciale en la matière commence à émerger. 861

## B. La pandémie de la covid-19

Pendant le processus de rédaction de la thèse de doctorat, l'humanité a vécu la pandémie mondiale de la COVID-19. Il est encore trop tôt pour déterminer les conséquences et les transformations à long terme de chaque industrie<sup>877</sup>. **Cependant, il est pertinent de mentionner que la pandémie produit des conséquences sur le devoir d'information et elle a même confirmé l'importance de celui-ci.** 862

### 1. La pandémie comme risque assurable

Premièrement, la pandémie a généré un fort débat juridique cherchant à déterminer si certains risques liés à la pandémie étaient couverts ou non par les produits d'assurance (*analyse des risques et exclusions du contrat*)<sup>878</sup>. BRULHART l'évoque : 863

*La question des conditions de l'assurabilité a été posée récemment en relation avec la pandémie de COVID-19. En vertu des principes rappelés plus haut, un tel risque ne remplit pas deux au moins des caractéristiques essentielles du risque assurable, à savoir : sa possible évaluation et sa diversification.*

*L'évaluation de l'ampleur du risque est pratiquement impossible. Loin de se limiter à entraver le fonctionnement de quelques entreprises dans certaines branches déterminées, la pandémie de COVID-19 a entraîné un arrêt de l'économie. La liberté du commerce a été considérablement restreinte en raison de décisions administratives, ce qui a induit une interruption brutale et quasi totale de toute activité commerciale, un phénomène aux conséquences incalculables, par conséquent inassurables.*

*La diversification d'un tel risque est impossible. La pandémie de COVID-19 a affecté en même temps la population de plusieurs continents, voire du monde entier, entravant du même coup toute opération de répartition classique, que ce soit dans le temps ou dans l'espace*<sup>879</sup>.

C'est ainsi qu'il a été fortement débattu dans les tribunaux si les assurances couvraient la cessation d'activité engendrée par la décision du gouvernement de confiner toute la population (les entreprises ont cessé leurs activités). Aussi la différence entre *l'épidémie et la pandémie* parce que de nombreuses polices couvraient le risque d'épidémie et excluaient le risque de pandémie<sup>880</sup>. 864

Dans de nombreux cas, les produits d'assurance étaient expressément et clairement exclus du risque de pandémie. Le débat a donc porté sur la question de savoir si le consommateur avait été correctement informé de cette exclusion au moment de la conclusion du contrat d'assurance.

<sup>877</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *The global risk landscape after COVID-19* ».

<sup>878</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *An Investigation into the Insurability of Pandemic Risk* » ; HERRERA, pp. 121-144 : TF, 5.1.2022, 4A 330/2021 ; HUG/ MÜLLER/ SINGER, *Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance*.

<sup>879</sup> BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 10-11.

<sup>880</sup> BRULHART, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 10-11 ; TF, 5.1.2022, 4A 330/2021 ; HUG/ MÜLLER/ SINGER, *Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance*.

865 La présente thèse n'a pas pour objet d'analyser quelle partie a raison, ce que nous pouvons souligner c'est que le débat a souligné l'importance de l'information au moment de la souscription de l'assurance.

## 2. La numérisation accélérée de la distribution des assurances

866 **En raison du confinement et de la crainte de la maladie, le processus de conclusion des contrats d'assurance en ligne s'est considérablement accéléré**, c'est-à-dire, il y a eu une augmentation considérable de la commercialisation en ligne des assurances (la distribution numérique d'assurance)<sup>881</sup>.

867 Lorsque cela s'est produit, nous nous sommes demandé si la décision de nous concentrer exclusivement sur la relation directe entre l'assureur et le consommateur avait été judicieuse, sans aborder en profondeur le devoir d'information dans les nouveaux canaux de distribution d'assurance. Nous avons finalement compris que notre travail a la possibilité d'être la base d'un travail ultérieur.

868 Notre raisonnement est extrêmement simple, il faut d'abord résoudre les problèmes de la relation directe entre consommateur et assureur, puis nous pourrions capitaliser les expériences pour les appliquer dans la relation où intervient un tiers (intermédiaire) ou les nouvelles technologies. Nous pourrions même analyser l'écosystème numérique complexe décrit ci-dessus.

## 3. La mauvaise image de la marque de l'assurance pendant la pandémie

869 **Par ailleurs, pendant la pandémie, le secteur des assurances a dû gérer une crise de réputation (mauvaise image)** car, pour le grand public, les assureurs n'ont eu un grand nombre de sinistres de manière arbitraire, ce qui était pire à un moment de désolation et d'incertitude. Communiquer efficacement n'est pas simple, les assureurs avaient le grand défi de faire comprendre au public ce qui suit :

- Les assureurs ne peuvent pas indemniser les sinistres qui n'étaient pas couverts dès le départ par les polices d'assurance et qu'ils n'ont donc pas reçu de prime car ce qui est en péril sont justement les intérêts de la communauté des assurés qui ont effectivement payé pour leur protection.
- Si les assureurs payaient pour tous les sinistres de la pandémie, il y aurait des pertes importantes pour le secteur, la faillite massive des assureurs, et les propriétaires privés, dans l'avenir, perdraient l'intérêt de continuer dans l'industrie (les assureurs ne sont pas des organisations philanthropiques).
- Il y aura des pandémies dans l'avenir et nous devons utiliser les leçons apprises pour concevoir de nouveaux produits qui couvrent les nouveaux risques, mais les assureurs n'ont pas la capacité économique de couvrir les conséquences d'une pandémie qui n'a pas été prévue.

870 La pandémie augmente le nombre de sinistres dans certaines branches d'assurance, c'est pourquoi il y a eu un grand malaise auprès du grand public qui pensait que les assureurs auraient obtenu des bénéfices (bilan positif) dans des circonstances aussi défavorables.

871 L'assurance est un mécanisme de gestion des risques dans lequel il y a une participation des entreprises privées. Pour nous, cette caractéristique n'est pas un défaut, mais plutôt une qualité qui lui permet de s'ériger en tant que mécanisme de gestion des risques financièrement durable à long terme et qui complète (ne remplace pas) les programmes et les assurances sociales offerts par les gouvernements.

---

<sup>881</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *The global risk landscape after COVID-19* ».

Nous nous rappelons que l'année 2021 a été spéciale en Suisse, parce qu'il y a eu une augmentation des sinistres à cause des catastrophes naturelles et de la pandémie mondiale de la COVID-19. C'est pour cela que la population ne comprenait pas pourquoi certains assureurs avaient obtenu un bénéfice financier dans le bilan final de l'année. BRULHART a participé aux débats dans les médias, il a expliqué que le bénéfice montrait que le système était en bonne santé, c'est-à-dire, les assurances ont répondu aux obligations et au même temps ont tiré un profit. Cependant, il y a des années où le cas est le contraire et les propriétaires des assurances doivent assumer les pertes<sup>882</sup>.

872

#### 4. La relation entre la pandémie et le devoir d'information

La pandémie est étroitement liée au devoir d'information dans les domaines suivants :

873

- **La pandémie a souligné l'importance de l'information lors de la conclusion des contrats d'assurance.** Aujourd'hui, les consommateurs sont plus attentifs et veulent savoir ce que leur assurance couvrira exactement, par exemple, ils sont intéressés par la couverture des produits d'assurance lors de futures pandémies<sup>883</sup>.
- Il est encore trop tôt pour déterminer si le secteur de l'assurance gère correctement le risque de réputation et l'incompréhension du public. Il faudra donc attendre un certain temps pour connaître les séquelles d'une pandémie, d'autant plus que l'on ne sait pas exactement si la pandémie a complètement disparu.
- Après la pandémie, il y a un phénomène d'hyperinflation très préoccupant qui peut conduire à une réduction de l'achat d'assurances. Malheureusement, les assurances ne sont pas considérées comme un produit de première nécessité, d'autant plus que pour le grand public, elles n'ont pas été un outil d'aide pendant la pandémie<sup>884</sup>.
- Considérant que les tribunaux ont examiné si le risque de pandémie était couvert par les produits d'assurance, le grand apprentissage pour l'assureur est que ses pratiques et comportements au moment de la conclusion du contrat d'assurance peuvent être analysés ultérieurement de manière approfondie, il est donc important de perfectionner et de réviser les procédures et les pratiques. La grande défense contre les accusations de violation du devoir d'information consiste à démontrer que ce devoir a été pleinement et matériellement respecté par l'assureur.
- Étant donné que de nombreux consommateurs ont perdu confiance dans le secteur de l'assurance, les assureurs doivent rétablir la confiance en offrant de nouveaux produits adaptés aux nouveaux besoins<sup>885</sup>. Lorsqu'ils conçoivent ces produits, il est important d'informer correctement le consommateur car il serait paradoxal qu'ils génèrent à nouveau de fausses attentes, c'est-à-dire qu'au lieu de résoudre le problème il s'aggrave<sup>886</sup>.

<sup>882</sup> FORUM RTS, *Bénéfice de 1,2 milliard de francs pour Swiss RE malgré les intempéries : interview de Vincent Brulhart*.

<sup>883</sup> Dans l'ensemble, l'importance de l'information a été discutée dans le contexte de la pandémie, car elle a mis en évidence la nécessité de recevoir des informations objectives et scientifiques. Cependant, face à la panique collective engendrée par la pandémie, des campagnes de désinformation et de fausses nouvelles ont été diffusées. Par ailleurs, lorsque le vaccin a été développé, les familles ont dû prendre une grande décision, donner leur consentement pour se faire vacciner. Le gouvernement a dû fournir des informations (remplir le devoir d'information) pour que les gens prennent une décision libre et en connaissance de cause.

<sup>884</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *The return of inflation* ».

<sup>885</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Public-Private Solutions to Pandemic* ».

<sup>886</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *The global risk landscape after COVID-19* » ; HERRERA, pp. 121-144 : TF, 5.1.2022, 4A 330/2021 ; HUG/ MÜLLER/ SINGER, *Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance*.



## C. La crise des assurances vie liées à des fonds de placement et des prévoyances

874 Actuellement, *les assurances vie liées à des fonds de placement et des prévoyances sont en crise en générant un grand problème lié au risque de réputation pour le secteur de l'assurance en général*. Cette crise est en rapport avec deux facteurs fondamentaux : les changements démographiques et la volatilité des marchés financiers.

### 1. Les changements démographiques et les problèmes de financement des retraites

875 Actuellement, la population a subi de très importants *changements démographiques*, notamment *l'augmentation de l'espérance de vie et l'augmentation de la proportion des personnes âgées en comparaison avec d'autres groupes de la population*<sup>887</sup>. Cette situation implique de graves répercussions sur l'assurance-vie et l'assurance prévoyance, qui ont été conçues sur la base d'estimations erronées entraînant de grandes conséquences économiques et des problèmes de financement des retraites à long terme<sup>888 889 890</sup>. PAILLER évoque à cet égard :

*Présentation générale. Le vieillissement de la population place au cœur des débats la question du financement des retraites au niveau européen. Cette question intéresse indirectement le secteur de l'assurance. En effet, elle relève de la compétence de l'Autorité européenne et elle repose en outre en partie sur de nouveaux produits d'assurance privés. Plusieurs facteurs d'amélioration ont été identifiés par la Commission européenne dans son Livre blanc - Une stratégie pour des retraites adéquates-, sûres et viables du 16 février 2012. Parmi les axes de travail, qui visent également l'adaptation de l'âge de la retraite, l'allongement de la durée de la vie professionnelle ou la promotion de l'égalité entre hommes et femmes, la Commission souligne la nécessité d'encourager le développement de l'épargne-retraite complémentaire afin d'accroître les revenus des retraités. Pour remplir cet objectif, il convient de surmonter certaines difficultés, et en particulier celles relatives à l'encadrement des produits financiers de retraite dits du troisième pilier, qui posent la question essentielle de la protection des consommateurs*<sup>891</sup>.

876 Pendant nos études de maîtrise à l'université de Lausanne on a fait partie d'un groupe de recherche qui, à travers une publication, a proposé la création d'une assurance dépendance sénile, une assurance sociale qui couvrirait les dépenses de base de la population âgée. Malheureusement, en Suisse les coûts des soins de longue durée fournis à domicile pour les personnes âgées ou le séjour en établissement médico-social (EMS) sont extrêmement éle-

---

<sup>887</sup> SWISS-RE, « *The future of life expectancy* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *New Care Models How insurers can rise to the challenge of older and sicker societies* » ; VEIGA, Tome 2 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1949-2066 ; GREBER/ FRÉSARD-Fellay/ MOLO/ HUMMER/ PERRENOUD, pp. 269-318 ; BORGETTO/ LAFORE, pp. 158-167.

<sup>888</sup> Toutefois, en raison d'une pandémie qui réduit légèrement l'espérance de vie à l'échelle mondiale, le problème social des personnes âgées reste extrêmement grave et préoccupant.

<sup>889</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *New Care Models How insurers can rise to the challenge of older and sicker societies* » ; HIRT, *Assurances de personnes : privées et sociales*, p. 15 ; VEIGA, Tome 2 : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1949-2066 ; BORGETTO/ LAFORE, pp. 52-82 et pp. 151-183.

<sup>890</sup> BORGETTO/ LAFORE expliquent les facteurs de la crise des systèmes de sécurité sociale et les mesures d'adaptation aux changements. BORGETTO/ LAFORE, pp. 52-82 et pp. 151-183.

<sup>891</sup> PAILLER, pp. 203

vés parce que les salaires du personnel médical sont très élevés<sup>892</sup>. Dans le chapitre que nous avons rédigé, nous avons fait la réflexion suivante sur la gravité et le paradoxe qui se présentait :

*L'augmentation de l'espérance de vie de la population est un problème très grave. À première vue le fait que les personnes vivent plus longtemps à une connotation positive. Cependant, si les personnes âgées ne vivent pas dans des conditions décentes, il y a un paradoxe, parce que les personnes vont vivre plus longtemps, mais pendant leurs vieux jours, elles auront une mauvaise qualité de vie et vont donc devoir faire face à de nombreuses difficultés<sup>893</sup>.*

Face à la catastrophe sociale, dans certains pays, quelques juges pro consommateurs ont décidé d'accorder des avantages et des services au-delà de ce qui était prévu dans les clauses des polices d'assurance et dans les régimes d'assurances sociales (assurance maladie, assurance accidents du travail et assurance de prévoyance professionnelle). Pour le justifier, les juges ont estimé que le devoir d'information du consommateur avait été violé au moment de la conclusion du contrat d'assurance<sup>894</sup>. 877

## 2. Les pertes financières dues à la volatilité des marchés financiers

Les marchés financiers ont connu différentes *crises économiques*, affectant fortement les investissements publics au niveau mondial. Aujourd'hui, les économies du monde sont interconnectées, de sorte qu'une crise dans l'une des puissances économiques (les États-Unis, l'Union européenne, la Chine) a des effets considérables à l'échelle mondiale. 878

La dernière grande récession a eu lieu en 2008, générée par la bulle hypothécaire aux États-Unis. Actuellement, il y a des signes d'une grande récession économique en 2024 en raison de différents facteurs, parmi lesquels : 879

- Les problèmes économiques et d'inflation aux États-Unis, qui ont conduit à ce que la Réserve fédérale américaine (la banque centrale américaine) augmente les taux d'intérêt.
- Les crises dans les grandes entreprises technologiques et la faillite de quelques banques.
- La forte dévaluation des monnaies locales par rapport au dollar.
- Les conséquences géopolitiques de la guerre entre la Russie et l'Ukraine, la tension entre la Chine et Taiwan et le conflit au Moyen-Orient.
- Le phénomène d'hyperinflation généralisée dans tous les pays dû à la hausse des prix des matières premières.
- La crise énergétique en Europe à cause du refus de la Russie de vendre du gaz à l'UE.
- Les tensions commerciales entre les États-Unis et la Chine.
- La crise immobilière en Chine.
- La crise de l'approvisionnement et du transport de marchandises (le problème des conteneurs de marchandises).
- La crise des cryptomonnaies et des investissements utilisant les nouvelles technologies.
- Les conséquences à long terme de la pandémie du COVID-19.
- L'instabilité politique interne dans de nombreux pays<sup>895</sup>.

Dans les paragraphes suivants, nous exposerons brièvement les problèmes de communication liés aux crises financières dans le secteur des assurances : 880

<sup>892</sup> HUMMER/ BOILLET/ DUTOIT (édits.), *L'assurance dépendance, un projet pour l'avenir*.

<sup>893</sup> DELGADO, *Etats des lieux: L'assurance dépendance*.

<sup>894</sup> VEIGA fait une analyse approfondie de l'assurance dépendance en Espagne. VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1949-2066.

<sup>895</sup> SWISS-RE, « *Economic stress reprints risk* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *The return of inflation* » ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Financial Wellbeing* ».

- *La perte de confiance (a)*
- *L'effet massif (b)*
- *L'incompréhension des subventions pour les grandes entreprises (c)*
- *Les conséquences à long terme (d)*
- *Le cas d'étude (e)*

## a. La perte de confiance

881 Lorsqu'il y a des crises financières, ce ne sont pas seulement les actionnaires des entreprises qui sont touchés, mais aussi les investisseurs, dont beaucoup sont des consommateurs ordinaires qui ont investi leur épargne retraite. **Les pertes d'investissements et la faible rentabilité ont conduit de nombreuses personnes à se sentir victimes d'escroquerie et à perdre confiance dans les entités du secteur financier (les assureurs y compris)**<sup>896</sup>.

882 Le sentiment général des consommateurs est le suivant :

- Ils estiment qu'au moment de la conclusion des contrats (actions, affiliation aux régimes de pension, assurances vie liées à des fonds de placement), ils ne sont pas suffisamment et clairement informés de la volatilité des investissements.
- Ils pensent que les professionnels n'ont pas tenu compte du profil du consommateur pour expliquer le produit d'investissement. Dans la plupart des cas, les consommateurs étaient inexpérimentés et adverses au risque (ils n'aimaient pas prendre des risques).  
À leur avis, les professionnels ont fait de fausses promesses car ils leur ont promis des profits qui n'ont finalement pas été obtenus.
- Finalement, ils font valoir que les professionnels ont profité de la vulnérabilité et des biais cognitifs du consommateur et ont utilisé des stratégies publicitaires agressives et trompeuses incitant le consommateur à conclure des affaires qui ne lui convenaient pas à long terme.

## b. L'effet massif

883 Les produits d'investissement sont offerts au grand public, c'est-à-dire que leur commercialisation est massive, de sorte que la faible rentabilité d'un fonds d'investissement affecte une grande communauté d'investisseurs (les effets ne sont pas individuels)<sup>897</sup>.

884 En outre, lorsqu'un consommateur perd confiance dans le secteur financier, il tend à généraliser et à stigmatiser toutes les entreprises du secteur. Également, les gens commencent à raconter leurs mauvaises expériences à leurs proches et voisins générant même la *panique collective* (*un effet domino sur la société*).

---

<sup>896</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Financial Wellbeing* » ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » ; GARRIDO, pp. 97-122 ; MASSARD, pp. 1-384 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 409-510 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 243-354 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-2083 ; FONTAINE, pp. 593-607 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 483-524 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 761-827 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 786-808 ; GARRIDO, pp. 97-122.

<sup>897</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Financial Wellbeing* » ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* » ; GARRIDO, pp. 97-122 ; MASSARD, pp. 1-384 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 409-510 ; HEISS et al., « *Principles of European insurance contract law* », pp. 243-354 ; FERNÁNDEZ/ MOLINA/ PORTO, pp. 547-574 ; VEIGA, *Tome 2* : « *Tratado del contrato de seguro* », pp. 1422-2083 ; FONTAINE, pp. 593-607 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 483-524 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 761-827 ; BEIGNIER/ BEN HADJ YAHIA, pp. 786-808 ; GARRIDO, pp. 97-122.

### c. Le problème de communication pour les subventions aux grandes entreprises financières

Il y a des entreprises et des *conglomérats financiers (groupes d'entreprises) d'importance systémique*<sup>898</sup> dont leur faillite peut provoquer un problème massif et des conséquences désastreuses pour toute l'économie. C'est pour cette raison qu'en cas de problèmes de solvabilité de ceux-ci, l'État doit les sauver et leur donner des subventions pour surmonter la crise<sup>899</sup>. 885

S'il est vrai que les subventions étatiques sont octroyées aux banques, et non aux entreprises d'assurance, ces dernières font partie des conglomérats financiers qui reçoivent les subventions. De surcroît, dans la perception des consommateurs moyens, les banques et les entreprises d'assurance font partie d'un même groupe (les entreprises du secteur financier). 886

Malheureusement, en raison de la volatilité des marchés, les investissements et l'épargne du grand public ont considérablement diminué. Il est donc difficile de faire comprendre aux citoyens pourquoi l'État aide les grandes entreprises et non les consommateurs qui ont perdu leur épargne. Les experts du secteur comprennent qu'afin d'empêcher la propagation des effets négatifs dans tout le système, il faut aider les grandes entreprises. Mais il est extrêmement difficile pour le grand public de comprendre cette approche. 887

### d. Les conséquences à long terme

Les produits d'investissement sont projetés sur de longues périodes. C'est ainsi que les gens sont censés les acquérir quand ils sont jeunes, et recevront les prestations en fin de vie productive (lorsqu'ils seront en âge de pension). **Par conséquent, les conséquences d'une mauvaise information sur les produits (mauvais conseil) se manifesteront également de nombreuses années plus tard**<sup>900</sup>. 888

### e. Le cas d'étude

Pour illustrer les problèmes de communication en rapport avec les crises financières dans les assurances vie liées à des fonds de placement, nous allons mentionner un cas d'étude extrêmement intéressant : 889

En Colombie, il existe à la fois un système public de pensions (un système de solidarité intergénérationnelle) et un système privé de pensions privées (pensions basées sur l'épargne individuelle)<sup>901</sup>. Ce n'est pas un système de piliers comme en Europe, où les deux systèmes se complètent, mais au contraire, les deux systèmes se font concurrence. Le consommateur doit choisir le système qui lui convient le mieux, et s'affilier à l'un des deux. C'est l'une des décisions les plus importantes pour les consommateurs tout au long de leur vie en Colombie et qui peut avoir de grandes conséquences lors de la retraite professionnelle.

Il y a 30 ans, lorsque les fonds de pension privés ont été créés, les consommateurs ont dû décider de rester dans les fonds publics ou de s'affilier aux fonds de pension privés. Actuellement, compte tenu des crises financières, et du fait que le système privé ne reçoit pas les

<sup>898</sup> Actuellement, ces entreprises et conglomérats financiers font l'objet d'une surveillance plus rigoureuse et d'exigences de solvabilité supplémentaires pour leur importance systémique.

<sup>899</sup> HOFER et al., « *Too Big to Fail and Structural Reforms* ».

<sup>900</sup> GARRIDO, pp. 97-122 ; MARANO, « *Distribution of Insurance-Based Investment Products* ».

<sup>901</sup> La participation d'entreprises privées (entreprises d'assurance) aux assurances sociales (phénomène de privatisation de la sécurité sociale) a généré des positions contradictoires parmi ceux qui défendent et soutiennent cette participation. Cette thèse n'a pas pour objet de porter un jugement en la matière. BORGETTO/LAFORE, pp. 52-60.

grandes subventions du Gouvernement<sup>902</sup>, les affiliés des fonds privés se sont sentis escroqués. S'ils étaient restés dans le système public, ils auraient reçu des pensions plus élevées.

Lorsque la date limite pour passer d'un système à l'autre était dépassée, certains consommateurs se sont adressés massivement aux juges pour demander le transfert tardif, invoquant à cet effet une violation manifeste de l'obligation d'information au moment de la conclusion du contrat.

890 Actuellement, pour prévenir le problème des vices du consentement au moment de la conclusion du contrat, quelques réformes substantielles ont été apportées au devoir d'information dans ce secteur-là. Ainsi, un système particulier de « *double conseil* » a été mis en place, dans lequel les représentants des deux types de fonds de pension doivent expliquer séparément les avantages de chaque système, afin que les consommateurs puissent prendre des décisions en connaissance de cause<sup>903</sup>. Les représentants des fonds privés doivent expliquer qu'en cas de décès prématuré du travailleur, ce sont eux qui indemniseront le mieux les héritiers pour la rentabilité financière, et pour leur part, les représentants des fonds publics doivent signaler que les prestations de retraite élevées conviennent principalement aux personnes qui ont un emploi formel et des revenus élevés<sup>904</sup>.

### 3. Le renforcement du devoir et la nouvelle politique de gouvernance et surveillance des produits

891 En résumé, les changements démographiques et les pertes financières dues à la volatilité des marchés financiers ont provoqué une mauvaise image des assureurs et une méfiance dans les assurances vie liées à des fonds de placement chez les consommateurs. Il y a des milliers de consommateurs qui ont perdu leurs épargnes ou vivent dans des conditions précaires pendant leur vieillesse.

Hélas, cette perception négative a un effet domino sur l'ensemble de l'industrie de l'assurance, affectant les branches de l'assurance qui ne sont pas en rapport avec ce secteur.

892 Le but de la recherche n'est pas de déterminer si la perception des consommateurs est vraie. Ce que nous devons mettre en évidence est le grand problème de communication au moment de la conclusion des assurances vie liées à des fonds de placement. En tenant compte de la durabilité et de l'image de marque du secteur de l'assurance, il faut trouver rapidement des solutions. Tous les acteurs du secteur doivent travailler ensemble pour récupérer la confiance perdue.

893 **Pour ce faire, après les crises il y a eu un renforcement du devoir d'information de l'assureur dans les assurances vie liées à des fonds de placement.** De plus, comme nous l'avons mentionné précédemment, cette réglementation a influencé la réglementation générale de l'ensemble du secteur des assurances en Europe<sup>905</sup>.

894 Également, l'Union européenne a incorporé *la nouvelle politique de gouvernance et surveillance des produits au secteur de l'assurance*, selon laquelle les produits sont contrôlés tout au long de leur cycle en cessant de commercialiser de mauvais produits<sup>906</sup>.

---

<sup>902</sup> En raison même d'un problème de conception du système, ces subventions sont malheureusement mal ciblées et favorisent plus aux riches qu'à la population la plus vulnérable.

<sup>903</sup> Loi 1748 de 2014.

<sup>904</sup> En Colombie, beaucoup de personnes n'ont pas d'emploi formel et à plein temps, de sorte qu'elles ne peuvent pas remplir les conditions pour bénéficier d'une pension. Il est préférable pour ces personnes d'être affiliées à des fonds privés, étant donné qu'elles ont capitalisé une rente financière et les assureurs privés vont rembourser plus d'argent.

<sup>905</sup> Supra. Chapitre 6VIII. C2. La composante investissement.

<sup>906</sup> Supra. Chapitre 6II D 1 b.(iii) La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP).

Il faut s'attendre à ce que, face à la grande crise qui approche en 2024, il n'y aura pas de problèmes de communication avec le consommateur, c'est-à-dire que les mesures de protection ont été efficaces et que les consommateurs ont déjà compris la volatilité des marchés financiers. 895

## D. La quatrième révolution industrielle

**Produit de la quatrième révolution industrielle (la révolution des nouvelles technologies) le secteur de l'assurance est dans un processus d'innovation constante**, ce qui entraîne chaque jour l'émergence de nouveaux produits et services pour le consommateur final (*insurtech*<sup>907</sup>)<sup>908</sup>. PAULINE évoque : 896

*Nouvelles mutations – Essor des InsurTechs. Témoignant une fois encore des dynamiques communes qui touchent le droit des assurances et le droit plus global des services financiers, l'essor des nouvelles technologies transforme le domaine de l'assurance, questionnant l'avenir du secteur et sa supervision, en particulier avec l'apparition des InsurTechs. Après le développement d'Internet, qui a modifié la distribution des produits d'assurance et imposé un nouveau modèle fondé sur la vente à distance des services d'assurance, le développement actuel des FinTechs, déjà notable dans les secteurs bancaires et financiers, bouleverse le droit des assurances et suscite des interrogations récurrentes quant au choix des mécanismes de supervision*<sup>909</sup>.

Comme on l'a mentionné précédemment, la relation entre l'assureur et le consommateur est aujourd'hui plus complexe car il y a un *écosystème numérique* dans lequel il y a une interaction complexe entre les acteurs et les facteurs<sup>910</sup>. 897

En outre, les profils des consommateurs ont changé radicalement et il y a un phénomène de fragmentation des consommateurs par groupes. C'est pourquoi l'industrie de l'assurance doit procéder à une fragmentation des produits offerts en fonction des activités, intérêts, générations et caractéristiques culturelles et sociales des consommateurs. 898

Également, l'être humain développe constamment de nouvelles technologies et change d'activité professionnelle ou personnelle, ce qui implique une modification du paysage des risques (de nouveaux risques apparaissent et d'autres augmentent ou diminuent)<sup>911</sup>. Par 899

<sup>907</sup> Le terme « *Insurtech* » est l'union des mots anglais « *insurance* » (*assurance*) et « *technology* » (*technologie*). Personnellement, nous n'aimons pas utiliser l'anglicisme, car nous pensons qu'il crée une barrière avec les consommateurs. De notre point de vue, le droit doit être clair et accessible à ses destinataires, c'est-à-dire, aux citoyens moyens. C'est la même raison pour laquelle nous n'employons pas d'expressions en latin.

<sup>908</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 54-56 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; VEIGA, « *Seguro y tecnología* » ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>909</sup> PAILLER, pp. 21.

<sup>910</sup> VAN HULLE, pp. 3-9 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>911</sup> PAILLER, pp. 21-23 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, *La digitalización en el mercado de seguros*, pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

exemple, actuellement il y a un grand débat sur la responsabilité liée à l'utilisation de véhicules autonomes<sup>912</sup>.

900 **Le secteur des assurances doit s'adapter rapidement aux changements pour éviter son obsolescence et son extinction car l'histoire est un cimetière d'activités ayant disparu.**

901 Les transformations engendrées par la perturbation des nouvelles technologies entraînent de nombreuses modifications dans le devoir d'information, comme on le verra brièvement dans les paragraphes qui suivent :

- *Les mégadonnées (« Big data ») et l'assurance ouverte (« open insurance ») (1)*
- *Les nouvelles plateformes d'interaction (2)*
- *L'écosystème numérique et les tensions avec les entreprises non traditionnelles (3)*
- *Les nouveaux produits d'assurance utilisant les nouvelles technologies (4)*
- *Les cyber-risques et nouveaux produits d'assurance pour les couvrir (5)*
- *La réflexion finale (6)*

## 1. Les mégadonnées (« Big data ») et l'assurance ouverte (« open insurance »)

902 De nos jours, *les informations personnelles des personnes* et des entreprises sont un bien intangible et extrêmement précieux. Un grand nombre de données est collecté, traité et analysé de manière accélérée et dans une proportion plus importante par les différentes machines et plates-formes technologiques. L'expression « *Big Data* » est utilisée en anglais pour désigner le phénomène d'utilisation des mégadonnées. Les assureurs modernes peuvent utiliser les données personnelles et non personnelles à travers de nouvelles technologies, telles que ; *les interfaces de programmation appliquée* (en anglais, on utilise le terme « *Application Programming Interfaces (APIs)* »), *l'intelligence artificielle et l'Internet des objets*<sup>913</sup>.

903 Les données des consommateurs permettent :

- *La personnalisation des produits d'assurance de conformité à l'usage ou aux activités des consommateurs.* Par exemple une tarification de l'assurance de véhicule selon les heures de conduite. Le développement de nouveaux produits d'assurance en fonction de l'évolution des habitudes des groupes de la population. À travers des données comportementales des utilisateurs, il est possible de définir des segments de population pour offrir des assurances en fonction de leurs besoins spécifiques.
- *L'utilisation des données pour prévoir les besoins et le comportement des consommateurs* afin de pouvoir leur proposer des produits au bon moment en fonction des principaux risques identifiés.

904 Actuellement, les compagnies d'assurance envisagent la nécessité de partager librement les données des utilisateurs. Pour se référer à la proposition, l'expression « *Open Insurance* » est utilisée. Le but est que les données personnelles et non personnelles des utilisateurs circulent librement, permettant aux compagnies d'assurance de développer de nouveaux et meilleurs produits d'assurance à partir de l'analyse du réseau de données.

905 Pour illustrer ce phénomène, voici des exemples concrets :

- L'accès aux données aussi bien des ordinateurs de bord de voitures (analyser la manière de conduire des personnes) que de l'enregistrement des lieux et des caractéristiques des accidents de la circulation pour les appliquer à l'assurance responsabilité civile automobile.

---

<sup>912</sup> BRULHART/ GAULIS, pp. 11-43.

<sup>913</sup> THE GENEVA ASSOCIATION, « *Responsible Use of Data in the Digital* » ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *Promoting Responsible Artificial Intelligence in Insurance.* ».

- L'accès aux données des informations sur les antécédents médicaux et les habitudes liées à la santé de groupes de personnes pour les appliquer dans le développement de l'assurance maladie.

Depuis ses origines, l'opération d'assurance repose sur l'analyse statistique et le calcul des probabilités, c'est-à-dire, sur une analyse de base de données. Cependant, le « *Open Insurance* » augmente considérablement la proportion (la quantité), la vitesse et la portée de la collecte, de l'analyse et de l'utilisation des bases de données. 906

Les nouveaux éléments de l'« *open insurance* » sont : 907

- Le transfert et l'utilisation des données seront faits de manière légale, c'est-à-dire, avec un cadre normatif qui les réglemente de manière complète. Malheureusement, actuellement il y a quelques entreprises qui partagent les informations de leurs clients avec d'autres entreprises partenaires ou avec des entreprises du même groupe. En d'autres termes, on va réglementer un aspect qui se fait parfois de manière clandestine.
- Les bases de données seront mises à la disposition de l'ensemble du secteur et ne seront pas uniquement accessibles aux entreprises du même conglomérat ou à des partenaires commerciaux, c'est-à-dire qu'elles seront librement accessibles. Le libre accès vise à encourager l'innovation et la création de nouveaux produits d'assurance sur la base de l'analyse de ces bases de données.
- L'assurance ouverte fait partie d'un écosystème beaucoup plus vaste et complexe, impliquant différents secteurs, activités et acteurs. Ce qui précède permettra l'émergence de produits complets et l'intégration avec d'autres secteurs.

Par ailleurs, il est important d'illustrer brièvement **les principaux enjeux et risques auxquels doit faire face le partage des bases de données par les entreprises** : 908

- **La nécessité de créer des mécanismes de protection des données afin d'éviter de violer la vie privée des personnes.** Par exemple, la modification des informations pour qu'il ne soit pas possible d'identifier les personnes en particulier. Le développement d'un système de partage des bases de données exige d'une part un régime de sanctions sévères en cas d'abus et de violation de la vie privée des personnes, qui dissuade les entreprises de recourir à de mauvaises pratiques. Aussi, un système de protection des données doit être mis en place pour protéger contre les fuites de sécurité et les attaques malveillantes de tiers (pirates).
- **La garantie de l'utilisation correcte de l'information par tous les acteurs impliqués dans l'écosystème de données** : quelques débats éthiques sont présentés sur l'exploitation des biais cognitifs des utilisateurs (vulnérabilité des utilisateurs) et la possibilité de manipuler les consommateurs.
- **La protection adéquate du consentement des consommateurs pour l'utilisation et le traitement des données.** Il faut donc mettre au point un système de remèdes contre l'asymétrie de l'information, parmi lesquels le devoir d'information du professionnel concernant le traitement de données devient prépondérant.

**L'utilisation de données personnelles est directement liée au devoir d'information du professionnel.** Il existe un déséquilibre de l'information entre le consommateur et le professionnel du traitement des données, de sorte que, pour que le consommateur donne son consentement en connaissance de cause, il convient, à cet égard, de réglementer strictement le devoir d'information du professionnel. 909

Sur le devoir d'information du professionnel lié au traitement des données, il y a un certain nombre de questions pratiques que nous allons mentionner ci-dessous de manière illustrative : 910

- Le débat sur la question de savoir s'il doit y avoir un consentement indépendant du contrat de la part du consommateur pour l'utilisation de ses données personnelles ou s'il est possible de donner un consentement général du contrat incluant le traitement des données.
- Le devoir d'information du professionnel sur le traitement des données est intégré au devoir d'information sur le produit, ou doit être totalement indépendant.



- Le débat si la documentation relative au traitement des données doit être présentée séparément et indépendamment de la documentation précontractuelle.
- L'analyse du contenu, de la forme, du format du devoir d'information du traitement des données.
- L'intégration des nouvelles tendances sur les études comportementales, « *legal design* » dans le devoir d'information sur le traitement de données.
- Le débat sur « *l'échec* » du devoir d'information du professionnel et son inefficacité pour résoudre l'asymétrie de l'information.
- Le débat si le devoir d'information du traitement des données est le même pour tous les secteurs ou si un devoir individuel doit être créé en fonction des caractéristiques de chaque secteur spécifique (approche générale ou approche sectorielle).
- La responsabilité et sanctions en cas de violation du devoir d'information sur le traitement des données.

911 Il est important de souligner que **certains aspects relatifs au traitement des données ont été incorporés dans la législation récente sur le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat d'assurance**. Ainsi, les informations relatives à l'utilisation et au traitement des données font partie des informations pertinentes. Par ailleurs, les différentes législations ont réglementé de manière transversale le traitement des données personnelles et cette réglementation s'applique au contrat d'assurance, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'exclusion de la législation.

912 En guise de conclusion, nous pouvons mentionner que le traitement des données et l'assurance ouverte sont des sujets qui évoluent très rapidement et que leur complexité modifie le devoir d'information de l'assureur. Bien que la réglementation doive se faire rapidement, il est important qu'elle se fasse de manière réfléchie car nous risquons de perdre beaucoup de protections que les consommateurs ont acquises au cours des dernières décennies. Dans de nombreux cas, la réglementation impérative et la protection actuelle sont le résultat d'un long processus de revendications des consommateurs qu'il ne convient pas de supprimer d'un moment à l'autre.

913 La présente thèse se concentre en général sur le devoir d'information de l'assureur, mais un champ d'étude complémentaire peut être le devoir d'information de l'assureur lié au traitement des données.

## 2. Les nouvelles plateformes d'interaction

914 Actuellement, beaucoup de gens se connectent aux nouvelles plateformes d'interaction, comme *le Metaverse*. Il y a des mondes parallèles de réalité virtuelle et augmentée où ils interagissent les uns avec les autres, et réalisent de nombreuses activités sociales et commerciales qui ont également des conséquences dans le monde réel. En outre, les réseaux sociaux sont un facteur fondamental dans la vie sociale des personnes, en particulier des nouvelles générations, en passant beaucoup de temps et en effectuant des transactions économiques sur ces réseaux<sup>914</sup>.

915 En tant que jeune professeur de droit des assurances privées, notre grand défi a été de produire du matériel audiovisuel et du contenu numérique attrayant pour sensibiliser une population de jeunes juristes avec des intérêts très différents des avocats traditionnels. Pour être efficace, il faut innover dans la communication et utiliser les nouvelles plateformes d'interaction.

916 **De la même manière que les enseignants doivent s'adapter aux étudiants modernes, les assureurs doivent adapter leur devoir d'information aux circonstances et aux diffé-**

---

<sup>914</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

**rentes plateformes sur lesquelles ils interagissent avec leurs consommateurs.** Les mesures de protection en matière de protection des consommateurs qui ont été extrêmement significatives et novatrices dans le passé, doivent être adaptées aux nouveaux profils de consommateurs. Ces mesures doivent être conformes à la plateforme et/ou à l'interface utilisée pour la distribution du produit d'assurance.

À titre illustratif, le document d'information de produit d'assurance (la fiche d'information élaborée sur la base d'études sur le comportement des consommateurs) est important en droit européen. Cependant, l'instrument ne devrait pas être statique mais il devrait être adapté aux différentes plateformes et aux caractéristiques des groupes de la population. Par exemple, lorsque l'on contracte une assurance en ligne, il serait plus efficace que les assureurs utilisent une courte vidéo pour expliquer les caractéristiques du produit d'assurance. 917

Par ailleurs, il est important de mentionner que **le droit de la consommation protège parfois le droit des personnes d'être informées de la manière traditionnelle à laquelle elles sont habituées et de recevoir la documentation précontractuelle sur un support physique.** Autrement dit, le format numérique (immatériel) ne doit pas être imposé. La technologie ne doit pas supprimer les droits des consommateurs traditionnels, c'est pour cette raison que les gens doivent être autorisés à décider la manière dont ils doivent être informés sur le produit pour donner leur consentement<sup>915</sup>. 918

À notre avis, le droit de la consommation doit s'adapter rapidement aux nouvelles circonstances modernes, et chacun peut décider comment il veut être informé. En d'autres termes, aucun groupe (ni les jeunes ni les personnes âgées) ne doit demeurer en désaccord avec la manière dont il reçoit l'information. 919

### 3. L'écosystème numérique et les tensions avec les entreprises non traditionnelles

**Actuellement il existe un écosystème numérique, dans lequel il y a une juxtaposition de participants et de facteurs.** Il s'agit d'un grand marché sans frontières qui est très difficile à contrôler car des milliers de transactions et de services sont effectués<sup>916</sup>. 920

Dans cet écosystème, il y a *l'interaction entre les compagnies d'assurance traditionnelles et les start-ups technologiques*, ce qui peut générer de fortes tensions. En gros, les phénomènes suivants se présentent : 921

- **Les alliances stratégiques :** les compagnies d'assurance traditionnelles financent, ou achètent, ou délèguent quelques services, ou concluent des alliances avec les start-ups technologiques. Ceci permet d'employer l'expertise et les avantages de chacun. En outre, pour les autorités de surveillance, cette situation leur permet d'exercer le contrôle de manière plus facile de l'activité d'assurance car il existe une compagnie d'assurance traditionnelle qui respecte pleinement les normes de solvabilité, de protection des consommateurs et de garantie d'une activité irréprochable.
- **La concurrence et les activités parallèles :** dans d'autres cas, parallèlement à l'activité d'assurance, les entreprises technologiques émergentes offrent des services similaires aux entreprises d'assurance traditionnelles et leur font concurrence. Comme indiqué plus haut, en exploitant les lacunes juridiques et les zones grises, ces entreprises technologiques ne sont pas soumises au même contrôle que les compa-

<sup>915</sup> SUBILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, p. 39 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230.

<sup>916</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

- gnies d'assurance traditionnelles, ce qui constitue d'éventuels cas de concurrence déloyale et de pratiques dangereuses pour les consommateurs<sup>917</sup>.
- 922 Afin de protéger l'intérêt public des consommateurs, les autorités de surveillance sont chargées de faire un suivi de ces activités. Malheureusement, il s'agit d'une tâche extrêmement difficile car il s'agit d'activités qui sont à la frontière de l'opération d'assurance et il n'est pas facile de déterminer leur nature. En outre, il arrive souvent que l'on ne prenne que des mesures réactives aux problèmes, et non préventives, ce qui implique que celles-ci sont parfois dépassées ou tardives.
- 923 Toutefois, le phénomène des activités parallèles à l'activité d'assurance résultant de la quatrième révolution industrielle a un lien direct avec le devoir d'information parce que *l'information de l'identité du partenaire* contractuel est fondamentale au moment de la conclusion du contrat.
- Les entreprises émergentes qui offrent des produits similaires à l'assurance, ne présentent pas clairement leur nature auprès des consommateurs et ne respectent pas la réglementation relative au devoir d'information du contrat d'assurance.
- 924 Cette situation suscite un grand malaise chez les compagnies d'assurance traditionnelles car, d'une part, les nouveaux concurrents sont en mesure d'offrir des produits plus économiques puisqu'ils ne doivent pas remplir les exigences de solvabilité et de protection des consommateurs ; d'autre part, les consommateurs et la réputation du secteur sont mis en danger parce que les entreprises technologiques émergentes ne respectent pas les règles de protection des consommateurs. Si un problème survient, les gens ordinaires ne comprendront pas que ces entreprises ne fassent pas partie du secteur formel de l'assurance, ce qui entraîne un problème de mauvaise image générale pour le secteur.
- 925 À notre avis, le cadre réglementaire doit permettre l'innovation dans l'industrie, sans mettre en péril la confiance et la sécurité des consommateurs. **Il est important de rappeler que derrière chaque mesure de protection des consommateurs (y compris le devoir d'information), il y a une histoire et une revendication des droits.**
- 926 En outre, ce cadre réglementaire doit éviter les actes de concurrence déloyale et les différences de traitement. Les assureurs traditionnels ne s'inquiètent pas de la concurrence ; ils craignent qu'elle ne soit pas équitable. La réglementation moderne en matière de surveillance doit viser l'égalité de traitement entre les participants de l'écosystème numérique, soit en assouplissant les exigences pour tous, soit en exigeant des nouvelles entreprises qu'elles répondent aux mêmes exigences que les assureurs traditionnels.

#### 4. Les nouveaux produits d'assurance utilisant les nouvelles technologies

- 927 Dans l'écosystème numérique, les entreprises proposent de nombreuses offres d'assurances vie liées à des fonds de placement qui utilisent les nouvelles technologies (science des données, blockchain, big data, l'Internet des objets)<sup>918</sup>. Comme mentionné, ces produits sont très sophistiqués et difficiles à comprendre pour le grand public, ce qui implique une grande difficulté à être vulgarisés. De plus, ce sont des produits avec un changement radical dans la

---

<sup>917</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 54-56 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » : MARANO, « *InsurTech* ».

<sup>918</sup> THE INSURANCE DEVELOPMENT FORUM, « *Technology and Innovation* » ; VAN HULLE, pp. 3-9 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; MEDINA/ DE LA FUENTE, pp. 117-136 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; ZAPIOLA, pp. 137-160 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* » ; MARANO, « *InsurTech* ».

rubrique de leur rentabilité car ils offrent parfois des rendements astronomiques, et dans d'autres cas, leur rentabilité disparaît nettement. PAULINE fait une description du grand défi de ces nouvelles technologies :

*Dans son Sixth Consumer Trends Report, publié en 2017, l'Autorité européenne met ainsi l'accent sur les InsurTech et l'essor des technologies digitales dans le domaine de l'assurance. Elle évoque à cet égard le développement des objets connectés (ou Internet of Things) – comme les smartphones, boîtes noires ou autres capteurs –, dont le recours croissant interroge quant à une possible augmentation de la segmentation de l'assurance, qui remettrait en cause le modèle fondé sur la technique de la mutualisation, et qui, au-delà du risque déjà crucial d'exclusion d'une partie des consommateurs, pose la question fondamentale de la protection des données personnelles<sup>919</sup>.*

La mise au point de ces produits représente un défi majeur pour le devoir d'information de l'assureur. Parmi ces enjeux, nous pouvons souligner : 928

- Le défi d'expliquer au consommateur inexpérimenté le produit et les avantages de celui-ci par rapport aux produits conventionnels. Le consommateur doit être en mesure de comparer les produits et de prendre une décision en connaissance de cause, ce qui est difficile car il s'agit parfois de produits très différents.
- La difficulté de contrôler que les informations fournies soient objectives et que les gens ne soient pas manipulés avec l'idée de nouveauté (éviter les fausses attentes).

De même, le cadre réglementaire relatif au devoir d'information doit être adapté aux nouveaux types de contrats. Pour illustrer ce qui précède, il convient de citer l'exemple de l'assurance « Peer to Peer (P2P) »<sup>920</sup>: 929

Dans ce type de produit d'assurance, une communauté d'individus couvre les risques par l'utilisation de la « blockchain ». Il existe une plateforme technologique qui permet la connexion et la technologie entre ceux qui ont besoin de protéger leurs biens contre les risques, et ceux qui se rejoignent (le « pool » de personnes) et vont donc investir leur argent pour assurer les risques<sup>921</sup>.

Le devoir d'information est profondément modifié dans l'assurance « Peer to Peer (P2P) » car il est difficile d'appliquer les règles traditionnelles du droit de la consommation, étant donné qu'il s'agit de consommateurs assurés par d'autres consommateurs. Autrement dit, il est difficile d'établir qui est le professionnel. Dans l'assurance « peer to peer » il y a une start-up qui conçoit la plateforme, mais son rôle est limité à être un facilitateur de la technologie et elle n'a pas la solvabilité pour soutenir l'opération. 930

D'autre part, il y a un double devoir d'information dans le schéma de produit puisque les consommateurs qui veulent investir leur argent pour couvrir les risques d'autres consommateurs doivent recevoir les informations pertinentes pour adhérer au pool d'investisseurs. De même, les preneurs qui veulent assurer leurs biens doivent recevoir les informations relatives au produit d'assurance. 931

À l'origine, les assurances sont nées comme une union (communauté) d'entrepreneurs qui s'organisaient pour couvrir des risques communs (sociétés mutuelles). Cependant, l'évolution naturelle a conduit à deux phénomènes : d'une part, la professionnalisation de l'activité, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un expert qui assure la gestion des risques, et d'autre 932

<sup>919</sup> PAILLER, pp. 21-23.

<sup>920</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

<sup>921</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* ».

part, un tiers indépendant, autrement dit, qu'il n'y a pas de confusion entre le preneur d'assurance et le propriétaire de l'assureur<sup>922</sup>.

C'est pour cette raison qu'il est tout à fait paradoxal que, dans certaines des nouvelles formes alternatives de couverture des risques telles que les assurances « *peer to peer* », elles emploient des figures anciennes d'assurances ou des figures en désuétude. **Parfois, le concept de « nouveauté » est contesté car les structures du passé sont utilisées et modifiées, ce qui donne l'impression que, quelques fois, l'histoire se répète.**

933 Il est important de rappeler que de nombreux problèmes liés à la protection des consommateurs (lacunes réglementaires) peuvent être évités si les nouvelles modalités d'assurance résultent de l'union entre les assureurs traditionnels et une entreprise technologique. En outre, cela donne plus de sécurité aux consommateurs qui savent qu'il y a le soutien d'un assureur traditionnel qui respecte pleinement la réglementation et fait l'objet d'une surveillance prudentielle.

## 5. Les cyber-risques et nouveaux produits d'assurance pour les couvrir

934 ***Les risques cybernétiques ont augmenté de façon exponentielle ces dernières années, en raison de l'utilisation massive des nouvelles technologies***<sup>923</sup>.

935 Les particuliers et les entreprises gardent de plus en plus d'informations importantes sur les réseaux sociaux et dans le cloud virtuel, et interagissent davantage sur les différentes plateformes. C'est pour cette raison qu'ils sont plus susceptibles et vulnérables au vol, au piratage ou au détournement de leurs informations personnelles<sup>924</sup>. Bien que les plateformes et les programmes tentent de protéger l'information, c'est une lutte difficile car il y a une augmentation du nombre de criminels virtuels et des modes de vol. Les criminels créent et perfectionnent constamment des techniques de fraude aux consommateurs.

936 Face aux inquiétudes des consommateurs concernant *les risques cybernétiques*, les assureurs proposent de nouveaux produits d'assurance qui répondent à ce besoin de sécurité. Lorsque de nouveaux types de produits d'assurance apparaissent, il convient de travailler à la fois sur leur conception (répondant aux besoins des consommateurs) et sur l'information à transmettre aux consommateurs car ces derniers ne sont pas familiarisés avec les nouveaux produits<sup>925</sup>.

937 Chaque fois que de nouveaux types de produits sont développés, un processus de vulgarisation doit être fait, c'est-à-dire, un processus profond de réflexion sur l'information à transmettre avec une prudence particulière sur la promesse faite au consommateur (éviter de créer de fausses attentes). C'est pour toutes ces raisons que le devoir d'information de

---

<sup>922</sup> BIGOT et al., *Tome 1 : Entreprises et organismes d'assurance*, pp. 411-482 ; HIRT explique l'évolution de la communauté de risques à l'assurance moderne. HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 10-27 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

<sup>923</sup> SIGNORINO, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* », pp. 35-56 ; SIGNORINO, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* », pp. 231-248 ; VEIGA, *Tome 2 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 1299-1314 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-8 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* ».

<sup>924</sup> Comme PAILLER le dit : « *la sous-traitance de la gestion des bases de données à des prestataires de cloud computing accentue les risques auxquels s'exposent les entreprises d'assurance* ». PAILLER, pp. 21-23.

<sup>925</sup> ARIZA, pp. 13-48 ; SIGNORINO, « *Los seguros cibernéticos : Alcance frente a los ciber riesgos* », pp. 231-248.

l'assureur sur les nouveaux produits doit être réglementé et adapté aux changements de l'activité<sup>926</sup>.

## 6. La réflexion finale

Il y a quelques siècles, lorsque les assurances sont apparues, elles étaient des affaires nouvelles par rapport à d'autres figures contractuelles et elles provoquaient même de la méfiance et de l'incompréhension. Ce processus d'insertion a été très lent en permettant aux consommateurs de gagner en confiance et de comprendre l'importance d'être protégés contre les risques quotidiens<sup>927</sup>. 938

Les assurances traditionnelles ne sont plus une nouveauté car ce sont d'autres types de contrats utilisant les nouvelles technologies qui sont devenus la nouveauté et qui retiennent, aujourd'hui, l'attention du grand public. Afin de ne pas disparaître, les assurances doivent être modernisées et intégrer les nouvelles technologies de manière accélérée. 939

Tous ces changements impliqueront que le devoir d'information au moment de la conclusion du contrat continuera à être un sujet d'actualité car la population a le droit d'être informée sur les changements pour donner son consentement. **Les nouvelles technologies sont un facteur qui accroît l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion du contrat, et par conséquent, les réflexions sur le devoir d'information du professionnel (le remède par excellence) demeurent d'actualité.** 940

## E. La synthèse

Sur la base de ce qui précède, nous pouvons tirer la conclusion suivante : les problématiques globales entraînent des transformations communes, transversales et systémiques dans tous les secteurs et disciplines. Toutefois, elles ont également des effets spécifiques et concrets sur des thèmes d'étude particuliers, comme c'est le cas du devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat. 941

## XI. La synthèse générale

Sur la base de ce qui précède, nous souhaitons attirer l'attention sur les conclusions suivantes: 942

**La synthèse concernant l'aperçu général du devoir d'information de l'assureur en droit européen et latino-américain (I) :** 943

- Le devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion des contrats est soumis à un régime juridique spécifique et différent, par rapport à la réglementation du devoir général d'information découlant de la bonne foi à la charge des deux parties et du régime juridique commun du droit de la consommation dans les pays dans lesquels il y a une codification.
- À l'heure actuelle, le contrat d'assurance est régi par des règles entièrement indépendantes concernant le devoir d'information de l'assureur qui ne s'applique pas à d'autres secteurs (l'approche sectorielle) et en raison de cela, la doctrine en général se demande s'il est souhaitable de passer à un schéma réglementaire commun (un Code général du droit de la consommation). A notre avis, en raison des particularités du contrat d'assurance, cette sous-catégorie de contrat de consommation doit avoir sa

<sup>926</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

<sup>927</sup> COUSY, pp. 31-57 ; CHAGNY/ PERDRIX, pp. 1-36 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 4 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86.

propre réglementation adaptée aux principes de l'opération de l'assurance, sans préjudice d'appliquer quelques principes généraux et règles communes applicables à tous les contrats de consommation<sup>928</sup>. La législation est donc adaptée aux particularités et aux principes particuliers de l'activité d'assurance.

- Tous les pays européens et latino-américains disposent d'un régime juridique applicable au devoir d'information de l'assureur. Cette réglementation a été profondément analysée et commentée par la doctrine de chaque pays.
- La législation relative au devoir d'information de l'assureur est généralement dispersée dans des règles de nature différente à l'intérieur du droit des assurances privées (la loi sur le contrat d'assurance, le droit de la surveillance de l'activité d'assurance, entre autres)
- Le devoir d'information de l'assureur fait partie du grand effort pour améliorer la transparence dans la communication à l'égard du consommateur (*le principe de la transparence*).
- Dans les pays européens et latino-américains se présentent de graves problèmes d'articulation, d'inflation normative, de duplicité et de manque de clarté en ce qui concerne le devoir d'information de l'assureur.
- Les critères relatifs au champ d'application du droit de la consommation au contrat d'assurance doivent être unifiés, soit par la délivrance de jugements des cours suprêmes, soit par des réformes législatives simplifiant le droit actuel.
- Les analyses de droit comparé doivent se concentrer sur les problématiques communes et la promotion des solutions sans tenir compte des problématiques très locales. Il faut éviter d'importer des problèmes émanant d'autres législations.

#### 944 **La synthèse concernant la coordination des intérêts (II) :**

- Le devoir d'information dans le droit des assurances privées peut être étudié depuis une double perspective parce que chaque partie du contrat d'assurance peut se trouver vulnérable face à l'autre en fonction de la situation. Ces dernières années, afin de remédier au manque de protection historique, ce droit a mis l'accent sur la protection des consommateurs d'assurance dans le cadre de la relation contractuelle.
- Le rôle de l'académie doit être de devenir un tiers indépendant et impartial, qui doit chercher la conciliation des intérêts et volets. Le contrat d'assurance est un contrat complexe dans lequel différents intérêts, parfois divergents, doivent être articulés et protégés.

#### 945 **La synthèse concernant l'objectif spécial du devoir d'information de l'assureur (III) :**

- Le devoir d'information de l'assureur présente un objectif particulier par rapport à d'autres secteurs car en dehors des objectifs traditionnels, il vise à compenser l'ouverture du marché des assurances (le processus de libéralisation du marché) et la suppression du contrôle préalable des conditions générales du contrat par les autorités de surveillance en Europe et en Amérique latine.

#### 946 **La synthèse concernant les particularités du contrat d'assurance (IV) :**

- Le contrat d'assurance a des particularités par rapport aux autres contrats de consommation, en considérant que les parties du contrat sont spéciales, qu'il y a une notion particulière de la bonne foi (la plus absolue bonne foi), qu'il a une modalité spéciale de conclusion du contrat et que, dans la plupart des cas, il s'agit d'un contrat de consommation. Ceci implique que le devoir d'information de l'assureur a ses propres particularités ce qui justifie que la normativité soit spéciale par rapport à d'autres contrats de consommation.

#### 947 **La synthèse concernant la difficulté de vulgariser le droit des assurances privées (V) :**

- Le contrat d'assurance génère de graves problèmes de communication à l'égard du consommateur parce que, d'abord, il y a un fondement technique qui justifie quelques discriminations. Aussi, bien qu'il y ait une fonction sociale dans l'opération

---

<sup>928</sup> L'intégration du devoir d'information de l'assureur dans la réglementation transsectorielle ou dans un Code de la consommation n'est pas une tendance commune dans tous les pays.

d'assurance, il y a la participation d'une entreprise privée à but lucratif. En plus, le marché d'assurance a connu une transformation totale (il y a un nouvel écosystème numérique). Finalement, il y a des notions très particulières et techniques qui s'avèrent difficiles de vulgariser et de résumer auprès du consommateur.

- Le devoir d'information de l'assureur ne vise pas à rendre le consommateur expert en assurances. Il prétend uniquement, pour la prise de certaines décisions importantes, à ce que le consommateur dispose d'informations supplémentaires (une aide) pour donner son consentement. Parfois, la grande erreur c'est qu'on surestime les remèdes en créant des attentes au-delà de ses capacités.
- Le devoir d'information de l'assureur est un outil, basé sur le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire, les personnes décident de l'utiliser ou non. Le fait que les consommateurs souhaitant protéger leurs intérêts, obtiennent les informations dont ils ont besoin est déjà une contribution importante.

#### **La synthèse concernant l'intensité de la réglementation (VI) :**

948

- L'activité de l'assurance fait preuve d'une intensité spéciale dans la réglementation du devoir d'information en étant fortement réglementé. Sachant que cette activité repose sur la confiance du public, il s'avère nécessaire de la protéger.
- L'intensité du régime de protection des consommateurs d'assurance, y compris le devoir d'information de l'assureur, se reflète dans les tentatives de certaines activités parallèles et similaires à l'activité d'assurance de ne pas être classifiées comme activité d'assurance.
- L'intensité du devoir d'information de l'assureur doit varier selon le type d'assurance, en partant du principe que les contrats les plus importants, complexes et à risque de pertes disposent d'un système de protection fort et spécial. Cependant, un phénomène qui se présente aujourd'hui, et qui est fortement critiqué dans le secteur, est qu'un même devoir d'information général est prévu pour tous les produits.

#### **La synthèse concernant les classifications de droit des assurances privées (VII) :**

949

- Il existe un phénomène de fragmentation de la réglementation au sein du droit des assurances privées selon les classifications d'assurances, ce qui explique qu'il y a une réglementation spécifique pour chaque branche de l'assurance.

#### **La synthèse concernant la violation du devoir d'information de l'assureur (VIII) :**

950

- La violation du devoir d'information de l'assureur s'est concentrée sur les cas où le contrat avait été conclu. Cependant, il est possible d'envisager des cas de responsabilité dans les cas où le contrat n'a pas été conclu, notamment lorsqu'il y a la participation d'un intermédiaire ayant un devoir de conseil ou quand l'assureur propose plusieurs plans d'assurance pour un même risque.
- Dans le cas où le sinistre a eu lieu et il y a une représentation erronée du consommateur d'assurance, à notre avis, quelle que soit l'argumentation juridique avancée (soit l'application des instruments contractuels, soit l'application du remède le plus approprié selon les intérêts de la victime de la violation, soit l'invocation de la responsabilité délictuelle) l'essentiel est qu'en cas de violations flagrantes du devoir d'information de l'assureur le consommateur soit indemnisé de manière intégrale.

#### **La synthèse concernant les autres remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information dans le contrat d'assurance (IX) :**

951

- Comme dans le droit de la consommation générale, le droit des assurances a accordé la priorité au devoir d'information de l'assureur comme remède au problème de l'asymétrie de l'information.
- Tous les remèdes proposés pour résoudre le problème de l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion du contrat ont des qualités et des défauts. Par conséquent, il est nécessaire de faire un processus d'articulation parmi ceux-ci.

#### **La synthèse concernant les effets des problématiques globales sur le devoir d'information de l'assureur (X) :**

952

- Les problématiques globales (le changement climatique, la pandémie mondiale de la covid-19, la crise et la volatilité des marchés financiers et la quatrième révolution in-



- dustrielle), entraînent des transformations communes, transversales et systémiques dans tous les secteurs et toutes les disciplines.
- Également, ces problématiques ont des effets spécifiques et concrets sur des thèmes d'étude particuliers, comme c'est le cas du devoir d'information de l'assureur au moment de la conclusion du contrat.

Cinquième Partie :

Les critiques au devoir d'information et les  
propositions pour son amélioration



La présente partie sera consacrée à :

953

- D'une part, présenter les critiques du modèle d'information et les problèmes de communication parallèles au devoir d'information (chapitre 7).
- D'autre part, exposer quelques propositions spécifiques pour améliorer certaines problématiques identifiées dans la thèse sur le devoir d'information et en général sur le droit de la consommation (chapitre 8).

Dans la partie précédente, nous avons fait une présentation du devoir d'information de l'assureur comme une sous-catégorie du contrat de consommation en montrant comment les problèmes de communication liés à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats d'assurance demeurent un sujet d'inquiétude significative pour l'opération d'assurance et comment ils constituent un cas d'étude intéressant pour le droit de la consommation en général. Dans cette dernière partie nous avons décidé de revenir à l'analyse générale du droit de la consommation parce que nous nous sommes rendu compte que tant les critiques que les propositions pour l'amélioration du devoir d'information de l'assureur pouvaient être reproduites dans le droit de la consommation en général. Autrement dit, nous avons décidé d'élargir le champ de nos réflexions finales.

954

## Chapitre 7 : Les critiques du modèle de l'information et les problèmes contractuels parallèles

La plupart des pays ont introduit un modèle d'information complémentaire, selon lequel les consommateurs doivent recevoir des informations supplémentaires de la part des professionnels (le devoir d'information du professionnel) pour prendre des décisions éclairées et faire une comparaison des produits<sup>929</sup>. **Toutefois, le paradigme de l'information reçoit beaucoup de critiques et certaines théories parlent même de l'échec total du modèle.**

955

La présente thèse n'a pas pour but de défendre le modèle d'information face aux critiques formulées. Dans cette thèse, nous partons de l'hypothèse qu'il s'agit du modèle actuel (il est consacré dans la législation actuelle) et jusqu'à ce qu'il ne soit pas modifié, il est pertinent de réaliser des études spécifiques et d'identifier les nouvelles tendances qui peuvent produire de petits changements positifs dans la discipline.

956

Dans les paragraphes suivants nous allons exposer :

957

- D'abord, les principales critiques et notre position à ce sujet (I).
- Par ailleurs, les problèmes contractuels parallèles à l'asymétrie de l'information que l'information précontractuelle ne résout pas ou a des effets mineurs (II).
- Finalement, notre réflexion finale sur le regard positif du devoir d'information du professionnel (III).

### I. Les critiques du modèle de l'information

De manière générale, les critiques peuvent être synthétisées à partir de quatre grands axes thématiques :

958

- Critiques du modèle d'information depuis le droit de la consommation (A).

---

<sup>929</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 76-106.

- Le grand débat sur la rationalité des consommateurs au moment de la conclusion des contrats (B).
- Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (C).

## A. Critiques du modèle d'information depuis le droit de la consommation

959 Le droit de la consommation présuppose la vulnérabilité du consommateur et la nécessité de prendre des mesures pour le protéger. Cependant, les principaux débats portent sur la manière de le faire (les politiques de protection). En d'autres termes, le niveau d'intervention de l'État sur le marché, le rôle du consommateur (le consommateur en tant qu'acteur économique du marché) et les remèdes proposés pour résoudre les dysfonctionnements du marché<sup>930</sup>.

960 D'après FORNAGE, il existe trois grands modèles de politique de protection des consommateurs<sup>931</sup>:

- *Le modèle de l'information complémentaire ou modèle libéral.*
- *Le modèle compensatoire ou modèle social.*
- *Le modèle compensatoire échelonné (mixte)*

### 1. Le modèle de l'information complémentaire ou modèle libéral

961 Conformément à ce modèle, l'intervention sur les différents marchés doit être limitée à la fourniture par les professionnels d'informations complémentaires pour permettre aux consommateurs de prendre des décisions en connaissance de cause. Le manque d'information du consommateur justifie une intervention de l'État sur le marché, mais il n'est pas recommandé d'intervenir plus profondément, étant donné qu'il pourrait limiter l'autonomie des parties et engendrer un paternalisme<sup>932</sup>. FORNAGE l'explique :

*Le modèle complémentaire est d'inspiration libérale dans la mesure où le consommateur mérite une protection seulement s'il justifie d'un besoin d'information particulier. Seul un manque d'information peut donc justifier une intervention étatique.*

*L'efficacité de la concurrence et la transparence du marché exigent en effet de combler ce déficit par des mesures complémentaires pour informer le consommateur. L'information suffit toutefois à lui garantir une position égale à celle du professionnel du point de vue intellectuel et économique. Selon cette conception, d'autres mesures de protection seraient néfastes pour le marché, allant même jusqu'à restreindre l'autonomie privée des parties<sup>933</sup>.*

Il est important de souligner que la plupart des pays ont opté pour ce modèle d'information complémentaire ou modèle libéral.

### 2. Le modèle compensatoire ou modèle social

962 Selon le modèle compensatoire ou modèle social, il ne suffit pas de se concentrer sur l'information, étant donné que la seule information ne garantit pas la participation du consommateur au marché pour différentes raisons, notamment : le caractère irrationnel du processus de décision (le consommateur n'est pas parfaitement rationnel dans ses choix), les

---

<sup>930</sup> JULIEN, pp. 17-57 ; RAYMOND, pp. 39-48 et pp. 343-365.

<sup>931</sup> FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, pp. 75-81.

<sup>932</sup> *Ibid.*, pp. 76-77 ; TRUCHET, pp. 7-78 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>933</sup> *Ibid.*, pp. 76-77.

capacités intellectuelles du consommateur (limitations et le manque de compétences), les limites dans la recherche de l'information (par exemple le manque d'intérêt pour se renseigner) et le manque de pouvoir de négociation. FORNAGE s'exprime ainsi :

*Forts du constat que l'information du consommateur n'est pas suffisante, les partisans du « modèle social » considèrent que la politique de protection du consommateur passe par la mise en œuvre de mesures compensatoires au marché.<sup>934</sup>*

D'après ce modèle, il est possible de modifier le modèle économique et de production actuelle. C'est pour cette raison que les différentes approches du modèle envisagent différentes propositions, telles que, la participation de la majorité à travers un contrôle social du processus de production, la modification et adaptation du droit des contrats à la réalité sociale, le renforcement du contrôle étatique du marché des fournisseurs, la promotion par l'État de l'information et la concrétisation d'une protection individuelle intensive<sup>935</sup>. 963

### 3. Le modèle compensatoire échelonné (mixte)

Il existe une théorie intermédiaire, selon laquelle le consommateur doit être un acteur fort du marché face au professionnel. C'est pourquoi les instruments ne devraient pas se limiter uniquement à l'information. FORNAGE, qui a choisi ce modèle, affirme que si l'information est combinée avec d'autres instruments, le modèle compensatoire échelonné permet de garantir la liberté contractuelle<sup>936</sup>. Elle explique ci-dessous pourquoi il est échelonné : 964

*Le modèle compensatoire est dit « échelonné », car la protection du consommateur se mesure à l'aune de ses besoins. Le rôle social du droit privé implique en effet que les règles protectrices soient efficaces : celles-ci ne doivent être ni trop nombreuses, ni trop contraignantes. Si le droit privé doit en conséquence revêtir une composante sociale, il est cependant exclu de protéger à outrance le consommateur contractant. L'approche de REIFNER comporte en effet le risque d'en faire un « assisté ». Néanmoins, la volonté politique de donner au consommateur des instruments lui permettant de jouer son rôle sur le marché de tels instruments suppose aussi celle de mettre le cas échéant en œuvre<sup>937</sup>.*

### 4. Notre approche

À cet égard, il convient de faire les observations suivantes : 965

- D'abord, le sujet est controversé, c'est-à-dire, il suscite tant de critiques que de positions contradictoires, c'est un indice qui dénote la pertinence de réaliser une nouvelle étude et une révision bibliographique de celui-ci.
- Par ailleurs, le libéralisme économique est le modèle prédominant dans la plupart des pays. Notre travail n'a pas pour but de proposer un nouveau modèle économique alternatif qui le remplacerait (celui-ci étant hors de portée de ce travail). Notre étude se limite à une analyse concrète dans le cadre du modèle économique existant. Dans l'avenir, si les développements d'autres modèles économiques réussissent à changer le modèle actuel, il sera pertinent de faire des analyses avec une autre approche et à partir d'une vision différente.
- En plus, les critiques ne suggèrent pas que le devoir d'information des professionnels soit un échec et devrait donc disparaître complètement. L'approche est que la politique de protection ne devrait pas se concentrer uniquement sur la fourniture

<sup>934</sup> Ibid., p. 77.

<sup>935</sup> Ibid., pp. 76-78.

<sup>936</sup> Ibid., pp. 76-78.

<sup>937</sup> Ibid., pp. 78-80.

d'informations aux consommateurs, mais qu'il faudrait se servir d'autres instruments et élargir le niveau de l'intervention de l'État sur le marché (changer de modèle économique). En d'autres termes, il ne s'agit pas de supprimer l'obligation d'information, mais de faire une articulation avec d'autres mesures et outils dont certains s'avèrent plus efficaces<sup>938</sup>.

- Finalement, nous sommes d'accord avec l'idée que le devoir d'information à lui seul ne résout pas les problèmes de protection des consommateurs et qu'une articulation des différentes mesures et remèdes est nécessaire. Cependant, à notre avis, le devoir d'information de l'assureur est un apport extrêmement précieux que nous allons défendre dans cette thèse, ayant produit de petites améliorations qu'il faut souligner et saluer.

## **B. Le grand débat sur la rationalité des consommateurs au moment de la conclusion des contrats**

966 Actuellement, compte tenu de l'aggravation du problème de l'asymétrie de l'information, la question de la rationalité des consommateurs au moment de la prise de décision demeure fortement débattue<sup>939</sup>.

967 Il existe un grand nombre d'études empiriques sur le comportement des consommateurs et l'influence des informations fournies par les professionnels (« *Behavioural economics research* »). Après avoir fait une révision de la bibliographie, on a identifié trois grandes positions :

- La théorie du choix rationnel (le modèle traditionnel (1))
- La rationalité limitée et les critiques constructives du modèle d'information (2)
- L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information (3)
- Notre position (4)

### **1. La théorie du choix rationnel (le modèle traditionnel)**

968 Le modèle d'information a été construit sur la prémisse *philosophique kantienne de la rationalité de l'être humain*. Traditionnellement, les théories économiques et juridiques partent du principe que les êtres humains ont les mêmes capacités cognitives<sup>940</sup>. MARTENET/ A. HEINEMANN l'expriment :

*Toutefois, ce qui unit la plupart des écoles économiques (y compris la théorie des jeux), est le modèle de l'homo œconomicus qui se trouve à la base de toute analyse. Selon ce modèle, les individus sont perçus comme des êtres rationnels qui - guidés par des préférences claires - maximisent leur utilité personnelle. Il a certes toujours été évident que l'être humain ne se restreint pas à son rôle de créature raisonnable, mais que ses émotions influencent également son comportement. Cependant, le modèle est fondé sur l'idée que ces « faiblesses », en général, se contrebalancent et que l'hypothèse de l'être rationnel est celle qui ex-*

---

<sup>938</sup> « Les mesures d'information et de protection ont à coexister. Elles ne constituent pas des orientations exclusives l'une de l'autre mais des alternatives naturellement complémentaires au sein d'une approche globale et intégrée d'une politique visant à assurer la promotion effective des intérêts des consommateurs dans l'ordre socio-économique ». VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 33.

<sup>939</sup> HUG, pp. 93-95 STRAETMANS, pp. 1-7 ; ATAMER/ PICHONNAZ, « *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts* », pp. 4-9 ; HINESTROSA, « *Función, límites y cargas de la autonomía privada* », pp. 5-39.

<sup>940</sup> LOACKER, pp. 97-110 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-63 ; VANDENBERGHE, pp. 402.

*plique de la meilleure manière les décisions économiques des différents acteurs*<sup>941</sup>.

L'économie et le droit, avec un langage différent, suivent la même approche :

969

- En ce qui concerne l'économie, les consommateurs ont la capacité de prendre des décisions optimales et efficaces en fonction de leurs intérêts, après avoir surmonté les asymétries et les défaillances du marché<sup>942</sup>. VIGNERON l'évoque :

*En théorie économique, un consommateur est considéré comme rationnel, ce qui signifie qu'il opère des choix délibérés et conscients, tout en sachant gérer ses contraintes ? Pour prendre sa décision, le consommateur a réfléchi à ce qu'il allait faire et est capable de donner une justification raisonnée au choix qu'il a effectué ? Si son environnement change, l'agent économique rationnel va modifier son comportement afin d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés ou réaliser ses préférences, tout en respectant les contraintes qui limitent les choix possibles ? Le consommateur cherchera donc à maximiser son utilité jusqu'à ce que le coût marginal soit équivalent au bénéfice marginal ?*<sup>943</sup>

- D'un point de vue juridique, la capacité de prendre une décision rationnelle est présumée chez un adulte sauf circonstances particulières<sup>944</sup>. C'est pourquoi s'il y a des déséquilibres structurels entre les parties du contrat, après l'introduction de mesures protectrices de la partie faible, la partie faible a la capacité de donner son consentement en connaissance de cause.

En d'autres termes, tout en reconnaissant la vulnérabilité de certains groupes de personnes (consommateurs inexpérimentés, personnes sans pouvoir de négociation, déséquilibres économiques, déséquilibres de l'information), l'on considère qu'il est possible de rétablir l'équilibre car il ne s'agit pas d'un problème structurel sans solution. Malgré l'asymétrie de l'information entre les professionnels et les consommateurs, une fois que ces derniers ont reçu des informations complémentaires, l'équilibre doit être considéré comme rétabli et le consommateur doit être tenu pour apte et peut donc prendre des décisions en connaissance de cause.

970

## **2. La rationalité limitée et les critiques constructives du modèle d'information**

Selon les théories d'HERBERT SIMON, il y a certaines composantes psychologiques et sociologiques propres aux individus qui empêchent de prendre des décisions complètement rationnelles<sup>945</sup>. BIENENSTOCK en fait une description :

971

*Depuis les travaux fondateurs de Simon en 1957 puis de Kahneman et Tversky à partir des années 1970 et il est unanimement admis que les agents disposent d'une rationalité limitée. Le processus décisionnel n'est plus perçu comme une succession d'étapes parfaitement logiques et cohérentes, mais au contraire comme un enchevêtrement de raisonnements, d'émotions, d'erreurs et d'approximations*<sup>946</sup>.

<sup>941</sup> MARTENET/ HEINEMANN, pp. 25-26.

<sup>942</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 13-14 ; MARTENET/ HEINEMANN, pp. 25-27 ; CHAMIE, pp. 115-132.

<sup>943</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 13-14.

<sup>944</sup> GEISSBÜHLER, pp. 62-63 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-63.

<sup>945</sup> LOACKER, pp. 100-110 et 269-293 ; VIGNERON, *L'information des consommateurs*, pp. 23-35 ; MARTENET/ HEINEMANN, pp. 25-27.

<sup>946</sup> BIENENSTOCK, p. 24.



972 À mesure que les choix et la complexité des décisions se multiplient, les capacités limitées de traitement de l'information deviennent plus évidentes et les individus ont tendance à simplifier le processus décisionnel<sup>947</sup>. VIGNERON l'explique ainsi :

*Les auteurs de cette doctrine tendent à nuancer l'approche traditionnelle de l'analyse économique du droit en partant du principe selon lequel les bénéfices que peuvent tirer les consommateurs de l'information sont souvent surévalués compte tenu de certains traits liés au comportement des individus. Cette doctrine nouvelle associe l'analyse économique du droit aux sciences du comportement pour tenir compte de certaines composantes psychologiques et sociologiques propres aux individus sur le marché. Comme énoncé, les consommateurs ont tendance à opérer des choix subjectifs et sélectifs parmi les informations à disposition pour ne retenir en définitive que les données venant conforter la décision qu'ils avaient déjà envisagée. Les informations ne correspondant pas à leurs vues sont écartées. En d'autres termes, les individus interprètent les informations de manière à justifier leur comportement sur le marché sans faire un usage rationnel de celles-ci pour élaborer un choix éclairé. Les producteurs, conscients de ce fait, tendent à se conformer aux obligations d'information qui leur sont imposées de manière à diffuser auprès des consommateurs une image aussi favorable que possible de leurs produits. Selon cette théorie, les individus ne sont ni complètement rationnels, ni entièrement irrationnels. Ils adoptent une démarche intermédiaire, qualifiée de rationalité limitée (bounded rationality), qui les amène à ne pas toujours pouvoir ou vouloir maximiser leur utilité. En raison de la complexité d'une situation, d'influences extérieures ou du manque de temps, leur processus décisionnel emprunte des raccourcis par l'utilisation de schémas heuristiques, saute délibérément ou inconsciemment des étapes et se simplifie pour aboutir à un choix peut-être satisfaisant, mais non optimal. La prise en compte de ce type de comportement permet de mieux comprendre le fonctionnement des individus sur le marché et d'apprécier plus précisément l'efficacité d'une règle de droit<sup>948</sup>.*

973 Dans sa récente thèse de doctorat, BORY a expliqué en détail la rationalité limitée des contractants en exposant l'existence de biais cognitifs et de facteurs externes d'altération de la volonté. Il constate ainsi que :

*Les résultats empiriques issus des sciences comportementales démontrent que les contractants ne disposent pas toujours des compétences leur permettant de négocier effectivement leurs engagements contractuels, qu'il existe des erreurs récurrentes, dont certaines peuvent leur porter gravement préjudice. Ces biais cognitifs affectent la formation de la volonté des sujets de droit et peuvent conduire ces derniers à prendre des décisions contraires à leurs intérêts<sup>949</sup>.*

974 Les théories d'HERBERT SIMON et les études empiriques sur le comportement des consommateurs (« behavioural economics research ») constituent une position intermédiaire. En effet, tout en reconnaissant que les consommateurs n'agissent pas souvent de manière rationnelle et sont susceptibles d'être manipulés, ce modèle exprime qu'il est possible d'étudier leur comportement pour améliorer le système<sup>950</sup>. MARTENET/ HEINEMANN exprime à cet égard :

*Par conséquent, les résultats de l'économie comportementale peuvent être pris en considération dans la mesure où ils sont assez solides et pourvu que le droit*

---

<sup>947</sup> VANDENBERGHE, pp. 401-423.

<sup>948</sup> VIGNERON, *L'information des consommateurs*, p. 29.

<sup>949</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, p. 78 et pp. 73-103 et pp. 267-270. Voir aussi : BIENENSTOCK, pp. 14-83.

<sup>950</sup> MARTENET/ HEINEMANN, pp. 25-27 ; SOLA, pp. 67-68 ; LOACKER, pp. 100-110.

*positif laisse une marge d'appréciation aux autorités qui l'appliquent. Généralement, nous pouvons retenir que même si les acteurs économiques se comportent de manière moins rationnelle que ce qui est prévu par l'approche traditionnelle, une concurrence efficace semble la plus à même de réduire les différents biais*<sup>951</sup>.

**Le modèle de l'information précontractuelle n'est ni parfait ni la panacée.** Cependant, des études économiques et psychologiques peuvent être menées sur le comportement des consommateurs afin d'améliorer le modèle. En d'autres termes, des preuves empiriques doivent identifier comment résoudre les problèmes du système en explorant de nouvelles façons de présenter les informations pour atteindre les objectifs.<sup>952</sup> 975

Dans ce sens, BORY a postulé que l'instrument (le devoir d'information) ne doit pas être abandonné, mais un processus d'optimisation doit être réalisé. Selon ses termes : 976

*Si l'approche traditionnelle des devoirs d'information a démontré d'importantes failles, cet instrument ne doit toutefois pas être abandonné pour autant ; il s'agit bien plus d'en reconnaître les limites et de le faire évoluer afin de le rendre plus effectif, compte tenu des études empiriques sur la manière dont les individus comprennent et utilisent les informations mises à leur disposition*<sup>953</sup>.

Il faut souligner que, comme nous l'avons déjà évoqué il y a une avancée importante dans cette direction en droit européen. La Directive (UE) 2016/97 prévoit l'utilisation de preuves empiriques auprès des consommateurs dans deux domaines : 977

- Document d'information de produit d'assurance (DIPA) : l'article 20 de la DDA<sup>954</sup> établit que les assureurs doivent livrer un format normalisé avant la conclusion du contrat qui a pour but de synthétiser les produits d'assurance et de permettre la comparaison. Ce format a été élaboré par l'Autorité européenne de surveillance des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) à partir de tests auprès des consommateurs. Le résultat est un document succinct, avec un design et des symboles attractifs, qui cherche à faire comprendre aux consommateurs des informations précontractuelles et contractuelles sur le produit d'assurance.
- La surveillance et la gouvernance des produits : L'article 25 de la DDA<sup>955</sup> et le Règlement délégué 2017/2358 prévoient *le principe de surveillance et de gouvernance des produits* dans le processus de conception des produits d'assurance. Selon cette méthode, les produits doivent être conçus en fonction des intérêts et des besoins des clients, d'où les études empiriques sur les consommateurs<sup>956</sup>.

**Notre travail de recherche se concentre sur la deuxième approche, c'est-à-dire qu'il faut s'inspirer des différentes recherches et des nouvelles tendances pour résoudre les problématiques actuelles. En effet, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un échec total du devoir d'information et que, par conséquent, il doit être aboli.** 978

<sup>951</sup> MARTENET/ HEINEMANN, pp. 25-27.

<sup>952</sup> SOLA, pp. 67-71 ; LOACKER, pp. 1-14 ; THE GENEVA ASSOCIATION, « *The Role of Trust in Narrowing Protection Gaps* ».

<sup>953</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 267.

<sup>954</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>955</sup> Directive (UE) 2016/97 du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

<sup>956</sup> Supra. Chapitre 6II D 1 b.(iii) La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP).

### 3. L'irrationalité des consommateurs et les critiques radicales au modèle d'information

979 D'autres auteurs ont des positions plus radicales en affirmant que les consommateurs sont des *esclaves de la société de consommation* car ils prennent leurs décisions de manière émotionnelle et sont facilement manipulables par les professionnels, à travers l'utilisation des stratégies de publicité.

980 Dans le livre intitulé « *Système 1, système 2 : les deux vitesses de la pensée* » KAHNEMAN a étudié en profondeur le comportement des êtres humains et la façon dont ils pensent et prennent des décisions. Il y a deux mécanismes qui se mettent en marche pour la prise des décisions : d'une part, *le système 1* qui est rapide, intuitif et émotionnel, et d'autre part, *le système 2* qui est plus lent, plus réfléchi, plus contrôlé et plus logique<sup>957</sup>. Selon les estimations, 95 pour cent des décisions sont prises dans le cadre du système 1.

Le neurologue reconnu ANTONIO DAMASIO est parvenu à une conclusion similaire sur l'irrationalité de la plupart des décisions de l'homme en employant une autre terminologie<sup>958</sup>.

981 Ces études empiriques ont amené des juristes comme WALDO SOBRINO et FERNANDO SHIN à considérer que le modèle du droit des contrats est totalement obsolète et doit être radicalement repensé. Selon ces juristes, les contrats de consommation n'existent pas en réalité car il est illusoire de parler d'un accord de volontés pour des décisions qui ont été rapides, intuitives, émotionnelles et sans lecture<sup>959</sup>.

982 Également, il existe des expériences empiriques sur la prise de décisions des consommateurs qui ont montré que les gens prennent des décisions basées sur leurs croyances et leurs préjugés sans tenir compte de la documentation précontractuelle fournie par les professionnels. En d'autres termes, les consommateurs prennent des décisions irrationnelles et non optimales pour la défense de leurs intérêts<sup>960</sup>.

983 C'est pour cette raison que **certains auteurs, comme nous l'avons déjà évoqué, soutiennent que le devoir d'information est un « échec » dans la mesure où il n'atteint pas son objectif de réussir à ce que les consommateurs prennent des décisions éclairées et d'empêcher ainsi leur déception ultérieure.** Bien que les professionnels donnent l'information précontractuelle de manière objective, les décisions ne sont pas prises en fonction de celle-ci, mais, plutôt, en fonction des fausses représentations et des fausses attentes qui ne sont pas conformes à la réalité et les consommateurs seront donc déçus au cas où ces différences entre leur perception et la réalité soient au détriment des leurs intérêts<sup>961</sup>.

Comme nous l'avons déjà évoqué, BEN-SHAHAR et SCHNEIDER dans leur livre intitulé « *More Than You Wanted to Know : The Failure of Mandated Disclosure* » affirment que le devoir d'information des professionnels fonctionne rarement et expliquent de manière détaillée la raison de cet échec.<sup>962</sup>

984 Selon les critiques du modèle d'information, il y a dans *le devoir un paternalisme inutile* puisque les consommateurs sont surchargés de documents précontractuels qu'ils ne com-

---

<sup>957</sup> KAHNEMAN.

<sup>958</sup> DAMASIO.

<sup>959</sup> SOBRINO, « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* » ; SHINA, pp. 1-180.

<sup>960</sup> MICKLITZ/ STUYCK/ TERRY (édits.), pp. 213-238 ; VANDENBERGHE, pp. 401-423 ; ATAMER/ PICHONNAZ, pp. 3-63.

<sup>961</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* » ; SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 1-272 ; STRAETMANS, pp. 73-85.

<sup>962</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 3-13 ; SCHWARCZ « *Transparently Opaque* » ; AYRES/ SCHWARTZ, pp. 545-609.

prennent pas, qu'ils ne lisent pas et dont ils ne servent pas. En outre, remplir ce devoir apporte des coûts excessifs pour les professionnels<sup>963</sup>.

#### 4. Notre position

Nous sommes conscients que les études empiriques montrent l'irrationalité et les limites cognitives des consommateurs dans la plupart des décisions (95 % des décisions sont prises sous le système 1 qui est irrationnel et émotionnel). Cependant, nous ne sommes pas d'accord avec l'abolition radicale et l'abandon total de tous les postulats du droit des contrats, au motif d'une irrationalité totale des consommateurs et de l'échec de tous les remèdes car **le modèle de remplacement n'est pas encore clair**. Dans la même direction MARTENET/ HEINEMANN affirment :

*Bien que la critique du homunculus economicus touche aux fondements des sciences économiques, il est difficile de déterminer les conséquences de l'hypothèse de la « rationalité limitée » (bounded rationality) sur la politique de concurrence. Il serait certainement trop simpliste d'en déduire une méfiance générale à l'encontre du fonctionnement des marchés, qui impliquerait une nécessité accrue d'intervention.*<sup>964</sup>

Malheureusement, avec les problématiques contemporaines (les pandémies, les guerres, les inégalités sociales, le changement climatique), ce n'est pas le diagnostic qui est difficile, mais il s'agit plutôt de trouver les solutions adéquates, c'est-à-dire, de proposer de nouveaux modèles qui remplacent efficacement les modèles traditionnels (critiquer est facile, construire est le défi).

Pour nous, **il nous paraîtrait erroné d'abandonner le noble objectif d'éduquer et d'informer les consommateurs parce que la notion de consommateur informé<sup>965</sup> et responsable est un objectif à atteindre dans la société**. Il est souhaitable que toutes les personnes aient une éducation suffisante de telle manière qu'elles puissent protéger elles-mêmes leurs intérêts (prendre leurs propres décisions).

Nous ne pouvons pas sous-estimer les consommateurs en partant du principe d'une irrationalité totale. Il est possible de lancer une petite révolution en éduquant la population afin de lui permettre de prendre progressivement des décisions plus rationnelles.

On peut faire une analogie avec les enseignants : malgré le peu d'intérêt des étudiants, ils ne doivent pas abandonner l'intérêt de transmettre les connaissances, au contraire, ils doivent chercher un moyen de faire passer le message (innover dans l'éducation)<sup>966</sup>.

La présente thèse est fondée sur l'idée que le modèle d'information peut être amélioré à partir de l'utilisation d'études empiriques et de l'expérience internationale sur les mécanismes réussis dans chaque pays. C'est pourquoi nous adoptons la tendance des critiques constructives, qui vise à améliorer la communication et le système d'information entre les professionnels et les consommateurs.

<sup>963</sup> VANNEROM, pp. 73-100. FONTAINE, p. 299 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>964</sup> MARTENET/ HEINEMANN, p. 27.

<sup>965</sup> TRUCHET, pp. 7-78.

<sup>966</sup> Nos recherches doctorales en Suisse ont été précisément liées à une réflexion sur la transmission de l'information et l'accès à celle-ci. Il est important de briser les paradigmes et d'innover dans la manière de transmettre les connaissances. Notre expérience en tant qu'enseignant jeune a ainsi été orientée vers la recherche de nouvelles façons de captiver l'intérêt des nouvelles générations d'étudiants en droit. Dans l'avenir, nous souhaiterions devenir un « *academic influencer* », c'est-à-dire, communiquer régulièrement sur la démarche et les résultats de nos recherches et produire des matériels pédagogiques innovants, tels que des vidéos sur YouTube, des articles de blog et des réflexions juridiques sur les réseaux sociaux.

- 991 **Nous pouvons commencer par essayer d'amener les consommateurs à prendre les décisions les plus importantes avec le système 2, et réussir un jour à inverser la proportion par rapport au système 1.** Pour ce faire, nous devons utiliser toutes les études empiriques des différentes disciplines afin d'améliorer le système de vulgarisation de l'information (Legal Design, Nudges, études du comportement des consommateurs).
- 992 Nous sommes d'accord avec la position assumée par LOACKER, en vertu de laquelle le modèle d'information est *un modèle doux de paternalisme*, qui peut être toléré puisqu'il fournit un outil supplémentaire pour les consommateurs intéressés par la prise de décisions (un devoir de coopération supplémentaire) et n'affecte pas gravement ceux qui ne s'intéressent point ou n'ont pas besoin d'informations supplémentaires<sup>967</sup>.

### C. Critiques au droit de la consommation liées au devoir d'information (la théorie du pendule)

- 993 Aujourd'hui, l'on peut constater une grande tension entre deux catégories de praticiens du droit. D'une part, il y a les avocats des consommateurs qui défendent les intérêts de ceux-ci contre les abus des professionnels et qui se servent des règles de protection des consommateurs. Selon l'avis de ces avocats, malgré les progrès de la législation, il existe encore de grandes lacunes en matière de protection des consommateurs et il est nécessaire de renforcer et d'élargir la protection<sup>968</sup>.

**D'autre part, les avocats qui travaillent à la défense des professionnels**, qui ont une très mauvaise image du droit de la consommation, considérant qu'il y a beaucoup de cas d'abus des consommateurs, un excès de normativité et des décisions arbitraires des juges. Selon eux, les dispositions introduites manquent de cohérence et d'ordre, ce qui les rend difficiles à respecter pour le professionnel et excessivement coûteuses. C'est dans ce contexte que survient une insatisfaction dans le secteur, tant en Europe qu'en Amérique latine<sup>969</sup>. FONTAINE fait une description de la situation dans le secteur des droits des assurances :

*La bonne information du preneur d'assurance, longtemps négligée, est tout aussi importante que celle de l'assureur, jadis la seule préoccupation du législateur. Toutefois, la manière pléthorique et anarchique dont la législation et la réglementation se sont développées en ce domaine depuis un certain nombre d'années ne peut que susciter le doute. Les règles sont trop détaillées et trop dispersées, les recouvrements et doubles emplois sont nombreux. La charge de travail et les coûts imposés aux assureurs sont considérables, sans vraiment offrir en contrepartie la protection recherchée à un consommateur noyé dans une information trop abondante pour être efficace. Comme l'écrit justement un commentateur autorisé, l'information qui doit être donnée à l'assuré se caractérise par le formalisme et par l'excès. Un autre analyste éminent parle en termes très durs de bombardement réglementaire<sup>970</sup>.*

- 994 STIGLITZ mentionne les critiques récurrentes qui sont faites au devoir d'information :
- La législation prend pour modèles les personnes les plus ignorantes.
  - La législation fait de fausses généralisations en négligeant le fait qu'il y a des cas où le professionnel est la partie vulnérable.
  - La législation impose des obligations disproportionnées au professionnel.

---

<sup>967</sup> LOACKER, pp. 22-39 ; HEINEMANN, pp. 45-62.

<sup>968</sup> FONTAINE, pp. 62-71 et pp. 206-223 ; LAMBERT-FAIVRE/ LEVENEUR, pp. 111-160 et pp. 290-302 ; STIGLITZ, pp. 43-54 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>969</sup> FONTAINE, p. 299 ; MAGIARDI/ PANTANALI/ QUINTANA, pp. 13-66 ; ZARANTE, pp. 233-268 ; JARAMILLO, « *La protección del consumidor de seguros en Colombia* », pp. 213-233 ; TRUJILLO/ OSSA, pp. 121-142 ; ARIZA/ CALVO, pp. 37 -57.

<sup>970</sup> FONTAINE, p. 299.

- La législation est trop rigide, ce qui empêche l'innovation du professionnel et viole la liberté d'entreprise.
- La législation ne tient pas compte de l'obligation des consommateurs de s'informer eux-mêmes.
- Il y a des excès dans l'utilisation du devoir d'information puisque cette obligation devrait être l'exception.
- Il y a une violation des principes du libéralisme comme l'autonomie privée et l'égalité d'armes<sup>971</sup>.

À titre d'analogie, le droit de la protection du consommateur est comme un pendule. Il y a des moments d'absence de protection des consommateurs, c'est pourquoi il faut introduire des dispositions protectrices<sup>972</sup>. Les professionnels eux-mêmes sont conscients de la nécessité d'améliorer la situation des consommateurs afin de changer l'image de marque et d'éviter la déception du public<sup>973</sup>. Mais il y a aussi des moments où le sentiment qui domine est que les dispositions introduites ont été excessives et qu'elles peuvent engendrer des limitations excessives aux libertés des professionnels<sup>974</sup>. 995

Dans le même sens, MARCHAND affirme que le droit de la consommation doit viser la proportionnalité dans son champ d'application et éviter d'être dépassé par les limites de la liberté contractuelle. Il soutient : 996

*De la capacité ou de la volonté des spécialistes du droit de la consommation à circonvenir le champ de leur intervention dépendra l'avenir de ce droit. A trop naviguer dans le flou, ils prendront le risque soit de saborder le droit de la consommation en le rendant inacceptable pour l'économie, soit de polluer le droit privé en s'attaquant sans motif raisonnable à une liberté contractuelle qui en reste le joyau<sup>975</sup>.*

KHOURY explique que les interventions de la loi et de la jurisprudence dans la sphère « privée » du contrat doivent chercher un minimum d'équilibre et de justice entre les cocontractants, sans imposer l'égalité entre les parties à n'importe quel prix, et de même, que la supériorité d'une partie sur l'autre au contrat ne doit pas être stigmatisée. Il l'explique ainsi : 997

*Le contrat est un phénomène d'échanges, d'interactions : il peut donner lieu à une répartition inégale des avantages et désavantages entre les parties en présence ; moraliser le contrat ne signifie pas imposer l'égalité entre les parties, leur octroyer des avantages et des inconvénients similaires. La recherche d'un égalitarisme est le contraire de la raison d'être, de l'essence même du contrat. L'intervention a posteriori du juge ne doit pas avoir pour finalité la recherche d'une stricte égalité à n'importe quel prix : le juge peut et doit intervenir lorsqu'il constate que le contrat devient un instrument d'exploitation, de soumission d'un contractant à l'autre. Ce n'est pas la supériorité d'une partie au contrat à l'autre qui doit être stigmatisée, mais l'utilisation potentielle, future ou réelle, passée ou présente de cet ascendant dans un but d'assujettissement de l'autre qui doit être combattue par le droit.*

*Ainsi, le droit lutte contre l'abus de domination, de puissance d'une personne sur une autre : cette intervention du droit est particulièrement prégnante dans le droit des contrats. Dans cette sphère du droit, les notions morales doivent être utilisées comme des principes directeurs qui servent à fonder, justifier, légitimer les interventions de la loi et de la jurisprudence dans la sphère « privée » du*

<sup>971</sup> STIGLITZ, pp. 43-54.

<sup>972</sup> HINESTROSA, *Le rapport général-Le consommateur*, pp. 34-35 ; MARCHAND, pp. 1-2 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 868-929.

<sup>973</sup> LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, pp. 111-172.

<sup>974</sup> FONTAINE, p. 299 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>975</sup> MARCHAND, p. 2.

*contrat, dans le but ultime de faire triompher la notion de juste, c'est-à-dire un minimum d'équilibre et de justice entre les cocontractants. Nous entendons donc par moralisation du droit des contrats la reprise par le droit de concepts élaborés dans le domaine de la morale et appliqués aux échanges entre les hommes par l'intermédiaire de normes, de principes ou de concepts juridiques*<sup>976</sup>.

998 À notre avis, **les moments de tension sont précisément les plus appropriés pour capitaliser des expériences du droit comparé et pour promouvoir des remèdes aux problématiques actuelles. Les chercheurs peuvent devenir un tiers indépendant et impartial et, dans certains cas, doivent servir de médiateur, c'est-à-dire, aider à trouver l'équilibre perdu.**

## II. Les problèmes contractuels parallèles à l'asymétrie de l'information

999 Dans le droit des contrats moderne se *présentent d'autres problèmes contractuels*, non seulement le problème de l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion du contrat, comme, par exemple, des problèmes avec le contenu des contrats, des problèmes de déséquilibres liés aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation), des problématiques liées au mauvais exercice des droits des consommateurs, des problèmes liés à une législation obsolète et inadaptée à la réalité, des problèmes de conception des produits, de graves problèmes d'éducation et des groupes extrêmement vulnérables.

1000 L'information précontractuelle vise à corriger l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats de consommation, mais ce n'est pas la solution pour résoudre d'autres problèmes contractuels parallèles entre le professionnel et le consommateur. Dans les paragraphes suivants, nous allons mentionner brièvement les problèmes contractuels qui ont un lien avec l'information précontractuelle, mais que le devoir d'information ne résout pas ou a des effets mineurs. C'est donc une critique infondée de dire que le devoir d'information est un échec en arguant qu'il ne résout pas les problèmes parallèles suivants :

- Les problèmes avec le contenu des contrats (A)
- Les problèmes de déséquilibres liés aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation) (B)
- Les problématiques liées au mauvais exercice des droits des consommateurs (C)
- Les problèmes liés à une législation obsolète et inadaptée à la réalité (D)
- Les problèmes de conception des produits (E)
- Les graves problèmes d'éducation et des groupes extrêmement vulnérables (F)
- Notre approche (G).

### A. Les problèmes avec le contenu des contrats

1001 *L'asymétrie de l'information et le manque de clarté et de transparence dans le contenu des contrats* constituent deux problèmes différents. C'est pour cette raison que, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les situations suivantes peuvent se présenter :

1. Le contenu du contrat est simple et clair. En outre, le professionnel remplit efficacement le devoir d'information au moment de la conclusion (le cas idéal).
2. Le contenu du contrat est simple et clair. Mais le professionnel viole le devoir d'information au moment de la conclusion, c'est pour cela qu'il peut y avoir une responsabilité précontractuelle.
3. Un contrat incompréhensible et illisible. Mais le professionnel respecte les normes liées au devoir d'information au moment de la conclusion de contrat. La difficulté se présente si, dans le déroulement de la relation contractuelle, un problème surgit entre les parties car il faudra consulter le contrat confus et incompréhensible.

---

<sup>976</sup> KHOURY, pp. 20-21.

4. Un contrat incompréhensible et illisible. En outre, le professionnel viole manifestement le devoir d'information (le pire des cas). Nous espérons que ces situations seront en voie de disparition car elles donnent une mauvaise image au secteur et nuisent aux professionnels qui agissent de bonne foi.

Les trois dernières situations doivent être résolues d'urgence en prenant et en appliquant des mesures efficaces. Pour chacun des problèmes (l'asymétrie de l'information et les problèmes avec le contenu du contrat) des corrections adéquates doivent être apportées.

Il est important de souligner que l'information précontractuelle est en rapport avec le manque de clarté et de transparence dans le contenu des contrats. Car, lorsque les contrats présentent de graves problèmes dans leur contenu, le devoir d'information se heurte à de grandes limites. Les lacunes et le manque de qualité de la matière première à simplifier entraînent des conséquences sur l'efficacité du devoir d'information. 1002

L'information précontractuelle vise à vulgariser l'information dans le contrat afin que le consommateur puisse comparer les produits et prendre des décisions en connaissance de cause. Pour l'exécution du devoir d'information, le professionnel prend comme base le contrat, et à partir de celui-ci, il crée une stratégie de communication pour le transmettre d'une manière simple et accessible au grand public (les consommateurs). C'est pourquoi il est extrêmement difficile de bien informer le consommateur si les contrats ne sont pas clairs et compréhensibles, malgré la mise en place, parfois, d'une équipe interdisciplinaire de haute qualité pour remplir le devoir d'information. 1003

L'information précontractuelle et la transparence dans le contenu des contrats sont souvent analysées à différents moments par les consommateurs. Généralement, le consommateur n'analyse que les informations précontractuelles au moment de la conclusion des contrats. Par la suite, seulement au cas où il y ait un inconvénient, le consommateur examinera chacune des clauses qui régissent le contrat. À ce stade, il est essentiel que le contrat ait été rédigé avec qualité, clarté, transparence et surtout de bonne foi puisque, dans la grande majorité des cas, le consommateur l'a signé sans le réviser. 1004

L'information précontractuelle est un outil pour faciliter le consentement du consommateur, mais pour les problématiques ultérieures, il faut une lecture attentive du contrat. Autrement dit, **la documentation précontractuelle transmise au consommateur ne remplace pas le contrat**. Au contraire, les clauses contractuelles sont essentielles pour régir les relations entre les parties, surtout dans les contrats spéciaux comme le contrat d'assurance qui est imbibé d'une technique comprenant des concepts particuliers. 1005

S'il est vrai qu'il y a eu des améliorations considérables du contenu contractuel et un mouvement important pour *la simplification des contrats (it makes simple)*, il y a encore des cas où des défauts majeurs surgissent dans la rédaction des contrats (problèmes de forme)<sup>977</sup>. Ainsi, sur le marché, il est possible de trouver des contrats qui :

- n'emploient pas un langage clair et simple,
- ont de simples erreurs de rédaction ou de grammaire,
- sont présentés au lecteur de manière peu attrayante et avec un design dépassé,
- sont le résultat de mauvaises traductions de contrats rédigés en une langue étrangère<sup>978</sup>,
- emploient inutilement des termes en latin ou des termes dans d'autres langues.<sup>979</sup>

Il faut que le droit soit simple et il ne doit pas être centré sur une communauté intellectuelle ou générationnelle. Il y a évidemment quelques expressions techniques qui doivent être uti- 1007

<sup>977</sup> Supra Chapitre 4 III La simplification et la vulgarisation de l'information.

<sup>978</sup> Il y a quelques entreprises étrangères ou d'autres régions linguistiques dans le cas de la Suisse, qui, au moment de la commercialisation de leurs produits, font des traductions des contrats. Parfois, la qualité de celles-ci n'est malheureusement pas la meilleure, ce qui crée de grands problèmes d'interprétation et d'inadaptation au contexte national de chaque pays.

<sup>979</sup> Certains juristes traditionnels amateurs d'histoire (droit romain) et/ou avocats travaillant sur des sujets liés aux nouvelles technologies utilisent inutilement des expressions qui confondent le public.



lisées et qui ne sont pas faciles à comprendre par le consommateur moyen. Mais leur incorporation peut être accompagnée d'explications pertinentes qui utilisent des graphiques, des exemples et des images pour les simplifier.

1008 Actuellement, **il y a un mouvement cherchant la simplification des contrats qui se développe parallèlement au devoir d'information du professionnel**. Ce mouvement repose sur le fait que les contrats sont destinés au grand public, c'est pourquoi leur rédaction ne doit pas être compliquée et accessible uniquement aux experts. Bien que le mouvement de vulgarisation et le devoir d'information utilisent des méthodologies et des stratégies similaires, il est important de différencier le moment et le but de chacun :

- D'une part, l'information précontractuelle (le devoir d'information) vise à simplifier et à mettre en évidence les éléments fondamentaux et pertinents permettant au consommateur de prendre des décisions en connaissance de cause et de faire des comparaisons de produits.
- D'autre part, le mouvement de simplification des contrats consiste à présenter les clauses contractuelles d'une manière accessible et facile à lire et vise à faire comprendre au consommateur tous les devoirs et les obligations découlant du contrat.

1009 Dans notre cas, nous faisons partie du groupe d'enseignants qui cherche à innover dans la manière de transmettre l'information aux jeunes juristes, dans le but, qu'à l'avenir, ils élaborent des contrats simples et clairs pour le grand public. Nous pouvons dire, à partir de notre expérience personnelle, qu'il est possible d'expliquer des notions difficiles aux étudiants à travers l'utilisation d'outils méthodologiques.

1010 Lors du XVIème Congrès du Comité ibéro-américain d'AIDA (CILA) à Lima, Pérou en 2019, nous avons présenté une proposition très provocatrice et controversée liée aux contrats incompréhensibles et illisibles dans le secteur des assurances. À notre avis, dans ce cas-là, les professionnels doivent assumer leur responsabilité pour le manque de diligence. Par conséquent, il est tout à fait légitime et justifiable que le consommateur ne lise pas ces contrats avec un contenu obscur. Pour le justifier, nous avons proposé les idées suivantes :

- Il existe des contrats et des documents précontractuels incompréhensibles, même pour les avocats spécialistes du droit des contrats.
- Il y a des documents juridiques où le professionnel ne fait pas le moindre effort pour les rendre attrayants, faciles et agréables à lire pour le consommateur. Il y a des clauses contractuelles en petits caractères, sans espaces et rédigées dans un langage anachronique et confus.
- Il est tout à fait compréhensible que le consommateur profane ne s'intéresse pas à la lecture des documents car même dans notre cas personnel, en tant qu'experts en la matière, nous ne sommes pas passionnés par la lecture de ces contrats. Nous lisons les contrats d'assurance parce que nous obtenons des honoraires professionnels.

1011 Notre proposition repose sur la prémisse que le droit de « *ne pas lire les contrats* » devrait progressivement disparaître à mesure que les professionnels s'acquittent effectivement de leur tâche de simplification et de vulgarisation du contrat. Le défi de chaque secteur sera de faire disparaître le droit à ne pas lire les contrats.

## **B. Les problèmes de déséquilibres liés aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation)**

1012 Dans de nombreux contrats, il y a des *déséquilibres contractuels liés aux forces de négociation (asymétrie du pouvoir de négociation)* entre les parties et le risque que la partie forte commette des abus contre l'autre. C'est ainsi que le professionnel dans les contrats d'adhésion peut incorporer des clauses problématiques comme des clauses abusives, illégales, injustes, inconstitutionnelles, surprises.

1013 **Il est fondamental de sanctionner fortement les abus et les pratiques de mauvaise foi, notamment dans les relations de consommation car ils sont en grande partie l'une des raisons de la mauvaise image de certains secteurs y compris le secteur des assurances.** En outre, ils nuisent gravement aux professionnels agissant de bonne foi, étant donné que,

comme mentionné ci-dessus, le consommateur tend à généraliser, de sorte que, face à une mauvaise expérience, il pense que tous les professionnels d'un même secteur sont égaux. (« toutes les banques sont des voleurs », « les assureurs ne paient pas les indemnités en cas de sinistre »).

Le déséquilibre lié aux forces de négociation est un problème distinct et indépendant du problème de l'asymétrie de l'information. Il est donc tout à fait possible qu'un professionnel ait bien informé le consommateur, c'est-à-dire qu'il ait respecté correctement les normes relatives au devoir, mais que le contrat contienne des clauses problématiques pour l'intérêt du consommateur (clauses abusives, illégales, injustes, inconstitutionnelles, surprises). Ceci est dû au fait que les clauses problématiques peuvent ne pas être essentielles pour prendre une décision en connaissance de cause au moment de la conclusion du contrat. 1014

Un exemple qui peut illustrer la situation : 1015

- Nous sommes experts en droit des assurances privées. C'est pourquoi au moment de la conclusion d'un contrat d'assurance, il n'y a pas, en principe, d'asymétrie de l'information (le professionnel peut démontrer facilement qu'il a bien rempli son devoir d'information). Cependant, il peut se présenter un déséquilibre contractuel lié au pouvoir de négociation et aux abus du professionnel parce que celui-ci nous a imposé des clauses contractuelles problématiques dans le contrat.
- Dans le même cas, une personne profane en droit des assurances peut être victime de deux déséquilibres différents et indépendants : l'absence de pouvoir de négociation et l'asymétrie de l'information. Il est donc tout à fait possible que le devoir d'information soit rempli, mais le déséquilibre du pouvoir de négociation subsiste encore.

Comme nous l'avons dit, certains juristes préfèrent se consacrer à d'autres déséquilibres, qu'ils jugent beaucoup plus graves. Il y en a même certains qui décident d'avoir un regard plus systémique, qui prennent en compte plusieurs situations (approche d'une théorie générale). Personnellement, nous nous en réjouissons car il s'agit d'une façon de répartir le travail, et dans l'avenir, nous pourrions travailler avec des professionnels d'autres disciplines en vue de coordonner et harmoniser les différentes parties du système. 1016

En résumé, les relations contractuelles présentent différents déséquilibres et quelques mesures protectrices doivent être prises pour chacun d'entre eux. S'il est vrai qu'il faut les articuler et les coordonner, il est important de distinguer clairement chaque situation problématique et les mesures prises pour la résoudre. 1017

### **C. Les problématiques liées au mauvais exercice des droits des consommateurs et aux décisions arbitraires**

Dans le droit moderne des contrats, il y a aussi *des problèmes d'abus des consommateurs*, c'est-à-dire, un mauvais exercice des instruments de protection du droit de la consommation. Par exemple, dans le droit des assurances privées, les avocats des consommateurs invoquent une violation du devoir d'information comme dernier recours pour obtenir des indemnisations pour les sinistres qui ne sont objectivement pas couverts par le contrat initial (l'assureur a bien exclu le risque en discussion). C'est un cas d'abus des droits des consommateurs, autrement dit, l'utilisation de la protection spéciale des consommateurs pour obtenir des couvertures auxquelles ils n'ont pas droit. 1018

Également, notre thèse met en évidence la manière dont le devoir d'information est utilisé pour justifier des décisions arbitraires des juges qui ne se prononcent pas souvent en droit mais en équité. C'est ainsi que le secteur de l'assurance a été instrumentalisé pour faire des œuvres de charité afin d'éviter de laisser la partie vulnérable sans couverture face à des situations dramatiques (graves tragédies), ce qui a provoqué un profond malaise chez les assureurs. 1019

L'utilisation incorrecte du mécanisme (abus du droit) est un problème complémentaire et distinct du problème de l'asymétrie de l'information. En d'autres termes, le devoir 1020

d'information est un outil qui vise à atteindre certains objectifs, son utilisation à d'autres fins est une analyse indépendante et complémentaire. D'autres instruments auraient pu même être employés pour justifier des décisions arbitraires.

1021 Par ailleurs, lorsque les avocats des assureurs nous manifestent leur désaccord et méfiance à l'égard du devoir d'information de l'assureur, nous essayons de servir de médiateurs. C'est pourquoi nous admettons qu'il y a quelques situations d'abus des consommateurs et nous leur suggérons, comme mesure de *défense contre de futures prétentions injustifiées*, de renforcer au maximum l'exécution du devoir d'information (aller bien au-delà des conditions prévues par la loi).

1022 Aller au-delà des normes de protection de la législation existante est un outil de défense important lorsque l'on prétend abuser du droit. L'assureur, sur la base de prétentions infondées, peut démontrer qu'il s'est pleinement acquitté de son devoir d'information car il a mis à la disposition du consommateur des informations claires et précises pour prendre une décision en connaissance de cause, en utilisant les dernières tendances en la matière (études empiriques du comportement des consommateurs).

1023 Finalement, l'abus du devoir d'information (abus du droit) n'est pas un problème du mécanisme de correction de l'asymétrie de l'information, mais le résultat d'autres problèmes externes. Si le devoir d'information n'existait même pas, le paiement arbitraire de l'indemnisation pourrait être justifié au moyen d'une autre stratégie juridique (clause abusive, clause surprenante).

## D. Les problèmes liés à une législation obsolète et inadaptée à la réalité

1024 Le cadre réglementaire devient parfois un obstacle majeur qui ne permet pas d'innover et de développer des pratiques positives dans la protection des consommateurs. Quelques fois, la réglementation impose d'incorporer une série de dispositions anachroniques qui, malgré de grandes révolutions, sont restées immobiles dans le temps<sup>980 981</sup>.

1025 **Le droit traditionnel des contrats est extrêmement réticent au changement et selon nous, il y a un attachement irrationnel à la tradition et une peur de la transformation.** C'est ainsi que dans de nombreux pays de droit commun, les codes du XIX<sup>e</sup> siècle n'ont pas été modernisés. Même dans le droit de la consommation, il y a des approches et des discussions qui ont perdu de leur importance, mais une mise à jour à un rythme plus rapide des circonstances n'est pas autorisée.

1026 C'est ainsi que, les remèdes correctifs à l'asymétrie de l'information doivent respecter le cadre normatif traditionnel, de sorte que les professionnels ne peuvent pas adapter, plus rapidement, ces remèdes aux nouvelles circonstances. Par exemple, un assureur ne peut pas innover dans la manière de transmettre l'information précontractuelle si la réglementation l'oblige à utiliser un moyen spécifique pour exécuter l'obligation d'information (un moyen particulier).

1027 Il existe aujourd'hui un secteur important de la société qui interagit et exerce des activités dans le « *Metaverse* », où des assurances sont offertes sur cette plateforme dans le but de couvrir les nouveaux risques de ces activités. Il serait absurde qu'afin de remplir le devoir d'information du professionnel, la documentation précontractuelle soit transmise de ma-

---

<sup>980</sup> En Suisse, les thèses de doctorat récentes évoquent la nécessité de s'adapter, le plus vite possible, aux nouvelles circonstances. Voir : BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 193-289 ; HUG pp. 51-55.

En Colombie, la loi sur le contrat d'assurance a subi ces dernières années des modifications mineures. ORDOÑEZ, « *Las nuevas tendencias del derecho de seguros en los países latinoamericanos* », pp. 305-349.

<sup>981</sup> Supra Chapitre 3 III G. Le besoin d'adaptation dû à la quatrième révolution industrielle (la révolution numérique).

nière physique sur un support durable (la fiche d'information sur les produits). Au contraire, il serait plus efficace d'adapter les conditions selon la plateforme numérique en utilisant une vidéo explicative du contrat, de manière que le consommateur ne se soit pas obligé de quitter cette plateforme. Mais le cadre normatif empêche l'innovation et l'adaptation aux nouvelles réalités<sup>982</sup>.

Par conséquent, les échecs des mesures protectrices ne sont pas toujours uniquement dus à des problèmes intrinsèques, mais ces échecs sont influencés par un contexte et une réglementation qui empêchent l'innovation et l'adaptation aux nouvelles circonstances. 1028

## E. Les problèmes de conception des produits

**Sur le marché, certains produits sont, malheureusement, mal conçus ou ne sont pas adaptés aux besoins actuels des consommateurs, c'est-à-dire qu'ils ont des problèmes d'adaptation aux nouvelles circonstances.** 1029

Lorsque le problème est structurel, l'information précontractuelle n'a plus d'efficacité et la seule chose qu'elle peut faire est de persuader, indirectement, le consommateur de ne pas acheter ces produits<sup>983</sup>. 1030

## F. Les graves problèmes d'éducation et des groupes extrêmement vulnérables

Le devoir d'information vise à fournir aux consommateurs les outils de base pour prendre des décisions en connaissance de cause, mais se concentre sur les consommateurs qui ont peu d'intérêt à être informés et ayant des compétences cognitives de base (moyenne). 1031

Sur la base de ce qui précède, si malgré de grands efforts (l'utilisation d'études scientifiques comportementales et de documents précontractuels attractifs) les consommateurs décident de ne pas lire l'information et de prendre des décisions de manière irrationnelle et impulsive, on ne peut blâmer l'instrument. 1032

Le droit doit protéger les consommateurs en fixant des règles minimales, mais il ne peut pas tomber dans le paternalisme extrême qui sous-estime les personnes<sup>984</sup>. À notre avis, toutes les personnes concernées doivent recevoir les informations nécessaires et suffisantes (un devoir d'information moderne selon des études empiriques) et si elles décident de ne pas s'en servir, elles doivent assumer les conséquences de leurs actes. 1033

Afin de parvenir à une *notion de consommateur responsable*, il est nécessaire que les gens reçoivent une éducation dans des domaines complexes dès les premières années de l'enfance (contrats financiers, contrats d'investissement, assurances privées, assurances sociales). C'est un objectif à long terme du droit de la consommation. **Le devoir d'information ne résoudra pas les grandes lacunes en matière d'éducation de certains consommateurs car c'est malheureusement un problème de fond**<sup>985</sup>. 1034

Le monde connaît, hélas, de grandes inégalités et des problèmes sociaux, ce qui rend certains *groupes extrêmement vulnérables* (analphabètes, réfugiés, population extrêmement pauvre). Cependant, le devoir d'information ne peut pas les aider à prendre de meilleures 1035

---

<sup>982</sup> ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *La digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; MARANO, « *The "Dematerialized" Insurance* ».

<sup>983</sup> Supra. Chapitre 4 : V. D. La politique gouvernance et surveillance des produits (GSP).

<sup>984</sup> GEISSBÜHLER, pp. 62-65 et pp. 144-148 ; RISKE, pp. 187-238 ; LOACKER, pp. 15-147.

<sup>985</sup> RAYMOND, pp. 343-356 ; CHAMIE, pp. 115-132 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24.

décisions<sup>986</sup>. Pour ces personnes, d'autres remèdes doivent être créés et perfectionnés et, de plus, des solutions de fond doivent être recherchées dans l'avenir.

1036 Par ailleurs, l'existence de ces groupes extrêmement vulnérables ne doit pas conduire à une généralisation et à une sous-estimation de tous les consommateurs. Il est inexact de dire qu'aucun individu n'est en mesure de défendre lui-même ses intérêts. Au contraire, il y a un pourcentage important de la population de consommateurs (surtout dans les pays développés européens) pour lequel le devoir d'information moderne (un devoir qui intègre les tendances et les études empiriques) est suffisant pour combler le déficit d'information au moment de la conclusion des contrats<sup>987 988</sup>.

1037 **À notre avis, ce serait une grave erreur d'abandonner le noble objectif d'éduquer et d'informer les consommateurs. De surcroît, la notion de consommateur responsable est un modèle recommandable pour la société (un objectif à atteindre).** Il est souhaitable que toutes les personnes aient une éducation suffisante pour protéger elles-mêmes leurs intérêts (prendre leurs propres décisions) et qu'après avoir reçu des informations de la part du professionnel (le devoir d'information), elles puissent donner leur consentement en connaissance de cause.

1038 Nous sommes conscients que les études empiriques démontrent l'irrationalité et les limites cognitives des consommateurs dans la plupart des décisions (95 pour cent des décisions sont prises sous le système 1 qui est irrationnel et émotionnel)<sup>989</sup>, mais **nous pensons qu'il est possible de lancer une *petite révolution* qui leur permettra de prendre progressivement des décisions plus rationnelles.**

1039 Nous pouvons commencer par essayer d'amener les consommateurs à prendre les décisions les plus importantes avec le système 2, et à un moment donné, inverser la proportion par rapport au système 1 de toutes les décisions. Nous le répétons, c'est une noble cause et un grand défi, mais nous ne pouvons pas nous résigner et nous devons continuer de chercher à éduquer la population. À notre avis, les enseignants ne doivent pas abandonner leur mission malgré le peu d'intérêt manifesté par les étudiants, au contraire, ils doivent chercher un moyen de faire passer le message.

## G. Notre approche

1040 En résumé :

- Il est fondamental de comprendre qu'il y a des problèmes contractuels parallèles à l'asymétrie de l'information que le devoir d'information ne résout pas ou qui a des effets mineurs.
- Également, il est essentiel de comprendre que tous les instruments de protection prévus par le droit de la consommation ont des limites, donc, ne sont pas parfaits. Ils ne sont surtout pas une solution définitive à tous les problèmes du droit des contrats et ils doivent, en conséquence, s'adapter constamment aux nouvelles circonstances.

---

<sup>986</sup> Dans le droit latino-américain, la doctrine commence à identifier une nouvelle catégorie de consommateurs appelés consommateurs « *hyper-vulnérables* », concernant les personnes qui sont plus vulnérables que les consommateurs moyens. Voir : VILLALBA, « *Los consumidores hipervulnerables* ».

<sup>987</sup> VEIGA, « *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación* », pp. 1-24 ; VILLALBA, « *Los consumidores hipervulnerables* ».

<sup>988</sup> La population ciblée des micro-assurances. Voir : DELGADO, « *Nuevas tendencias y reflexiones sobre el acceso al seguro en latinoamérica* », pp. 21-44 ; MAPFRE ECONOMICS ; *The Microinsurance Network (MIN)* ; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, « *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance* » ; FONTAINE, p. 84.

<sup>989</sup> Supra. Chapitre 7 III Notre réflexion : Le regard positif du devoir d'information du professionnel.

### III. Notre réflexion : Le regard positif du devoir d'information du professionnel

En tant qu'enseignants, nous nous sommes rendu compte que les changements dans l'éducation sont petits et progressifs. Les révolutions commencent à petite échelle et se développent progressivement. En outre, il faut valoriser et souligner les petits progrès (célébrer les petites victoires). 1041

Peut-être le devoir d'information n'a-t-il pas permis de réaliser la grande transformation attendue (les consommateurs prennent toutes les décisions rationnelles en connaissance de cause). Mais, après plusieurs années d'application du modèle d'information, on peut dire qu'au moins les consommateurs intéressés disposent de meilleurs outils de décision. Même s'il s'agit d'une petite victoire, c'est significatif. 1042

Enfin, l'information précontractuelle est un mécanisme utile que chacun peut décider de s'en servir ou non, mais il existe le droit de recevoir l'information pertinente et suffisante pour donner son consentement. C'est une décision tout à fait personnelle (le domaine de la liberté individuelle) de l'individu s'il utilise ou non l'information fournie par le professionnel. 1043

Finalement, ces dernières années, quelques juristes, comme MARIANO<sup>990</sup>, SCHNEIDE, BEN-SHAHA<sup>991</sup> et SCHWARCZ<sup>992</sup> et AYRES/ SCHWARTZ<sup>993</sup>, ont décidé de ne pas se concentrer sur le devoir d'information, mais de travailler plutôt sur d'autres stratégies. Il est extrêmement positif que d'autres juristes étudient d'autres stratégies et méthodologies parallèles car elles peuvent être complémentaires au modèle d'information. Enfin, dans l'avenir, il sera nécessaire de réaliser un processus d'articulation des différentes stratégies. 1044

Par ailleurs, comme on l'a déjà évoqué, ***l'un des principes de l'activité d'assurance est qu'il faut répartir les risques, c'est pourquoi nous nous réjouissons que tous les juristes ne se concentrent pas sur les mêmes approches*** surtout parce que les stratégies alternatives peuvent être la grande solution en cas d'échec total du modèle d'information (distribution des risques). 1045

---

<sup>990</sup> MARANO, « *The Product Oversight and Governance* », pp. 59-96.

<sup>991</sup> SCHNEIDER/ BEN-SHAHA, pp. 3-13.

<sup>992</sup> SCHWARCZ, « *Transparently Opaque* ».

<sup>993</sup> AYRES/ SCHWARTZ, pp. 545-609.



## Chapitre 8 : Les propositions simples pour améliorer le système

Le présent chapitre sera consacré à la présentation de quelques propositions qui ont vu le jour lors de notre recherche doctorale. D'une part, nous présenterons des propositions générales pour améliorer le droit de la consommation (I). D'autre part, nous proposerons d'autres mesures visant à améliorer le devoir d'information du professionnel au moment de la conclusion du contrat (II). 1046

Il est important de mentionner deux aspects : d'abord que les propositions pour le devoir d'information ont d'abord été conçues pour être appliquées dans notre étude de cas, c'est-à-dire, le devoir d'information de l'assureur, mais nous nous sommes rendu compte qu'elles pouvaient être reproduites dans tous les rapports de consommation. **Ces propositions ne seront pas développées en profondeur car cela fera l'objet d'une recherche postdoctorale ultérieure qui nécessite, comme le vin, un long processus de maturation.** 1047

### I. Les propositions générales pour le droit de la consommation

Dans notre thèse, nous avons exposé le devoir d'information du professionnel comme instrument pour résoudre l'asymétrie de l'information entre professionnels et consommateurs en soulignant que pour être efficace (l'exécution matérielle) : 1048

- Il doit respecter un certain nombre de *principes tels que la cohérence, la transparence, la proportionnalité.*
- En outre, il ne doit fournir que les informations pertinentes car l'information excessive confond et aggrave le problème de l'asymétrie. Les informations doivent donc répondre aux caractéristiques suivantes : claires, transparentes, suffisantes, précises, loyales, compréhensibles et accessibles à tous (professionnels et non experts).
- Il doit également tenir compte des études empiriques et d'autres disciplines relatives à la prise des décisions des consommateurs, telles que les études comportementales, la psychologie, les neurosciences, etc.

À notre avis, pour que **le droit de la consommation soit efficace, il doit respecter les mêmes règles que le devoir d'information.** Compte tenu de ce qui précède, il est urgent de procéder à un certain nombre de changements afin que le droit de la consommation soit : clair, simple, cohérent, articulé, moderne et équilibré. 1049

### A. Le droit de la consommation doit être simple

Sachant que **les citoyens ordinaires sont les destinataires de la loi, il faudrait utiliser les outils du « *légal design* » et d'autres méthodologies (études empiriques) pour élaborer une législation facile à lire et dans un langage compréhensible et accessible au grand public**<sup>994</sup>. 1050

Au cas où il ne serait pas possible de présenter les lois dans un format spécial (avec des dessins et des images) en raison des limitations traditionnelles de la législation (le format préé- 1051

<sup>994</sup> MARTENET/HEINEMANN, pp. 25-27 ; SOLA, pp. 67-68 ; LOACKER, pp. 100-110.



tabli des lois), il faudrait au moins essayer d'améliorer le processus de vulgarisation des lois. En d'autres termes, le devoir d'information de la législation doit être amélioré en utilisant tous les outils des études empiriques mentionnés dans la recherche.

## B. Le droit de la consommation doit être cohérent et articulé

- 1052 À l'époque, l'irruption du droit de la consommation dans le droit traditionnel a été traumatisante, c'est pour cela qu'il était compréhensible que de grandes discussions aient eu lieu sur le champ d'application et que des problèmes d'articulation se présentaient<sup>995</sup>.
- 1053 Toutefois, afin d'améliorer l'image du droit de la consommation, il convient de passer à une deuxième phase où l'on recherche d'urgence la clarté et la transparence dans les cas d'application de la législation spéciale<sup>996</sup>. Comme l'évoque BENITO, le marché n'a pas besoin de plus de règles, mais qu'elles soient uniformes, proportionnées, claires, simples, transparentes<sup>997</sup>.
- 1054 Dans la doctrine et dans les tribunaux, il y a des débats sans fin sur l'applicabilité du droit de la consommation créant de profondes inégalités et incohérences. Il est nécessaire de régler ces différends en prenant des décisions définitives et générales.
- 1055 Le consommateur n'est pas intéressé par ces débats et la continuité de beaucoup d'entre eux aggrave la confusion et les problèmes de compréhension du public. Il est urgent d'établir et d'unifier les règles afin qu'elles soient totalement transparentes en cas d'application. À cette fin, il faut que l'académie soit un médiateur entre les différentes positions et que les parties soient invitées à atteindre des positions intermédiaires.
- 1056 Nous sommes conscients que dans la législation, il y aura toujours des imperfections et des situations problématiques (c'est une œuvre de l'homme qui reflète son imperfection) mais **il est extrêmement décevant que le droit de la consommation soit l'une des branches du droit où se posent le plus de problèmes d'articulation. Cette branche du droit devrait être, par excellence, la référence en transparence.**

## C. Le droit de la consommation doit être moderne

- 1057 **Il est inconcevable que le droit protégeant les parties vulnérables contre les déséquilibres contractuels contemporains ne soit pas conforme aux circonstances et aux tendances récentes.** Bien qu'il existe quelques principes et traditions qu'il faut préserver, il est essentiel d'accélérer le rythme de mise à jour et d'éviter un attachement irrationnel à la législation classique<sup>998</sup>. Par exemple en Suisse, la LCA ne fait aucune référence à la conclusion de contrats d'assurance par le biais d'internet. SUVILIA l'indique :

*Bien que l'art. 1 LCA - bien trop ancien - n'y fasse aucune référence, la conclusion de contrats d'assurance par le biais d'internet s'est développée. La doctrine*

---

<sup>995</sup> Au cours des dernières années, différents efforts ont été déployés pour trouver la cohérence et l'équilibre du droit européen des contrats en utilisant « l'acquis communautaire ». AUBERT DE VINCELLES, pp. 7-19. Voir aussi : SAVAUX, pp. 51-67.

<sup>996</sup> HUG, pp. 95-98 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *Inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; BARRIENTOS/ LANNI ; MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law* ».

<sup>997</sup> BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72.

<sup>998</sup> BORY, *l'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 193-289 ; HUG pp. 51-55 ; BENITO, « *el contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72 ; VEIGA, « *inteligencia artificial, riesgo y seguro* », pp. 41-86 ; ARIZA, pp. 13-48 ; BENITO, « *la digitalización en el mercado de seguros* », pp. 199-230 ; BARRIENTOS/ LANNI ; MARANO/ KYRIAKI (édits.), « *transparency in insurance regulation and supervisory law* ».

*relève que la conclusion de tels contrats n'est encadrée par aucune norme spécifique, la Suisse n'ayant notamment pas repris les dispositions de protection des consommateurs applicables en droit européen*<sup>999</sup>

À notre avis, la manière d'assurer la **pérennité des idées classiques c'est en cherchant leur adaptation et leur mise à jour selon les nouvelles réalités**<sup>1000</sup>. 1058

## D. Le droit de la consommation doit être équilibré

Le droit de la consommation est né dans le but de protéger les consommateurs contre les abus graves des professionnels (protéger la partie faible contre les déséquilibres contractuels). 1059

Nous sommes conscients que la vulnérabilité des consommateurs persiste, mais il est important de garder à l'esprit qu'une politique radicale de protection des consommateurs (peu conciliante) est, à long terme, préjudiciable aux intérêts des consommateurs car elle crée un profond malaise chez les professionnels. 1060

Il importe toutefois de préserver l'équilibre et de protéger tous les intérêts de tout le monde. En d'autres termes, **la protection d'un groupe vulnérable ne justifie pas l'absence de protection des intérêts légitimes des professionnels**<sup>1001</sup>. 1061

## II. Les propositions pour le devoir d'information

Il est impératif que les professionnels améliorent leur image, notamment dans le secteur de l'assurance. Pour ce faire, **il est essentiel de continuer à travailler aux problèmes de communication au moment de la conclusion des contrats afin d'éviter de fausses attentes chez les consommateurs qui seront par la suite déçus**. 1062

Sur la manière d'améliorer le devoir d'information, il y a un certain nombre d'approches que nous aimerions proposer : 1063

### A. L'efficacité matérielle du devoir d'information

**Le respect du devoir d'information est devenu très formel, c'est-à-dire que les professionnels font un « check list » pour remplir les exigences légales de la réglementation**, sans qu'il y ait une réelle préoccupation et réflexion sur la manière d'améliorer vraiment le système d'information des consommateurs<sup>1002</sup>. 1064

Certains auteurs affirment qu'il n'y a pas une exécution matérielle du devoir. Il est ainsi comme : 1065

- SOBRINDO pense qu'il existe une *fausse fiction* selon laquelle le problème de l'asymétrie de l'information est déjà résolu par l'incorporation du devoir d'information, lorsque la réalité montre que dans de nombreux cas il n'y a pas d'efficacité matérielle<sup>1003</sup>.

<sup>999</sup> SUVILIA, *Commentaire romand de la loi sur le contrat d'assurance*, pp. 46.

<sup>1000</sup> HUG, pp. 51-57 ; BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, pp. 193-289 ; BENITO, « *El contrato de seguro en un mercado digital* », pp. 45-72.

<sup>1001</sup> HINESTROSA, *le rapport général-Le consommateur*, pp. 34-35 ; MARCHAND, pp. 1-2 ; VEIGA, *Tome 1 : « Tratado del contrato de seguro »*, pp. 868-929.

<sup>1002</sup> LOACKER, pp. 269-293 ; HEINEMANN, pp. 2-39.

<sup>1003</sup> SOBRINO propose d'augmenter fortement les sanctions pour les professionnels qui violent le devoir d'information, en utilisant des théories comme la fameuse théorie de « *l'arbre empoisonné* », sanctions

- Dans le même ordre d'idées, CHINCHILLA et NEME affirment que le droit de la consommation établit une grande quantité d'informations brutes que les professionnels doivent fournir automatiquement sans qu'il y ait en réalité une analyse spécifique des besoins de déclaration de la contrepartie contractuelle pour le maintien du *synallagme contractuel*<sup>1004</sup>.
- BORY propose d'assurer les conditions-cadres *d'une liberté contractuelle matérielle (une liberté contractuelle ancrée dans la réalité)* et pas seulement formelle<sup>1005</sup>.

1066 À notre avis, le respect du devoir d'information du professionnel doit être orienté vers un véritable intérêt pour améliorer l'image de marque devant le public. C'est pour cette raison que les professionnels doivent recourir aux nouvelles tendances des études empiriques pour améliorer l'exécution du devoir d'information au-delà de ce qui est prévu par la loi.

## B. Les plans de gestion du risque de mauvaise réputation

1067 Dans *les plans de gestion des risques de l'entreprise*, l'un des risques à gérer correctement est le risque de mauvaise réputation lié à l'asymétrie de l'information au moment de la conclusion des contrats.

1068 **Un plan de gestion des risques doit être mis au point, il faut surveiller constamment les circonstances et l'efficacité des instruments utilisés.** Le problème de l'asymétrie de l'information n'est pas résolu par l'incorporation du devoir d'information. En plus son efficacité doit être analysée en permanence et progressivement adaptée aux nouvelles circonstances et aux changements. Il s'agit d'un effort en continu<sup>1006</sup>.

## C. Le devoir d'information comme stratégie de valorisation des entreprises

1069 En analysant le devoir d'information, nous pouvons constater que les professionnels se sont concentrés sur le respect formel des exigences de la réglementation, sans se soucier de ce qui est vraiment important, changer la perception des consommateurs (la mauvaise image). **Selon nous, de meilleurs résultats seraient obtenus si les entreprises comprenaient que bien informer les consommateurs (les protéger) est une manière, d'une part de valoriser leurs entreprises et, d'autre part, de se différencier de la concurrence qui agit de mauvaise foi.**

1070 Dans ses réflexions sur la manière dont les assureurs fournissent un service de qualité, HIRT évoque :

*Dans une économie moderne, de nombreuses entreprises commercialisent des produits semblables tout en se livrant à une concurrence acharnée pour gagner les faveurs des clients. Comme les produits de base (essentiel) se ressemblent, il faut trouver le moyen de les différencier. Une des possibilités est de les « habiller », c'est-à-dire de leur ajouter des prestations supplémentaires qui les rendent plus attractifs et qui apportent au client une utilité supplémentaire. Mais quelles prestations supplémentaires peut-on qualifier d'utiles ? Cela dépend fortement du produit et des besoins des clients. Dans la plupart des cas, la garantie et le service ne constituent plus un atout parce qu'ils vont de soi. Les entreprises recherchent continuellement de nouvelles prestations d'appui pour mieux se démarquer de la concurrence*<sup>1007</sup>.

---

pour le retard dans l'information, l'inopposabilité des informations non fournies par le professionnel. SOBRINO, « *Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial* ».

<sup>1004</sup> NEME/ CHINCHILLA.

<sup>1005</sup> BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*.

<sup>1006</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 68-63.

<sup>1007</sup> HIRT, *Industrie de l'assurance et droit relatif aux intermédiaires*, pp. 47-57.

D'après nous, bien informer les consommateurs est un moyen de fournir un service supplémentaire. Actuellement, sur le marché il y a, d'une part, des entreprises qui agissent de bonne foi et travaillent sérieusement pour protéger les consommateurs, d'autre part, il y en a d'autres qui agissent de mauvaise foi et dont leurs actions nuisent malheureusement à l'image de marque. La grande question que chaque entreprise doit se poser est de décider à quel groupe elle veut appartenir. 1071

Les professionnels qui prennent la bonne décision peuvent : 1072

- Créer un *comité interne* chargé d'analyser les pratiques en matière de respect matériel du devoir d'information des consommateurs et de présenter un rapport contenant des recommandations concrètes à la direction de l'entreprise.
- Confier un mandat à une *entité externe indépendante* (association de consommateurs, institution universitaire, centre de recherche) qui vérifie le respect matériel de l'obligation d'information.
- S'associer aux autres professionnels dans le but de *délivrer des certifications* qui attestent du respect du devoir d'information.  
Après une vérification rigoureuse des processus, l'entité externe pourrait délivrer une certification indiquant au consommateur que le professionnel respecte les normes de qualité dans l'exécution du devoir d'information<sup>1008</sup>.
- Demander aux *défenseurs des consommateurs* ou le « *ombudsman* » ou *l'agent de conformité* d'analyser le respect matériel du devoir d'information. Il n'est pas nécessaire de créer de nouvelles institutions ou de nouveaux postes, mais il est possible d'utiliser l'infrastructure déjà existante dans chaque pays.

### III. La réflexion finale

Finalement, il nous semble pertinent de conclure cette thèse par un aveu personnel : 1073

Nos amis et notre famille nous demandent souvent pourquoi nous travaillons dans le secteur de l'assurance. La question est influencée par la perception négative qui existe envers les entreprises du secteur.

Nous leur répondons toujours : 1074

- D'abord, dans **toute discipline ou profession on peut travailler et faire une contribution à la construction d'un monde meilleur**, tout dépend de l'approche adoptée. Notre approche personnelle a été de nous consacrer à l'académie, la partie la plus noble du secteur assureur et en général du droit car cette recherche, d'une part, propose des solutions aux problématiques complexes (produire des connaissances) et, d'autre part, forme les nouvelles générations à trouver une issue à ces problématiques (transmission des connaissances).
- Deuxièmement, **la philosophie et les principes de l'assurance sont extrêmement intéressants et attrayants** car l'opération d'assurance est un mécanisme de gestion du risque (de faire face aux peurs), à travers lequel un problème individuel (les conséquences économiques négatives d'une tragédie) est transféré à une communauté (mutualiser les problèmes) en nous montrant qu'ensemble, nous sommes plus forts et plus résilients.
- **Les assurances devraient susciter un sentiment de confiance à l'égard du public** ; c'est pourquoi si l'activité d'assurance a été discréditée pour quelques abus, des mécanismes correctifs nécessaires doivent être mis en place, mais il ne faut pas chercher l'abolition ou la diabolisation de tout le secteur.

<sup>1008</sup> En Colombie il y a un certificat délivré par l'autorité de surveillance concernant l'éducation financière. Toutefois, il ne se concentre pas sur une analyse approfondie du respect matériel du devoir d'information (examen approfondi de la documentation et des informations contractuelles reçues par les consommateurs), mais sur les contributions à l'éducation et à l'inclusion des consommateurs.

**À notre avis, l'information des consommateurs est une noble cause à laquelle nous pouvons nous consacrer ensemble pour donner un sens social à notre activité. Bien informés, mieux protégés contre les risques.**

---

*Merci d'être arrivé à la fin de la thèse, nous espérons qu'elle vous a plu et que nous pourrions rester en contact sur les réseaux sociaux professionnels.*

*Critiques et commentaires sont les bienvenus*

*En vous remerciant par avance, nous vous prions d'agréer, cher lecteur, l'expression de nos sentiments distingués.*

*Cordialement,*








**JUAN CAMILO DELGADO FRANCO**

## Annexes















## Chapitre 9 : Document d'Information sur la Thèse de Doctorat (DITD)





Le présent document vise à synthétiser et ainsi simplifier **ma recherche doctorale de façon accessible à tous (experts et non experts)**.

|   |  |
|---|--|
| <p><b>Quel est l'objet de la thèse ?</b></p>   | <p><b>L'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie d'information dans la conclusion des contrats de consommation-</b><br/> <i>Mon travail est une analyse doctrinale qui présente les principaux enjeux et problématiques de fond du droit européen et latino-américain en proposant quelques solutions envisageables pour l'avenir.</i></p>    |
| <p><b>Quel est le problème de la recherche ?</b></p>                                        | <p>Il existe <b>un problème d'asymétrie de l'information entre les parties dans les contrats de consommation</b>.<br/>         Les consommateurs, à la différence des professionnels, n'ont généralement ni les connaissances ni l'expertise, agissent parfois de manière impulsive, émotionnelle et irrationnelle et signent les contrats sans les lire ou les comprendre.<br/>         Pour résoudre ce problème, le droit des contrats a mis en place quelques mesures protectrices de la partie vulnérable, comme le devoir d'information des professionnels.<br/>         Malgré ces mesures de protection, ce problème est en constante mutation, comme le virus de la COVID-19. Aujourd'hui, il y a une juxtaposition de changements qui l'aggravent et qui ont des effets sur l'efficacité des mesures de protection des consommateurs vulnérables.<br/>         C'est la raison pour laquelle de nouvelles études sont pertinentes et nécessaires.</p>   |
| <p><b>Pourquoi le cas d'étude est-il pertinent pour le droit de la consommation ?</b></p>  | <p>J'ai choisi comme cas d'étude <b>le contrat d'assurance</b> pour les motifs suivants :<br/> <b>C'est un cas d'étude représentatif de l'asymétrie de l'information dans les rapports de consommation</b> : le contrat d'assurance est une sous-catégorie du contrat de consommation dans lequel il existe un grave problème d'asymétrie de l'information car ce contrat repose sur une technique très difficile à comprendre pour les consommateurs.<br/> <b>C'est un cas d'étude intéressante</b> : le problème d'asymétrie de l'information dans les contrats d'assurance affecte la relation de confiance sur laquelle repose l'opération d'assurance, ce qui l'empêche de jouer son rôle de donner à la communauté un sentiment de protection.</p>    |



|   |  |
|---|--|
| <p><b>Quels sont les objectifs principaux de l'étude ?</b></p>   | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Analyser les enjeux liés à l'asymétrie de l'information dans les contrats de consommation (le problème de recherche).</li> <li>2. Étudier les mesures protectrices des consommateurs en vue de corriger l'asymétrie de l'information (les remèdes proposés).</li> <li>3. Analyser le devoir d'information du professionnel (le remède le plus utilisé).</li> <li>4. Étudier le devoir d'information de l'assureur (le cas d'étude).</li> <li>5. Identifier les principales critiques au devoir d'information et proposer des solutions aux problématiques identifiées (les propositions pour améliorer la situation).</li> </ol>    |
| <p><b>Quelle est la forme de rédaction de la thèse ?</b></p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Une recherche portant sur l'importance de bien informer les consommateurs doit nécessairement être <b>compréhensible et accessible à tous (experts et non experts)</b>.</li> <li>• La thèse doit être <b>innovante et attrayante pour les nouvelles générations de juristes</b>, sans perdre en rigueur scientifique.</li> <li>• La simplification doit commencer depuis la rédaction des études académiques. Une thèse qui vise à <b>vulgariser et réduire la complexité</b> est déjà une contribution significative pour l'académie.</li> <li>• La réalité est en effet qu'à mesure que le nombre de pages augmente, le nombre de lecteurs diminue. Par conséquent, <b>la thèse est synthétique</b>.</li> </ul>  |
| <p><b>Quelle est la nature de la recherche ?</b></p>   | <p>Le problème de l'asymétrie de l'information a été étudié par différentes disciplines telles que l'économie, la sociologie, la psychologie, la philosophie, entre autres.</p> <p>J'ai fait seulement une analyse juridique (mon expertise). Mais dans l'avenir on pourra faire partie d'un groupe qui analysera les questions de manière interdisciplinaire.</p>    |
| <p><b>La thèse va-t-elle aborder une approche sectorielle ? ou abordera-t-elle toutes les relations de consommation ?</b></p>  | <p>Dans la présente thèse, on a choisi <b>une approche combinée</b> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• D'abord, afin de donner une vue d'ensemble, je fais une présentation générale applicable à <b>tous les rapports de consommation</b>.</li> <li>• Ensuite, je réalise un changement radical d'approche en passant à un regard sectoriel du droit des assurances privées</li> <li>• Finalement, je reviens à l'analyse générale du droit de la consommation afin d'aborder les critiques et faire des propositions qui pourront être reproduites dans toute cette branche du droit.</li> </ul>    |

| <b>Les résultats de la recherche</b>   |   |
|--|---|
| <p><b>La thèse va-t-elle formuler un nouveau modèle?</b></p>    | <p><b>La thèse ne propose pas un nouveau modèle</b>, mais elle répond pleinement aux exigences de qualité en vue de l'obtention du grade de docteur.</p> <p>Mon intention est que les lecteurs sentent que ma recherche est une aide positive dans la compréhension du problème en précisant que je ne suis pas pour le moment le sauveur qui le résoudra définitivement.</p>    |
| <p><b>Quelle est la principale conclusion que je peux tirer de ma recherche ?</b></p> <p><u>CONCLUSION</u></p>  | <p>Il y a des <b>juristes américains affirmant que le devoir d'information a échoué</b>, dans la mesure où il n'a pas abouti à son objectif de faire que les consommateurs prennent des décisions éclairées (95 % de celles-ci sont prises de manière irrationnelle et émotionnelle).</p> <p>Je défends la <b>non-abolition du devoir d'information</b> pour les motifs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Le modèle de remplacement n'est pas encore clair.</li> <li>• C'est erroné d'abandonner le noble objectif d'éduquer et d'informer les consommateurs parce que la notion de consommateur informé et responsable est un objectif à atteindre dans la société.</li> <li>• Peut-être le devoir d'information n'a-t-il pas permis de réaliser la grande transformation attendue. Mais, après plusieurs années d'application de celui-ci, on peut dire qu'au moins les consommateurs intéressés disposent de meilleurs outils de décision. C'est significatif, même s'il s'agit d'une petite victoire.</li> <li>• Il est possible de lancer une petite révolution en éduquant la population afin de lui permettre de prendre progressivement des décisions plus rationnelles.</li> </ul> <p>On peut faire une analogie avec les enseignants : malgré le peu d'intérêt des étudiants, les professeurs ne doivent pas abandonner la mission de transmettre les connaissances. Au contraire, ils doivent chercher un moyen d'innover dans l'éducation.</p> <p>J'adopte la tendance des critiques constructives qui vise à améliorer la communication entre les professionnels et les consommateurs à travers l'utilisation des études empiriques (Legal Design, Nudges, études du comportement, etc).</p>  |

| <b>Les propositions</b>   |   |
|---|---|
| Après 5 ans de recherche, je suis parvenu à quelques propositions : |   |
| <b>Les propositions générales pour le droit de la consommation</b>  |  <p>Le droit de la consommation doit respecter les mêmes règles que le devoir d'information. Il doit être : clair, simple, cohérent, articulé, moderne et équilibré.</p> <p>Je suis conscient de l'imperfection de la loi étant donné qu'elle est une œuvre humaine, mais il est condamnable que le droit de la consommation soit l'une des branches où se posent le plus de problèmes d'articulation et de clarté. Cette branche devrait être par excellence la référence en transparence et accessibilité.</p>   |
| <b>Les propositions pour le devoir d'information</b>                | <p>Il faut améliorer le devoir d'information. <b>Pour ce faire, il y a un certain nombre d'approches que j'aimerais proposer :</b></p> <p><b>A. L'efficacité matérielle du devoir d'information</b></p>  <p>Le respect du devoir d'information est devenu très formel, les professionnels se limitent à faire un « check list » pour remplir les exigences légales afin d'éviter les sanctions.</p> <p>À mon avis, la mise en pratique du devoir d'information doit être focalisée vers <b>un véritable intérêt pour améliorer l'efficacité matérielle de ce devoir</b>. C'est pour cette raison que les professionnels doivent tenir compte des études empiriques (Legal Design, Nudges, études du comportement, etc).</p> <p><b>B. Les plans de gestion du risque de mauvaise réputation</b></p>  <p>Les problèmes liés à l'asymétrie de l'information affectent la réputation des professionnels. C'est pourquoi, dans les plans de gestion des risques, les entreprises doivent gérer correctement le risque d'une mauvaise réputation lié à l'asymétrie de l'information.</p> <p>Ce qui implique que les professionnels doivent analyser en permanence l'efficacité de chaque remède et les adapter progressivement aux nouvelles circonstances.</p> <p><b>C. Le devoir d'information comme stratégie de valorisation des entreprises</b></p>  <p>Les professionnels doivent comprendre que <b>bien informer les consommateurs est une manière de valoriser leurs entreprises</b> et de se différencier de la concurrence qui agit de mauvaise foi.</p> <p>Les entreprises doivent donc mettre en place quelques stratégies, pour en citer une, s'associer aux autres professionnels dans le but de délivrer des certifications qui attestent du respect du devoir d'information.</p> |

## Coordonnées de contact



### **Juan Camilo Delgado Franco**

**Adresse électronique :**

[juan.camilo.delgado.franco@gmail.com](mailto:juan.camilo.delgado.franco@gmail.com)

**Portable :**

+57 311 499 36 64

**Adresse :** Calle 104A # 19A-70, Apartamento 404, Edificio Castello, CP :110111, Bogotá – Colombie

**Youtube :** <https://www.youtube.com/@delgadofrancolegalsas4173>

**Linkedin :** <https://www.linkedin.com/in/juan-camilo-delgado-franco/>

**Site web:** <https://delgadofrancolegal.com>

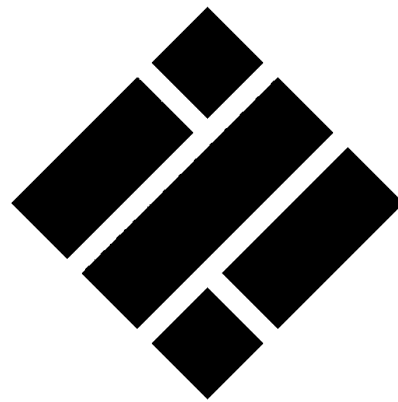




La recherche a pour objet l'information précontractuelle comme correctif à l'asymétrie de l'information dans la conclusion des contrats de consommation en présentant particulièrement le cas spécial du contrat d'assurance.

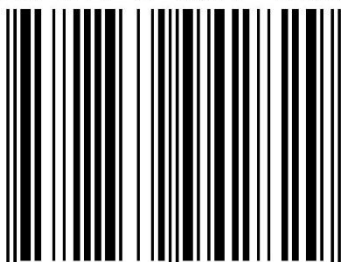
Le travail est une analyse doctrinale qui présente les problématiques de fond et les principaux enjeux en proposant quelques solutions envisageables pour l'avenir.

Le manuscrit a pour public ciblé la Suisse romande, c'est pourquoi le droit suisse sera le point de départ des réflexions et aura la prééminence au moment de la sélection des citations et des références bibliographiques, sans préjudice du fait qu'on fera référence à des doctrinaires de droit européen et latino-américain.



**Delgado Franco Legal**

ISBN 978-2-8399-4282-9



9 782839 942829 >