

7 Risque de pandémie, pertes d'exploitation et incertitudes des garanties assurantielles

Rodolphe BIGOT,
maître de conférences
en droit privé,
Le Mans université

Amandine CAYOL,
maître de conférences
en droit privé,
université de Caen Normandie

Arthur CHARPENTIER,
professeur de mathématiques,
université du Québec,
Montréal

Le risque pandémique ne fait l'objet d'aucune obligation légale de garantie. Dernièrement, les pertes d'exploitation liées à celui-ci ont été présentées par certains comme un risque inassurable. Statistiquement, la base de sinistres des assureurs suffit néanmoins pour modéliser ce risque puisqu'il convient simplement d'ajuster une loi, comme la loi de Pareto, aux montants individuels. Juridiquement, la garantie des pertes d'exploitation résultant de la fermeture d'établissements en période de pandémie est subordonnée à sa prévision dans le contrat d'assurance, dont les stipulations sont soumises à l'interprétation du juge. Les incertitudes se concentrent ainsi à deux niveaux : les contrats et la jurisprudence.

1 - L'assurance perte d'exploitation a pour objectif de « garantir l'entreprise pour les pertes subies suite à la réduction du chiffre d'affaires, les manques à gagner et paralysies »¹. Par une sorte de fiction, cette assurance a pour fonction d'effacer la période d'interruption de l'activité de l'entreprise »². La crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 et les mesures de fermeture de certains établissements, notamment les bars et restaurants, décidées par les pouvoirs publics pour tenter de lutter contre la propagation du virus, ont placé cette garantie sous le feu des projecteurs. De nombreux chefs d'entreprise se sont en effet tournés vers leur assureur afin d'obtenir la prise en charge des pertes de chiffre d'affaires subies du fait de la fermeture de leur établissement au cours des années 2020 et 2021.

2 - L'assurabilité du risque de pandémie est l'objet de discussions parmi les économistes. Certains le présentent comme un risque inassurable³. D'autres relativisent une telle assertion⁴. D'un point de vue actuariel, les risques « extrêmes » posent de nombreux défis. Mais il convient de distinguer deux types de ces risques. Les premiers sont les dommages majeurs, touchant une seule police avec un fait générateur unique, comme le risque incendie entreprise, ou, historiquement, la perte d'exploitation. Statistiquement, la base de sinistres des assureurs suffit pour modéliser ce risque puisqu'il convient simplement d'ajuster une loi, comme la loi de Pareto, aux montants individuels (potentiellement corrigés de l'inflation si on considère une grande période temporelle). Les seconds sont ceux associés à un risque de cumul, mathématiquement traduit par une absence d'indépendance entre des risques individuels, avec un évènement qui touche de nombreuses polices. L'exemple le plus connu est celui des catastrophes naturelles où un fait générateur commun cause des sinistres concernant des milliers ou des dizaines de milliers de polices d'assurance. Une première difficulté est de définir le fait générateur : une « inonda-

tion » peut être associée à une hausse du niveau d'une rivière particulièrement importante, donnant lieu à un débordement, à un instant donné, mais une sécheresse associée à un phénomène de subsidence (correspondant à un retrait-gonflement des argiles) sera plus complexe à identifier. Cette difficulté rend d'autant plus légitime l'effort de transparence – avec la motivation voulue par la loi du 28 décembre 2021 relative à l'indemnisation des catastrophes⁵ en amont de la publication de l'arrêté – des critères appliqués pour reconnaître l'état de catastrophes naturelles⁶. Ces dernières soulèvent des défis importants, comme les ouragans dont les trajectoires repassent sur leurs pas, – tels Kyle en 2002 ou Ivan en 2004 – (s'agit-il du même évènement même si plusieurs jours séparent les deux passages ?). Ce risque de cumul se retrouve en risque cyber, et dans les modèles associés aux pandémies, avec dans les deux cas un virus commun qui contamine toute une population. Pour modéliser ces évènements, on peut penser à des modèles dynamiques qui vont toucher un nombre de plus en plus important de personnes, avec une croissance exponentielle, et un arrêt à une date aléatoire.

3 - Récemment, avec la mondialisation croissante de l'économie et la volatilité de la situation géopolitique, des perturbations d'une chaîne d'approvisionnement ont montré que de nombreuses entreprises pouvaient être touchées par un choc commun, comme les perturbations causées par le porte-conteneurs géant de la compagnie Evergreen, qui s'est ensablé dans le canal de Suez en mars 2021. De même, le Sars-Cov-2 et la Covid-19 ont soulevé de nombreuses interrogations dans le monde de l'assurance. Si le risque de pandémie est connu et analysé depuis des décennies, les modèles s'intéressaient aux conséquences humaines. Par exemple entre 1918 et 1920, la « grippe espagnole » a tué environ 2,5 % de la population mondiale⁷. En voulant éviter ce risque, les pouvoirs publics ont mis en place, à travers le monde, des confinements plus ou moins stricts à partir de janvier 2020, ayant eu des consé-

1. Cass. 2^e civ. 2, 6 févr. 2020, n° 18-25.377 : « La clause selon laquelle sont exclues « les pertes indirectes de quelque nature que ce soit, manque à gagner et paralysies » définit expressément ce qui relève du préjudice de pertes d'exploitation ».

2. B. Beignier, et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances* : LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2021, n° 991

3. D. Zajdenweber, *Extreme values in business interruption insurance* : *Journal of Risk and Insurance*, 1996, n° 1, p. 95-110. – D. Zajdenweber, *L'assurabilité des risques catastrophiques* : *Risques*, 1999, n° 40, p. 90-94. – D. Zajdenweber, *Économie des extrêmes* : Flammarion, 2000.

4. A. Charpentier, *Insuring risks when pure premium is infinite ?* : *Bulletin français d'actuariat*, janv.-juin 2007, vol. 7, n° 13, p. 67-82.

5. L. n° 2021-1837, 28 déc. 2021 : JO 29 déc. 2021.

6. P.-G. Marly, *Loi relative à l'indemnisation des catastrophes naturelles : une réforme inaboutie* : LEDA févr. 2022, n° DAS200m7.

7. L. Spinney, *La grande tueuse. Comment la grippe espagnole a changé le monde* : Albin Michel, 2018. – V. : www.orlandosentinel.com/weather/hurricane/os-ne-hurricane-weird-paths-project-top-five-20190927-nc5ng6wudrcbtf5vqwnwq5cxa-story.html. – www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/insurability_report_web.pdf. – V. également <https://link.springer.com/article/10.1057/gpp.2014.19>.

quences économiques majeures, pour de nombreuses entreprises, lesquelles ont dû arrêter toute activité.

4 - En France, les assureurs ont tenté d'invoquer le caractère inassurable du risque de pandémie : l'assurance reposant sur la mutualisation, elle ne pourrait valablement fonctionner lorsque le risque se réalise pour tous les assurés. « *Au commencement est évidemment l'assurabilité technique (car, en assurance, la technique est première). L'argument pour la contester est que la pandémie entraîne des sinistres massifs et non mutualisables* »⁸. Ainsi, selon F. Lustman (présidente de la Fédération française de l'assurance renommée France Assurances) : « *Si tout le monde a un sinistre au même moment, la mutualisation ne fonctionne pas* »⁹.

5 - Le tribunal de commerce de Paris a cependant jugé qu'il ne s'agissait là que d'une « *allégation fantaisiste* » ne s'appuyant « *sur aucune disposition légale d'ordre public mentionnant le caractère inassurable d'une conséquence d'une pandémie* »¹⁰. Quand l'assurance perte d'exploitation a été souscrite par une entreprise depuis des décennies - et les primes recueillies par l'assureur sur autant d'années -, « *sauf à occulter son métier d'assureur, il lui serait difficile de prétendre ne pas avoir accepté d'assumer le risque* »¹¹. L'ACPR a d'ailleurs relevé que « *les primes collectées au titre de la garantie "pertes d'exploitation" par les assureurs interrogés sont de l'ordre de 350 millions d'euros en 2019 [...]. Ces garanties couvrent environ 1,13 million d'assurés* »¹². Au final, « *La meilleure preuve de leur assurabilité est certainement... le fait qu'elles le sont puisque, [...] certains contrats les couvrent ! Au fond, ce constat un peu circulaire permet de rappeler que c'est l'assureur qui, en dehors de l'hypothèse d'assurance obligatoire ou d'extension légale de garantie, est juge de l'assurabilité* »¹³. « *Le caractère assurable de ce type de risque était difficilement contestable puisque, dès 2018, la société de courtage Marsh et la société Munich Re avaient mis sur le marché un contrat d'assurance dont la garantie portait sur les pertes d'exploitation en cas de pandémie dans le cadre de la grippe H1N1* »¹⁴.

6 - La garantie des pertes d'exploitation subies lors de la pandémie de Covid-19 donne lieu à un abondant contentieux. Les solutions fluctuantes retenues par les juges du fond¹⁵ sont source d'une profonde incertitude, tant pour les assurés que pour les assureurs. Les mathématiques de l'incertitude décrites par Ian Stewart¹⁶ sont ainsi confortées, en ce domaine, par les incertitudes du droit français. La loi ne dit rien des pertes d'exploitations. La « *configuration de l'assurance des pertes d'exploitation est largement commandée par la pratique contractuelle : il n'existe pas en effet de disposition spécifique qui lui soit consacrée dans le livre premier du Code des assurances* »¹⁷. Ce risque relève ainsi de la liberté contractuelle : rien n'interdit aux parties de stipuler une garantie relative aux pertes d'exploitation dans la police multirisques entreprises, mais rien ne les y oblige. Il s'agit d'une garantie optionnelle, souscrite dans envi-

ron 53 % des cas selon la FFA¹⁸. En somme, le risque pandémique ne fait l'objet d'aucune obligation légale de garantie¹⁹.

7 - Dès lors, la garantie des pertes d'exploitation résultant de la fermeture d'établissements en période de pandémie est subordonnée à sa prévision dans le contrat d'assurance, dont les stipulations sont soumises à l'interprétation du juge²⁰. Les incertitudes se concentrent ainsi à deux niveaux : les contrats et la jurisprudence.

1. Les incertitudes contractuelles

8 - Le contrat est certes censé être, de manière générale, un acte de prévision²¹, permettant aux parties de se prémunir contre les incertitudes de l'avenir. Tel est, en principe, particulièrement le cas du contrat d'assurance, par lequel « *l'une des parties, l'assureur, s'engage envers l'autre, le souscripteur, en contrepartie du paiement d'une prime, à couvrir un risque en fournissant au souscripteur ou à un tiers, une prestation en cas de réalisation de ce risque* »²². Comme le soulignait déjà Portalis, ce type de convention est « *le produit [...] de nos craintes. On veut [...] être rassuré contre [les] caprices* » de la fortune²³. Pourtant, le contentieux relatif aux pertes d'exploitation révèle la profonde incertitude qui existe quant à leur couverture assurantielle en situation de pandémie.

9 - Toutes les polices ne sont pas identiques²⁴ : l'assurance des pertes d'exploitation est celle du « *sur-mesure* » contractuel, qui y est « *sans doute plus marqué que pour les autres garanties* »²⁵. Il convient donc d'étudier précisément les termes de chaque contrat d'assurance afin de lever le doute relatif à l'indemnisation²⁶. Pour chaque affaire qui lui est présentée, le juge doit prendre en compte, au cas par cas, la rédaction du contrat litigieux, extrêmement variable d'une compagnie d'assurance à une autre, et les circonstances de l'espèce²⁷.

10 - Selon l'ACPR, « *les conséquences d'un événement aussi exceptionnel que la pandémie actuelle ne sont, en règle générale, pas couvertes par les contrats en vigueur. Ainsi, la mise en œuvre de la garantie "pertes d'exploitation" est exclue pour 93 % des assurés au titre des contrats analysés* ». Plusieurs obstacles à la prise en charge des pertes subies peuvent exister.

11 - Tout d'abord, l'assurance des pertes d'exploitation est majoritairement conçue « *comme une extension de garantie, destinée à prendre en charge les suites d'un sinistre lui-même indemnisé* »²⁸. Présentant un caractère accessoire, la garantie pertes d'exploitation suppose alors qu'une autre garantie puisse, dans un premier temps, être mobilisée. Habituellement, une telle garantie est déclenchée par des événements dommageables matériels, généralement des incendies, dégâts des eaux, bris de machine,

8. L. Mayaux, *Le jeu de l'assurance face aux pertes d'exploitation* : RDC mars 2021, p. 18.

9. www.rtl.fr, 16 avr. 2020.

10. R. Bigot, *Le caractère inassurable du risque pandémique : une « allégation fantaisiste » d'AXA in obs. sur T. com. Paris*, 12 mai 2020, n° 2020017022 : Dalloz actualité, Débats, 28 mai 2020.

11. P.-G. Marly, *L'assurance face au coronavirus* : LEDA avr. 2020, p. 1.

12. ACPR, *Garantie « pertes d'exploitation » : l'état des lieux de l'ACPR* : Communiqué de presse, 23 juin 2020.

13. D. Krajewski, obs. sur T. com. Paris, 22 mai 2020, aff. n° 2020017022 : Lexbase. La lettre juridique n° 826, 4 juin 2020 : Assurances.

14. M.-S. Baud, *Le point sur, Épidémie, pertes d'exploitation et contrats d'assurance : une équation à plusieurs inconnues* : Lexbase Hebdo édition privée n° 847, 10 déc. 2020 : Covid-19.

15. A. Zaroui, *Covid-19 et pertes d'exploitations : analyses des premiers jugements rendus au fond* : Éditions législatives, 25 sept. 2020. – V. Morales, *La garantie pertes d'exploitation des restaurateurs en temps de covid-19 : tour de table des premières décisions* : Lexbase Hebdo éd. privée, 15 oct. 2020.

16. I. Stewart, *Les dés jouent-ils aux dieux ? Les mathématiques de l'incertitude* : Dunod, coll. Quai des Sciences, 2020.

17. M. Robineau, *L'assurance des pertes d'exploitation*, in R. Bigot et A. Cayol (dir.), *Le droit des assurances en tableaux*, préf. D. Noguéro : Ellipses, 2020, p. 332.

18. Fédération française de l'assurance, *chiffre 2019*, dernier disponible.

19. P.-G. Marly, *L'assurance face au coronavirus* : LEDA avr. 2020, p. 1.

20. *Pertes d'exploitation et covid-19. Entretien avec maître Pascal Ormen et maître Jean-Pierre Tertian* : Resp. civ. et assur. 2021, entretien 1.

21. H. Lecuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in Mél. François Terré : PUF-Dalloz, éd. Jurisclasseur, 1999, p. 643-659.

22. L. Mayaux, in J. Bigot (dir.) et a., *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, préf. G. Durry : LGDJ, Lextenso éd., 2^e éd., p. 35, n° 67.

23. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14 : Videcoq, 1836, p. 535.

24. *Sur la diversité des clauses susceptibles d'être stipulées en ce domaine*, V. M. Mignot, *Covid-19 et clauses du contrat d'assurance* : RGDA nov. 2021, p. 8.

25. M. Robineau, *L'assurance des pertes d'exploitation*, in R. Bigot et A. Cayol (dir.), *Le droit des assurances en tableaux*, préf. D. Noguéro : Ellipses, 2020, p. 332.

26. J. Kullmann, *Coronavirus et assurance : brèves observations* : RGDA avr. 2020, p. 1 : « *Liberté contractuelle oblige : l'analyse de l'assurance des pertes immatérielles doit être conduite contrat par contrat* ». – P.-G. Marly, *Covid-19, Assurance-0 ? Libre propos sur la couverture des pertes d'exploitations liées à la crise sanitaire* : bjda.fr, 2020, n° 68.

27. D. Houtcieff, *La garantie des pertes d'exploitation résiste-t-elle à la covid-19 ?* : GPL 5 janv. 2021, p. 29.

28. M. Robineau, *L'assurance des pertes d'exploitation*, in R. Bigot et A. Cayol (dir.), *Le droit des assurances en tableaux*, préf. D. Noguéro : Ellipses, 2020, p. 332.

explosions, etc.²⁹. Sont donc exclus les dommages purement immatériels. Or, la pandémie de Covid-19 ne saurait être assimilée ni à une catastrophe naturelle, ni à une pollution de l'air³⁰. Dès lors, la garantie n'est due par l'assureur que dans les rares hypothèses où elle est prévue de manière autonome, sans nécessité d'un dommage matériel préalable.

12 - Ensuite, la garantie n'est due qu'à la suite d'un événement couvert par le contrat d'assurance souscrit. Tout dépend ici des stipulations précises de chaque police. En principe, l'assurance des pertes d'exploitation n'a « vocation à couvrir que les pertes consécutives à un événement accidentel ou d'origine malveillante. Elle ne joue donc pas lorsque l'activité de l'entreprise est arrêtée en raison d'une grève ou d'une décision administrative de fermeture³¹ ». Toutefois, certains contrats garantissent expressément les dommages résultant d'une fermeture administrative ou réglementaire. « Le nœud gordien reste de savoir comment interpréter cette formule. Pour les assurés, défendant une conception large, la fermeture administrative recouvre toute fermeture décidée par une autorité compétente, notamment la fermeture ordonnée par le pouvoir exécutif. Selon eux, la fermeture décidée par le ministre de la Santé ou le Gouvernement dans le cadre du confinement est assimilée à une fermeture administrative en application de la loi d'urgence sanitaire, permettant d'être garantis par leur assurance perte d'exploitation. Au contraire, pour les assureurs, retenant une conception plus restrictive, la fermeture administrative ne couvre que la fermeture décidée à titre de sanction par le préfet ou la mairie »³².

13 - Enfin, aucune clause de la police ne doit avoir prévu d'exclusion de garantie en cas d'épidémie ou de pandémie.

14 - Dès lors, selon l'ACPR seulement « 3 % des assurés couverts par les contrats analysés peuvent prétendre à une indemnisation. Tel est notamment le cas lorsque le contrat garantit les pertes d'exploitation quelle qu'en soit la cause et ne comporte aucune exclusion du risque pandémique ». Il n'existe, dans ces rares cas, aucune incertitude : la réticence de l'assureur à verser l'indemnisation due sera, inévitablement sanctionnée par les juges. Tel a notamment été le cas de l'assureur Groupama, condamné pour résistance abusive par le tribunal judiciaire de Paris en février 2021³³.

29. Ainsi, un contrat Groupama précisait que la garantie perte d'exploitation était due /« Lorsque vous vous trouvez dans l'impossibilité totale ou partielle de poursuivre votre activité à la suite : [...] d'une impossibilité matérielle d'accès à vos locaux professionnels (y compris en cas d'interdiction par les autorités compétentes), par suite d'un incendie ou d'explosion, d'événements naturels survenus dans le voisinage, catastrophes naturelles ».

30. Médiation de l'assurance, rapp. Les assurances professionnelles et la crise sanitaire : renouer un lien de confiance, 8 juill. 2021, p. 22-23 : « Une pandémie telle que la Covid-19 est susceptible de contaminer les êtres vivants, mais le virus en tant que tel ne dégrade ni l'environnement, ni son atmosphère ». Il ne s'agit donc pas d'une pollution de l'air. Par ailleurs, en application de l'article 1 de la loi du 13 juillet 1982, « pour qu'un agent naturel soit considéré comme une catastrophe naturelle, il est nécessaire de constater des dommages matériels directs ayant eu pour cause déterminante l'intensité de cet agent naturel. Cet état de catastrophe naturelle doit impérativement être reconnu par arrêté ministériel ». Ces deux conditions ne sont pas remplies concernant la pandémie de Covid-19.

31. M. Robineau, L'assurance des pertes d'exploitation, in R. Bigot et A. Cayol (dir.), Le droit des assurances en tableaux, préface D. Noguéro : Ellipses, 2020, p. 332.

32. B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, Droit des assurances : LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2021, n° 996.

33. Une ordonnance du tribunal judiciaire de Paris rendue en début d'année (TJ Paris, ord. réf., 11 févr. 2021, n° 21/50243) relève que « Les contrats en litige comportent tous une clause identique rédigée ainsi : Perte d'exploitation / A – Événements Assurés : la garantie du présent contrat porte exclusivement sur les conséquences des dommages ayant donné lieu à indemnisation et causés par : incendie ; explosion [...] Ainsi que l'impossibilité de poursuivre les activités par suite de la survenance : – fermeture de l'établissement sur l'ordre des autorités administratives lorsqu'elle est motivée par la seule survenance effective des événements suivants : [...] de maladie contagieuse ou d'épidémies [...] ». – R. Bigot et A. Cayol, Pertes d'exploitation : condamnation de l'assureur pour résistance abusive, obs. sur TJ Paris, ord. réf., 11 févr. 2021, n° 21/50243 : Dalloz actualité, 18 mars 2021.

15 - L'ACPR a également identifié des clauses contractuelles ne permettant pas de conclure avec certitude à une absence de garantie. Cette situation concerne environ 4 % des assurés couverts par les contrats analysés. Dans ces cas, seule une interprétation du juge serait de nature à lever toute incertitude si les assureurs concernés, en cas de doute (C. civ., art. 1190), « n'interprètent pas le contrat en faveur de l'assuré »³⁴. Les faiblesses de rédaction des contrats d'assurance conduisent alors, inévitablement, à une incertitude quant à la solution susceptible d'être finalement retenue par le juge.

2. Les incertitudes jurisprudentielles

16 - L'essentiel du contentieux se concentre autour des clauses d'exclusion de garantie, les assurés tentant d'obtenir leur nullité pour vice de forme ou de fond. La validité de ces dernières suppose en effet, d'une part, qu'elles figurent en caractères très apparents dans la police (C. assur., art. L. 112-4, al. 3) et, d'autre part, qu'elles soient tout à la fois formelles et limitées (C. assur., art. L. 113-1, al. 1).

17 - Le contentieux a, dans un premier temps, été porté par les assurés devant le juge des référés en vue d'obtenir le versement rapide d'une provision. Une telle démarche n'a que rarement pu aboutir³⁵, supposant un caractère urgent et l'existence d'une obligation qui n'est pas sérieusement contestable³⁶. Dès lors, « le juge des référés, statuant sur le caractère sérieusement contestable d'une obligation contractuelle ne peut, sans excéder son office, interpréter les termes du contrat, se devant toutefois d'appliquer ses dispositions claires et précises ne nécessitant pas d'interprétation »³⁷. L'ordonnance de référé rendue par le tribunal de commerce de Marseille le 23 juillet 2020³⁸ a ainsi été remise en cause par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 3 décembre 2020³⁹ aux motifs que « La question de savoir si une épidémie peut ou non, de par sa définition même, entraîner la fermeture administrative d'un seul établissement dans un département ou si elle a pour conséquence nécessaire d'en entraîner la fermeture de plusieurs, ne relève pas de l'évidence, et donc des pouvoirs du juge des référés ». Une action au fond est donc, dans la plupart des cas requise afin de lever l'incertitude quant à l'indemnisation des pertes d'exploitation résultant de la fermeture forcée d'établissements en période de pandémie.

18 - Le juge saisi doit alors, dans un premier temps, s'assurer de la validité formelle de la clause litigieuse. L'exposé des motifs de la loi de 1930 souligne que « L'obligation de rédiger les clauses et conditions de la police en caractères très apparents a pour objet de remédier à des abus trop fréquents. L'emploi encore trop fréquent de petits caractères oppose en effet de réelles difficultés à la lecture du contrat »⁴⁰. Dès lors, une clause d'exclusion de garantie n'est

34. ACPR, Garantie « pertes d'exploitation » : l'état des lieux de l'ACPR : Communiqué de presse, 23 juin 2020.

35. V. cependant, par ex., T. com. Paris, 22 mai 2020, aff. n° 2020017022 : Lexbase. La lettre juridique n° 826, 4 juin 2020 : Assurances, obs. D. Krajewski.

36. CPC, art. 834 et 835 pour le tribunal judiciaire. – CPC, art. 872 et 873 pour le tribunal de commerce.

37. TJ Paris, ord. réf., 11 févr. 2021, n° 21/50243, obs. R. Bigot et A. Cayol : Dalloz actualité, 18 mars 2021. – V. également en ce sens, T. com. Lyon, ord. réf., 10 juin 2020, n° 2020R00303, Le Bacchus c/ Axa France IARD : RGDA 2020, n° 7, p. 1, obs. L. Mayaux ; Lexbase Hebdo éd. privée, n° 829, 25 juin 2020, note D. Krajewski : « L'exclusion n'étant pas totale et illimitée, il convient d'analyser si l'essentiel de l'obligation a été retiré [...] ce pouvoir n'appartient pas au juge des référés mais au juge du fond ». – T. com. Bordeaux, ord. réf., 23 juin 2020, n° 2020R00408, Chez Aldo c/ Axa France IARD : il s'évince de la clause litigieuse « une contradiction de lecture et donc d'analyse des parties, qu'il ne ressort pas de l'office du juge des référés de trancher ».

38. T. com. Marseille, ord. réf., 23 juill. 2020, n° 2020R00131, Sté X c/ Axa France IARD.

39. CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 3 déc. 2020, n° 20/07308 : JurisData n° 2020-021976.

40. Exposé des motifs sous l'article 8 du projet de loi.

valable que si elle se détache du reste du texte (par sa couleur ⁴¹, la taille des caractères, un encadré ou tout autre moyen typographique ⁴²), attirant ainsi « spécialement l'attention de l'assuré » ⁴³ : elle doit « sauter aux yeux » ⁴⁴. « La notion de caractères très apparents est relative : une différence matérielle doit exister entre les caractères adoptés pour ces clauses et ceux utilisés pour les autres » ⁴⁵. L'assureur Axa a ainsi été condamné par le tribunal de commerce d'Annecy, dans un jugement du 22 décembre 2020 ⁴⁶, à indemniser un hôtelier-restaureur de ses pertes d'exploitation, aux motifs que la clause d'exclusion de garantie n'était pas valable, sa typographie étant identique à celle d'une clause d'extension.

19 - Le juge saisi doit en outre, dans un second temps, s'assurer de la validité de la clause au fond. Or il y a là matière à interprétation différenciée par les juges du fond : par exemple, « si l'exclusion de la garantie en cas d'épidémie a été jugée valable par le tribunal de commerce de Lyon, [...], elle a en revanche été jugée ambiguë par le tribunal de commerce de Paris » ⁴⁷, ce qui est, malheureusement, source d'incertitude.

20 - Pour être formelle, une clause d'exclusion doit, tout à la fois, être claire et précise. Sa clarté suppose qu'elle puisse être aisément comprise, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle son ambiguïté nécessite une interprétation par le juge ⁴⁸. En particulier, les termes d'épidémie ou de pandémie ont pu être sujet à interprétation ⁴⁹. La Médiation de l'assurance a proposé de ne pas distinguer les deux termes, la pandémie étant une épidémie généralisée mondialement ⁵⁰.

21 - La précision de la clause requiert une définition circonscrite des situations dans lesquelles la garantie est exclue. Toute imprécision conduit la Cour de cassation à l'écarter, notamment lorsque « la clause excluant la garantie [...] ne se réfère pas à des critères précis et à des hypothèses limitativement énumérées » ⁵¹.

22 - Le caractère « limité » de la clause est en outre érigé, depuis 1987 ⁵², en condition autonome de validité par la Cour de cassation. Le juge saisi est tenu de vérifier que la clause ne vide pas la garantie de sa substance ⁵³ en vérifiant « l'étendue de la garantie subsistant après application de la clause litigieuse » ⁵⁴. Ainsi, plusieurs cours d'appel n'ont pas considéré comme limitée la

clause, prévue dans les contrats de l'assureur AXA, aux termes de laquelle « Sont exclues - les pertes d'exploitations, lorsque, à la date de décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ». Après la condamnation de l'assureur en première instance ⁵⁵, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé la nullité de la clause par un arrêt du 25 février 2021, jugeant que « l'exclusion ainsi définie n'est nullement limitée puisqu'elle vise : - tout autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, - faisant l'objet d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique, - sur un territoire particulièrement vaste, puisque dépassant le simple cadre d'un village ou d'une ville. L'application pure et simple de cette clause d'exclusion aboutirait donc à ne pas garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies en raison de la fermeture administrative de son restaurant pour épidémie de coronavirus, et donc, à priver de sa substance l'obligation essentielle de garantie » ⁵⁶. L'incertitude demeure malheureusement, d'autres tribunaux et cours d'appel ayant retenu la solution contraire ⁵⁷.

23 - **Conclusion.** - Les incertitudes contractuelles quant à l'objet de la garantie, et jurisprudentielles concernant la validité des clauses d'exclusion à raison du non-respect des conditions de fond ou de forme prévues par le Code des assurances mettent en exergue l'importance de soigner la rédaction des polices d'assurance pertes d'exploitation. L'ACPR a ainsi invité « les professionnels à revoir pour l'avenir la rédaction de toutes les clauses contractuelles ambiguës et à préciser l'architecture générale des contrats afin d'informer clairement les assurés de l'étendue exacte de leurs garanties. S'agissant des contrats en cours d'exécution, l'Autorité rappelle que toute addition ou modification ne peut se faire sans l'accord exprès du souscripteur » ⁵⁸. De même, la médiation de l'assurance a insisté sur la nécessité pour assureurs d'« œuvrer à davantage de lisibilité des documents contractuels afin de permettre aux assurés de connaître précisément l'étendue de leurs garanties » car « l'étude des dossiers pertes d'exploitation a mis en évidence des incompréhensions tenant soit à la présentation des contrats, soit à la rédaction de leurs clauses » ⁵⁹.

En l'absence de transfert de charge de l'indemnisation des pertes d'exploitation par les assureurs vers l'État - la proposition de loi du 16 avril 2020 souhaitant la création d'un « fonds d'aide à la garantie des pertes d'exploitation consécutives aux menaces et crises sanitaires graves » n'ayant pas été suivie -, il s'agit là d'un défi majeur pour pallier l'incertitude, en France ⁶⁰ comme ailleurs ⁶¹.

41. A ainsi été écartée une clause d'exclusion imprimée en caractères gras, mais située aux côtés d'autres clauses d'exclusion en caractères rouges : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-18.993 : JurisData n° 1998-004597 ; RGDA 1999, p. 99, note L. Mayaux. - H. Groutel, L'assuré qui en avait vu de toutes les couleurs : Resp. civ. et assur. 1999, chron. 6.

42. La clause litigieuse « était imprimée dans les mêmes caractères que ceux employés pour l'impression des articles voisins mais encore qu'aucun moyen typographique n'avait été mis en œuvre pour attirer spécialement l'attention de l'assuré » : Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, n° 89-15.248 : JurisData n° 1990-003799 ; RGAT 1991, p. 38, note H. Margeat et J. Landel.

43. Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n° 09-11.667 : JurisData n° 2010-004149 ; D. 2011, p. 1926, obs. H. Groutel. - V. dernièrement R. Bigot et A. Cayol, Caractères très apparents : de la nécessité d'attirer spécialement l'attention de l'assuré, obs. sur Cass. 2^e civ., 14 oct. 2021, n° 20-11.980 : JurisData n° 2021-016296 ; Dalloz actualité, 22 oct. 2021.

44. M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres, t. 1, Le contrat d'assurance : LGDJ, 1982, n° 55.

45. Le Lamy Assurances, 2021, n° 577.

46. T. com. Annecy, 22 déc. 2020, n° 2020R00066.

47. L. Vogel et J. Vogel, Les contentieux commerciaux liés à la crise sanitaire et leurs enseignements : JCP G 2021, 239.

48. Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001, n° 99-10.849 : JurisData n° 2001-009700.

49. V. par ex. T. com. Tarascon, 24 août 2020, n° 2020001786, selon lequel le contrat ne définissant pas le terme « épidémie », il doit être soumis à interprétation, ce qui exclut donc le caractère formel de l'exclusion.

50. Médiation de l'assurance, rapp. Les assurances professionnelles et la crise sanitaire : renouer un lien de confiance, 8 juill. 2021, p. 13.

51. Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, n° 10-10.001.

52. Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1987.

53. Cass. 2^e civ., 9 févr. 2012, n° 10-31.057 : JurisData n° 2012-001638. Également dégagée en droit commun des contrats par la jurisprudence concernant les clauses limitatives de responsabilité (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 : JurisData n° 1996-003942), une telle solution a été consacrée et généralisée par l'ordonnance du 10 février 2016 (C. civ., art. 1170).

54. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, n° 00-21.974 : JurisData n° 2004-022892.

55. T. com. Marseille, 15 oct. 2020, n° 2020F00893. - Également en ce sens, T. com. Paris, 17 sept. 2020, cinq jugements, aff. n° 2020022823, aff. n° 2020022825, aff. n° 2020022816, aff. n° 2020022819, et aff. n° 2020022826. - T. com. Lille, 11 févr. 2021, trois jugements, aff. n° 2020022185, aff. n° 2020022186 et aff. n° 2020022187. - T. com. Évry, 17 févr. 2021, six jugements, aff. n° 2020F00615, aff. n° 2020F00611 ; aff. n° 2020F00613, aff. n° 2020F00616, aff. n° 2020F00612 et aff. n° 2020F00614.

56. CA Aix-en-Provence, ch. 1-4, 25 févr. 2021, n° 20/10357 : JurisData n° 2021-010226 ; Dalloz actualité 11 mars 2021, obs. S. Andjehairi-Tribillac ; RGDA mars 2021, p. 1, obs. J. Kullmann ; Lexbase, Hebdo édition privée n° 861, 8 avr. 2021, « Chronique de droit des assurances », R. Bigot et A. Cayol (dir.). - Également en ce sens, CA Aix-en-Provence, 20 mai 2021 et CA Rennes, 16 juin 2021.

57. CA Lyon, 30 sept. 2021, n° 20/06237. - CA Bordeaux, 7 juin 2021, n° 20/04363 : JurisData n° 2021-011404. - T. com. Lyon, 4 nov. 2020, aff. n° 2020J00525. - T. com. Bourges, 24 août 2020, n° 2020003659. - T. com. Toulouse, 18 août 2020, aff. n° 2020J00294.

58. ACPR, Garantie « pertes d'exploitation » : l'état des lieux de l'ACPR : Communiqué de presse, 23 juin 2020.

59. Médiation de l'assurance, rapp. Les assurances professionnelles et la crise sanitaire : renouer un lien de confiance, 8 juill. 2021, p. 28.

60. M.-C. Carrère, Perte d'exploitation : le Sénat remet l'assurance obligatoire sur la table : L'Argus de l'assurance.fr, 28 juin 2021 : « En outre, il est proposé de créer un fonds d'aide à la garantie contre des événements sanitaires exceptionnels, dont les ressources seraient alimentées par une contribution annuelle des assureurs, sans préjudice d'un éventuel abondement par l'État, et pourraient être mobilisées en cas de crise sanitaire d'une intensité particulière », détaille

Notons, pour finir, que l'incertitude demeure également concernant le montant dû par l'assureur au titre de la garantie perte d'exploitations, dans l'hypothèse où l'entreprise assurée a également sollicité une aide du fonds de solidarité. La médiation de l'assurance a ainsi considéré que si l'assuré a déjà reçu une indemnité du fonds de solidarité mis en place par l'État pour compenser sa perte d'exploitation, l'assureur est fondé à déduire cette aide de l'estimation du préjudice, en vertu du principe indemnitaire ⁶². ■

l'exposé des motifs de l'amendement. Ce fonds serait alimenté par « un prélèvement annuel d'un minimum de 500M€ sur le produit des primes ou cotisations des contrats d'assurance de biens professionnels. » Un arrêté fixerait chaque année le taux de ce prélèvement permettant d'atteindre ce minimum. Enfin, « les ressources de ce fonds sont réparties entre les assureurs, à proportion de la part prise par chacune d'entre elle dans l'ensemble des indemnisations dues. Le décaissement des ressources intervient par arrêté du ministre chargé des assureurs, pris après avis d'une commission interministérielle chargée de se prononcer sur l'ampleur des indemnisations dues aux assurés ».

61. V. Caron, *Chronique de droit québécois – De l'importance de la rédaction de la police d'assurance pertes d'exploitation* : *bjda.fr*, 2021, n° 77. – Comp. R.-H. Jerry, *Reflections on Covid-19, insurance, business interruption, systemic risk, and the future*, in A.-B. Veiga Copo (dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* : Thomson Reuters, 2021, p. 486 et s. – Adde K. Noussa, *Liability insurance in the context of the Covid-19 pandemic*, in A.-B. Veiga Copo (dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* : Thomson Reuters, 2021, p. 669 et s.

62. Médiation de l'assurance, rapp. *Les assurances professionnelles et la crise sanitaire : renouer un lien de confiance*, 8 juill. 2021, p. 13.

L'essentiel à retenir

- Il n'existe pas d'obligation légale de garantie du risque pandémique, lequel relève de la liberté contractuelle : la garantie des pertes d'exploitation résultant de la fermeture d'établissements en période de pandémie est subordonnée à sa prévision dans le contrat.
- De nombreux contrats prévoient une clause d'exclusion de garantie en cas d'épidémie ou de pandémie. La validité d'une telle clause suppose, d'une part, qu'elle figure en caractères très apparents dans la police (*C. assur.*, art. L. 112-4, al. 3) et, d'autre part, qu'elle soit tout à la fois formelle et limitée (*C. assur.*, art. L. 113-1, al. 1). De nombreuses clauses ont ainsi été invalidées par les juges du fond comme étant ambiguës ou imprécises (donc non formelles) ou comme privant la garantie de sa substance (donc comme étant non limitées).
- Il est important de soigner la rédaction des polices d'assurance pertes d'exploitation afin de mettre fin aux incertitudes en ce domaine.

Mots-Clés : Pertes d'exploitation - Pandémies

La garantie d'une veille exhaustive



Pour une démonstration ou un essai gratuit, rendez-vous sur **LexisVeille.fr**

Lexis® Veille

Gagnez du temps,

Gérez les risques,

Créez de nouvelles opportunités !

Découvrez Lexis Veille

La nouvelle solution de veille personnalisée et intelligente pour optimiser votre temps et votre productivité en toute sécurité

 LexisNexis®

LexisNexis S.A. - 552 029 431 RCS Paris - 03/2021 - 21ALL401012-2 - @LexisNexisfr

17