

En poursuivant votre navigation, vous acceptez l'utilisation de cookies afin de réaliser des statistiques d'audiences et vous proposer des services ou des offres adaptés à vos centres d'intérêts. OK

[En savoir plus](#)

[Accueil](#) > [Juridique](#) > [Droit & Technique](#) > **Malheur au vaincu**

## PERTE D'EXPLOITATION

# Malheur au vaincu

PAR SERGE BROUSSEAU, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT À LA COUR, TRILLAT & ASSOCIÉS - LE 06/10/2020

La crise sanitaire, conséquence de la pandémie de Covid-19, a mis à mal l'économie des pays occidentaux. Beaucoup d'entreprises ne pourront survivre. Pour tenter de limiter la casse économique et sociale, nombre d'entre elles se tournent vers leur assureur qui les garantissent par des contrats d'assurance dommages comportant des garanties « perte d'exploitation ». Ces contrats peuvent-ils s'appliquer et supporter tout ou partie des chiffres d'affaires perdus pendant les mois de confinement ?



Les entreprises assurées, souvent au bord du gouffre, n'ont d'autre solution que de tenter leur chance : ainsi, des centaines d'actions ont été introduites devant les tribunaux pour tendre à la condamnation des assureurs. Et comme ces actions représentent prioritairement la première vague, ou les « poissons pilote » des entreprises assurées, des dizaines de milliers de dossiers devraient déferler sur les tribunaux. Ce sont, en effet, les restaurateurs, les hôtels, les clubs de sport, les centres équestres, les magasins d'habillement, les salons de coiffure, les Ehpad... qui se rappellent aux bons souvenirs de

leurs assureurs.

Peut-on endiguer ce flot ? Malheureusement non car, pour chaque partie, ces actions sont vitales et ne peuvent faire l'objet de concessions. Pour les entreprises assurées, elles iront jusqu'au bout car elles n'ont plus rien à perdre ; elles sont aux abois. Pour les assureurs, accepter de prendre en charge de tels sinistres les placerait automatiquement dans une situation financière mettant en péril leur survie ; d'une part, les autorités de contrôle des assureurs, notamment l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), gardiennes de leur solvabilité, s'opposent à l'ouverture des garanties qui ne respecteraient pas les critères techniques du contrat et, d'autre part, les réassureurs veillent au grain et n'autoriseront pas les prises en charge des sinistres au-delà des garanties souscrites.

Donc, les débats judiciaires seront longs, acharnés, multiples et périlleux : malheur au vaincu !

Pour preuve de ces débats de titans, nous avons vu fleurir des « arguments » présentés comme majeurs, incontournables, décisifs, arguments à la mesure des problèmes soulevés. Qu'avons-nous entendu ? « Nous sommes en guerre. Le risque de guerre est inassurable, exclu du périmètre de l'assurance ; comme est inassurable la couverture de risques pandémiques ; seuls les Etats peuvent supporter ces risques majeurs. »

Pourtant, le Code des assurances (article 121-8) précise que « *l'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires* ». En clair, ce texte signifie que le risque de guerre est assurable. Quant à la garantie de pandémies ou d'épidémies, bon nombre de contrats d'assurance des entreprises françaises couvrent ce risque avec, cependant, des conditions et des exceptions !

Depuis mai 2020, parmi les centaines d'actions judiciaires lancées devant les tribunaux civils ou de commerce, en référé ou au fond, plusieurs décisions ont déjà été rendues. Ces décisions ne laissent pas présager des solutions claires et définitives, bien au contraire. A titre d'exemple, sur l'interprétation d'une même clause émanant de contrats similaires, deux décisions radicalement contraires ont été rendues le même jour (le 24 août 2020) : ainsi, le tribunal de commerce de Bourg-en-Bresse considéra la clause d'exclusion de l'assureur comme licite alors que le tribunal de commerce de Tarascon la déclara nulle ! La future pétaudière juridique et jurisprudentielle qui nous attend se dessine (partie 2).

Mais, avant d'aborder cette pétaudière à venir, il convient de rappeler les règles de base du raisonnement juridique en la matière (partie 1), règles dont curieusement beaucoup se sont

affranchis. Il est curieux, en effet, de constater que plus les conséquences des sinistres déclarés sont majeures, plus les arguments évoqués par les parties (assureurs ou assurés) sont curieux, voir farfelus, comme si l'importance du sujet autorisait à dire n'importe quoi ; d'où l'appel à la stratégie de Jean-Claude Dusse (voir partie 2) pour expliquer ces comportements.

## I- Garanties d'assurances et exclusions de garantie : les principes à appliquer

Sur le principe, la distinction entre les garanties d'un contrat et ses exclusions est claire : les parties au contrat sont libres, d'une part, de convenir du périmètre d'application du contrat en fixant la nature et l'étendue de la garantie et, d'autre part, d'exclure certains risques ; mais en pratique, le sujet est plus corsé.

En effet, garantie et exclusions ne répondent pas aux mêmes conditions juridiques : autant l'expression d'une garantie est souple et non réglé par le droit, autant le régime juridique des exceptions est encadré strictement afin de protéger au maximum l'assuré qui pourrait être pénalisé par la dominance de l'assureur et les risques liés aux contrats d'adhésion.

### A- Les conditions de la garantie

Les clauses des contrats d'assurance définissant la garantie sont libres. Le contrat doit mentionner le bien ou la personne susceptible d'être atteinte par un événement aléatoire. L'assuré définira ce qu'il veut assurer : tel bâtiment, telle personne, pour tel type de risque (l'incendie, la perte d'exploitation, la responsabilité...). Ainsi, tel bâtiment sera assuré et non tel autre ; telle « perte d'exploitation » sera assurée et non telle autre...

En général, la définition de la garantie ne pose pas trop de difficulté sachant que l'assureur procède via deux approches possibles :

- soit il raisonne en « péril dénommé » en précisant avec son assuré ce qu'il a voulu couvrir (l'incendie, le vol, le dégât des eaux, les pertes d'exploitation...), sachant qu'ensuite des exclusions seront précisées ;
- soit il raisonne en « garantie tous risques sauf » et, dans ce cas, il garantit tous les risques, qui ne sont donc pas définis précisément, l'étendue du risque assuré reposant uniquement sur les exclusions qui doivent être minutieusement décrites.

La garantie sera exprimée différemment selon la taille des entreprises. Pour les petites et moyennes entreprises (PME) elles souscrivent quasiment toutes des contrats dits en « péril dénommé ». En revanche, pour les grandes entreprises, elles souscrivent

majoritairement des contrats « tous risques sauf », négociés par les grandes sociétés de courtage. Dans ce dernier cas, la définition de la garantie est simple puisque l'assureur garantit tout sauf les exclusions mentionnées !

Pour les contrats en « péril dénommé », les parties définissent ce qu'ils veulent garantir et les règles de preuves sont spécifiques : il appartiendra à l'assuré de démontrer que le sinistre correspond aux éléments décrits par la garantie. La charge de la preuve appartient à l'assuré, non à l'assureur.

C'est donc à l'assuré de prouver que le sinistre qu'il entend faire couvrir par son assureur entre bien dans la définition de la garantie. Ainsi, par exemple, lorsqu'un restaurateur invoque une garantie de son contrat dommages comportant une perte d'exploitation dont l'origine est une fermeture administrative de son établissement causée par une intoxication alimentaire, ce sera à lui, assuré, de prouver la perte d'exploitation, la fermeture administrative et l'intoxication alimentaire.

Une fois cette preuve de la garantie faite, il faudra examiner si les exclusions du contrat sont, ou non, réunies. La preuve par l'assuré des conditions de sa garantie est donc un préalable nécessaire à l'examen des exclusions.

## **B- Les exclusions contractuelles**

L'exclusion, est une clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération des circonstances particulières de réalisation du risque. En matière d'exclusion, le système juridique est tout autre que celui attaché aux conditions de la garantie. Il s'agit alors de protéger l'assuré contre la dominance de l'assureur qui rédige lui-même son contrat ; souvent, à travers le contrat d'adhésion, l'assuré n'a que le droit de signer, ou non, son contrat. Il faut donc encadrer les pratiques des assureurs. Ainsi, le Code des assurances et surtout la jurisprudence ont mis en place des protections extrêmement favorables aux assurés.

Tout d'abord, la clause d'exclusion doit être rédigée en caractère très apparents (article L.112-4 du Code des assurances) de façon à attirer l'attention de l'assuré.

Ensuite et surtout, l'article L.113-1 du Code des assurances subordonne la validité de l'exclusion à son caractère formel et limité. Sur ses mots « formel et limité », une jurisprudence foisonnante est venue régulièrement sanctionner les assureurs qui ont souvent rédigé des textes abscons, longs, avec des mots et phrases compliquées, avec des formules englobant des « notamment », des « tels que », des «...». Toutes ces clauses

d'exclusion ont été annulées par les tribunaux car non formelles et non limitées.

La jurisprudence veille : la Cour de cassation vient de rappeler ce principe essentiel par un arrêt de la deuxième chambre civile du 16 juillet 2020 (pourvoi n° 19-15.676). Dans un contrat automobile, une clause excluait la garantie du conducteur lorsqu'au « *moment de l'accident le conducteur assuré a fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiantes* ». On comprend bien la volonté de l'assureur, mais la Cour de cassation a estimé que cette clause était ambiguë, donc qu'elle n'était ni formelle, ni limitée, donc qu'elle était nulle.

Ainsi, pour qu'une exclusion soit valable, elle doit être compréhensible en première lecture par un assuré moyen sans pouvoir être interprétée. Chaque mot doit être simple et clair et chaque phrase ne doit poser aucune interprétation. La jurisprudence est constante et c'est bien ainsi. En effet, si c'est à l'assuré de prouver les conditions de sa garantie, il appartient réciproquement à l'assureur, d'être irréprochable dans la rédaction de ses clauses d'exclusion.

En conclusion, une clause d'exclusion c'est, peu de mots, des mots simples, des mots traduisant une seule idée clairement définie. A défaut, la clause sera nulle.

Un inventaire sommaire des clauses d'exclusion du marché de l'assurance fait froid dans le dos, l'essentiel des clauses examinées étant disons assez éloigné de la simplicité et de la lisibilité nécessaire pour les rendre incontestables ! Et quand on pense aux contrats « tous risques sauf » qui ne reposent que sur des exclusions, on imagine l'étendue des problèmes !

A titre préventif, il serait important que les assureurs français s'approprient une jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique qui a décidé qu'une clause contractuelle comportant plus de 50 mots était illisible et incompréhensible pour le citoyen américain ! A bon entendre...

## **2- Une explosion judiciaire : future pétaudière !**

Ce n'est pas être devin que de dire que nous sommes entrés dans une phase de contentieux multiples, désordonnés et imprévisibles. Les tribunaux de commerce ont été prioritairement saisis par les entreprises, soit par des actions au fond, soit en référé. Les tribunaux judiciaires l'ont été également sur les mêmes bases.

L'analyse nécessairement modeste des décisions et arguments soutenus par les parties

montrent que nous sommes dans un grand n'importe quoi. Ainsi, parmi les « arguments » des entreprises assurées, nous voyons apparaître des créations étonnantes :

- la pandémie de Covid-19 serait une catastrophe naturelle devant être prise en charge par les assureurs au titre de la loi de 1982 sur les catastrophes naturelles,
- la pandémie de Covid-19 constituerait un péril devant être supporté par les assureurs au même titre que les conséquences des arrêtés de péril pris lorsque les immeubles assurés sont, après sinistre, dangereux et menace ruine.

Au-delà de ces théories exotiques, il est possible de scinder en deux parties les actions en cours : d'une part, les actions qui dans une période normale n'auraient aucune chance d'aboutir et, d'autre part, celles où un débat sérieux est possible mais où les impératifs économiques et politiques pèseront lourd.

### **A- Les actions relevant de la « stratégie de Jean-Claude Dusse »**

Tout le monde connaît la réplique devenue célèbre et culte de Jean-Claude Dusse confronté à l'impossibilité de conclure dans *Les Bronzés font du ski* : « Vas y fonce, oublie que tu n'as aucune chance. On sait jamais, sur un malentendu, ça peut marcher ! »

Les entreprises disposant de garanties « perte d'exploitation » n'ayant plus rien à perdre, tentent leurs chances. Deux situations relèvent de la « stratégie de Jean-Claude Dusse » :

#### **1- Les contrats d'assurances classiques incorporant des garanties « perte d'exploitation » accolées à des garanties de base**

Dans cette première catégorie figure les contrats d'assurance-dommages aux biens qui garantissent des entreprises (restaurateurs, salons de coiffure, centres équestres...) assurées pour leurs bâtiments et leurs responsabilités. Elles se sont donc garanties contre les incendies, les vols, les dégâts des eaux et ont souscrit des garanties « perte d'exploitation » lorsque les événements principaux (l'incendie par exemple) surviennent. Ainsi, après l'incendie, l'assureur supporte la reconstruction du bâtiment, mais également toutes les charges engagées par l'entreprise jusqu'à la reprise d'activité. La garantie « perte d'exploitation » est ainsi liée à l'événement principal qui lui donne naissance : pour que la garantie joue, il faut un dommage matériel lui-même garanti.

Dans ce type de contrat, il suffit d'interpréter les garanties souscrites, les exclusions étant inexistantes ou sans intérêt. Dès lors, il appartiendra à l'assuré de prouver que les conditions de la garantie sont bien remplies. Evidemment, la perte d'exploitation en

relation avec la pandémie mondiale de Covid-19 n'a aucune chance d'entrer dans le périmètre de la garantie, puisqu'il n'y a aucun dommage matériel.

Pourtant, les actions en cours des entreprises fleurissent avec un raisonnement simple mais juridiquement absurde. L'argument simple est le suivant : le contrat prévoyant une garantie « perte d'exploitation », il appartient à l'assureur de la décliner au profit de l'entreprise. Mais, détacher ainsi la garantie « perte d'exploitation » de la garantie de base (l'incendie) qui lui a donné naissance, ferait que l'assureur devrait supporter toutes les charges, toutes les baisses de chiffre d'affaires ou de marge brute (perte de clientèle, perte de marché, indécatesse d'un fournisseur...).

Bien sûr, ce raisonnement dangereux va à l'encontre de la lettre et de l'esprit du contrat et le dénaturerait dangereusement. Donc, les garanties perte d'exploitation sont nécessairement la conséquence d'un dommage qui doit être lui-même garanti.

## **2- Les contrats d'assurance-dommages classiques avec des garanties « perte d'exploitation pour fermeture administrative » définie contractuellement (intoxication alimentaire, pollution des eaux...)**

Cette seconde hypothèse est une variante de la première. Nous avons des garanties de base (incendie, dégâts des eaux, vol) et des garanties « perte d'exploitation » définies qui interviennent indépendamment des autres garanties dommages, c'est-à-dire sans dommages. A titre d'exemple, le restaurateur souscrira une garantie « perte d'exploitation de fermeture prononcée par une autorité administrative pour intoxication alimentaire ». On voit bien l'esprit de la clause : si l'activité du restaurateur est à l'origine d'une intoxication alimentaire découlant de son activité assurée, le préfet peut prononcer un arrêté de fermeture, dans ce cas, la garantie jouera.

Mais, l'entreprise de restauration devra prouver, puisqu'elle invoque une garantie souscrite, qu'elle se situe dans le cadre couvert. Elle devra prouver la fermeture administrative et l'intoxication alimentaire. Là aussi, nous constatons des situations aberrantes où les conseils des entreprises exigent des assureurs une prise en charge des sinistres en dehors de la garantie souscrite.

A noter également que dans la situation décrite, il n'est point question d'évoquer des exclusions de garantie qui d'ailleurs n'existent pas !

## **B- Les actions relevant de garanties perte d'exploitation couvrant les fermetures administratives**

## **pour cause d'épidémies, maladies contagieuses, intoxication, mais assortissant ces garanties d'exclusions**

Cette dernière situation relève de cas classiques où les parties couvrent un risque garantissant les cas d'épidémies, de maladies contagieuses, mais avec des exceptions apportées à ces garanties. Nous retrouvons donc, avec de tels contrats, les principes basiques du droit de l'assurance : l'assuré doit prouver qu'il entre dans le champ de la garantie et il appartient à l'assureur de prouver qu'il est dans le champ de son exclusion.

Prenons un exemple concret :

- des garanties formulées ainsi : « Sont garanties les pertes d'exploitation consécutive à la fermeture administrative de l'établissement en cas de maladie contagieuse, intoxication, épidémie »,
- des exceptions formulées ainsi : « Sont exclues les pertes d'exploitation, lorsqu'au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même département que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ».

Ainsi, la conséquence de la pandémie liée à la Covid-19 est manifestement bien garantie (c'est une épidémie) ; mais, est-elle exclue par la clause ci-dessus. C'est tout le débat. L'exclusion répond-elle aux conditions de l'article L.113-1 du Code des assurances ? Est-elle formelle et limitée ?

Même si la clause est bien longue pour être immédiatement comprise, son sens est évident. Pourtant, les premières décisions des tribunaux sont contradictoires ; ainsi, le même jour, deux tribunaux de commerce ont rendu des jugements contradictoires : le 24 août 2020, Bourg-en-Bresse a validé la clause et Tarascon l'a annulée. Quelques jours auparavant, le 18 août 2020, le tribunal de commerce de Toulouse avait débouté le restaurateur et accueilli l'exclusion de l'assureur.

Plus récemment, le 17 septembre, le tribunal de commerce de Paris a rendu une décision importante, sur l'interprétation de cette même clause. Son raisonnement est simple : l'assureur garantit les conséquences d'une épidémie qui, par hypothèse, est générale et ne peut être contenue. Or, l'exclusion précise que l'épidémie doit être limitée à un seul établissement dans le même département. Dès lors, l'exclusion ne vide-t-elle pas la garantie de son sens ? C'est l'orientation, pourtant discutable, qui a été retenue par le tribunal de commerce de Paris le 17 septembre : l'assureur a été condamné à garantir en précisant qu'il ne satisfait pas à la condition de limitation prévue à l'article L.113-1 du Code

des assurances.

Nous constatons donc une incertitude judiciaire majeure. Des appels ont été formés contre ces jugements contradictoires et la solution définitive attendra. Quelques mois, quelques années !

## Conclusion

En termes de conclusion, trois idées peuvent être retenues :

- malheur au vaincu ! : ce combat judiciaire est vital pour chaque partie. Les entreprises sont souvent placées dans une opération de la dernière chance. Leurs trésoreries sont exsangues et les dépôts de bilan proches. Ne croyons pas, cependant, que la situation des assureurs est plus aisée ; une ouverture des garanties « perte d'exploitation » en direction des entreprises sinistrées les placera dans une situation financière impossible. En effet, l'assurance repose sur la mutualisation des risques ; il est évident que l'ensemble des assurés ne peut supporter un risque qui n'a pas été prévu et pour lequel aucune prime n'a été perçue,
- le point faible des assureurs : eux-mêmes ! Que voyons-nous depuis le début de la pandémie mondiale de Covid-19 ? Attaqués de toutes parts, les assureurs réagissent avec une brutalité extrême : résiliation de leurs contrats, augmentations tarifaires exceptionnelles, nouvelles clauses imposées lors des renouvellements... Le sens de la démarche des assureurs est clair : moins de garanties, plus de franchises, plus de cotisations et des clauses d'exclusions imposées. Mais, en imposant de nouvelles clauses d'exclusion, n'est-ce pas reconnaître que celles existantes sont faibles et les mettent en risque ? Et ce risque est évidemment accentué par les contrats « tous risques sauf » des grandes entreprises qui ne reposent que sur des exclusions... contestables et en cours de réécriture...
- la pétaudière judiciaire : des dizaines de milliers de dossiers vont engorger les tribunaux qui n'avaient pas besoin de ça. Comment éviter ce risque ?

Imaginer une loi rétroactive semble impossible, sauf si le financement est assuré non par les primes d'assurances mais par l'impôt.

Peut-on créer un fonds d'indemnisation alimenté en partie par l'Etat, en partie par les assureurs ? Ce serait sans doute la moins mauvaise des solutions, même si les clefs de répartition ne seront pas aisées à définir et difficiles à accepter pour les entreprises. Car, ne rêvons pas, les indemnisations que le fonds consentira seront loin des préjudices réels.

Sinon, il faudra gérer la déferlante des décisions, attendre les premiers arrêts des cours

d'appel, puis des arrêts régulateurs de la Cour de cassation qui n'interviendront pas avant trois ou quatre ans. D'ici là, bien des entreprises concernées par la résolution de ce conflit auront disparu !

Alors, pourquoi ne pas solliciter dès à présent un avis de la Cour de cassation ? Cette technique de l'avis est autorisée par les textes et permet à la Cour de cassation de rendre un avis dans les trois mois de sa saisie lorsque des questions se posent dans de nombreux litiges. C'est une solution qu'il faudrait explorer, même si la diversité des clauses contractuelles concernées rend l'exercice délicat.

## A LIRE AUSSI



### DROIT DES ASSURANCES

## La face cachée des résiliations unilatérales après sinistre

En matière d'assurance, la crise de la Covid-19 a fait ressurgir des débats sur l'application des clauses d'indemnisation en cas de perte d'exploitation résultant de la fermet...

[> Lire la suite](#)



### AGENTS GÉNÉRAUX

## L'indemnité compensatrice en débat

Si l'agent général n'est pas propriétaire du portefeuille de contrats qu'il gère, il détient en revanche des droits de créance sur les commissions afférentes au portefeuille d...

[> Lire la suite](#)



### ASSURANCE AUTO

## La souscription automobile en garantie temporaire initiale : une pratique risquée pour les assurés

Si la souscription automobile en garantie temporaire initiale a l'avantage de la souplesse et de la rapidité pour le conducteur, elle n'est pas sans risques pour l'assuré comm...

[> Lire la suite](#)

**La Tribune de l'assurance** Tous droits réservés