

Assurance « pertes d'exploitation »

Il est indéniable que tous les contrats d'assurance n'ont pas les qualités rédactionnelles requises pour exclure formellement le risque pandémique. On notera néanmoins que statistiquement les chances d'obtenir *in fine* une indemnisation au titre de la garantie pertes d'exploitation sont de prime abord plutôt minces, puisqu'une enquête menée le 23 juin 2020 par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) révèle que, dans 93,3 % des cas, les polices d'assurance excluent explicitement la couverture des pertes d'exploitations en cas de pandémie et que dans seuls 2,6 % des cas la garantie « *pertes d'exploitation* » s'applique¹.

Il ressort de cette enquête qu'une part marginale de l'ensemble des polices d'assurance auditées (soit 4,1%) présente une couverture que l'on pourrait qualifier d'incertaine, nécessitant *in fine* une interprétation du juge de nature à lever toute incertitude, si l'assureur concerné ne prenait l'initiative que lui accorde l'article 1190 du Code civil d'interpréter le contrat en faveur de l'assuré.

A titre liminaire il convient ainsi de rappeler que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* », tant en vertu de l'ancien premier alinéa de l'article 1134 du Code civil (pour les contrats formés antérieurement au 1^{er} octobre 2016) qu'au titre du nouvel article 1103 du Code civil.

Au cas particulier, lorsque l'entreprise subit un sinistre grave, celui-ci peut perturber son activité et être à l'origine de conséquences financières parfois longues et très lourdes. L'assurance facultative dite « *pertes d'exploitation* » permet dans ce cas, à l'entreprise qui l'aura souscrite, de compenser les effets de ces conséquences financières mais également de faire face à ses charges fixes en couvrant les frais généraux permanents (amortissements, impôts et taxes, loyers, salaires) et le cas échéant, suivant les termes du contrat, de couvrir certains frais supplémentaires consécutifs au sinistre (coût de l'externalisation temporaire de la totalité ou d'une partie de la production, frais liés à des installations provisoires).

Si votre client bénéficie d'une garantie pertes d'exploitation, il convient dans un premier temps de l'inciter à déclarer rapidement son sinistre auprès de sa compagnie d'assurance, idéalement par écrit (courrier recommandé avec accusé de réception ou courriel) pour des raisons probatoires.

Puis, partant du postulat que chaque contrat est différent puisque le contrat d'assurance n'est pas nécessairement un contrat d'adhésion, une attention particulière devra être apportée au périmètre du contrat, à la nature exacte des dommages couverts, aux éventuelles exclusions expressément prévues, et de manière plus générale à toutes les conditions de cette garantie pertes d'exploitation.

Il conviendra ainsi de réaliser une analyse du contrat afin de déterminer si :

¹ [Garantie « pertes d'exploitation » : l'état des lieux de l'ACPR en date du 23 juin 2020.](#)

Audit et Expertise Comptable

1. Votre client a bien souscrit une garantie pertes d'exploitation, puisque celle-ci est facultative (bien que cette garantie puisse être autonome, elle peut également être souscrite dans le cadre d'une police multirisque professionnelle dédiée aux entreprises : il s'agit dans ce cas d'une option),

2. Cette garantie pertes d'exploitation s'applique en l'absence de dommage matériel préexistant (dans la plupart des cas, cette garantie est souscrite parallèlement à une assurance dommage matériel : en conséquence les compagnies d'assurance conditionnent l'indemnisation au titre de la garantie pertes d'exploitation à la survenance d'un dommage, soit dans la plupart des cas un incendie ou un dégât des eaux).

3. Ce contrat d'assurance ne comprend aucune clause d'exclusion relative à un fait générateur épidémique ou pandémique. En effet la plupart des assureurs estiment inassurable ce type de risque dit « *systémique* », bien que le réassureur allemand Munich Re et le courtier Marsh aient initié en 2018 un projet en vue de concevoir une assurance paramétrique garantissant les pertes d'exploitation contre le risque de pandémie.

Par conséquent, si ce contrat comporte une clause d'exclusion, il incombera de s'assurer de la validité de ladite clause qui devra **ainsi être formelle et limitée** (L. 113-1 du Code des assurances) et enfin **figurer en caractère très apparents** (articles L. 112-4 Code des assurances).

A cet effet, il convient de rappeler qu'il est de jurisprudence constante **qu'une clause d'exclusion sujette à interprétation n'est ni formelle ni limitée**² et qu'en conséquence ladite clause pourra être réputée non écrite et ne saurait ainsi permettre à l'assureur qui a consenti cette garantie de s'y soustraire (le contrat étant le cas échéant interprété par le juge en faveur de l'assuré).

C'est dans ce contexte que depuis la fin du premier confinement, compte tenu des différentes mesures adoptées par le gouvernement en vue de ralentir la propagation de la Covid-19, nous avons pu assister à l'émergence³ de multiples recours judiciaires à l'encontre de sociétés d'assurance dont notamment l'assureur AXA IARD FRANCE.

Ces recours ont été intentés en la forme des référés au motif de l'urgence par des commerçants dont la situation financière était indéniablement obérée, en vue d'obtenir la désignation d'un expert auquel incomberait la mission de chiffrer le montant des pertes subies mais également en vue de voir condamner à titre provisionnel leur assureur au paiement desdites pertes.

Bien qu'une majorité de décisions en première instance se positionne en faveur de l'assuré⁴, estimant que la clause d'exclusion prévu au contrat ne satisfaisait pas aux obligations de

² Cassation, 1^{ère} chambre civile, 22 mai 2001 n°99-10.849 ; Cassation, 3^{ème} chambre civile, 27 octobre 2016 n°1523.841.

³ Tribunal de commerce de Paris, ord. réf., 12 mai 2020, n° 2020017022, Maison Rostang c/ Axa France Iard.

⁴ Tribunal de commerce de Tarascon, 24 août 2020, n°2020/001786 ; Tribunal de commerce de Paris, 17 septembre 2020, n°2020022816 ; Tribunal de commerce de Paris, 17 septembre 2020, n°2020022819 ; Tribunal

l'article L. 113-1 du Code des assurances et consacrant en conséquence que l'assureur ne pouvait se soustraire à son obligation de garantir les pertes d'exploitation, il n'en demeure pas moins que certaines juridictions ont pris le contrepied de cette argumentation pour statuer en faveur de l'assureur⁵.

En conséquence nous restons dans l'attente d'une décision de cour d'appel ou idéalement de cour de Cassation qui permettrait de dégager un principe général en matière d'indemnisation au titre d'une garantie pertes d'exploitation.

de commerce de Paris, 17 septembre 2020, n°2020022823 ; Tribunal de commerce de Paris, 17 septembre 2020, n°2020022825 ; Tribunal de commerce de Paris, 17 septembre 2020, n°2020022826 ; Tribunal de commerce de Rennes, 24 septembre 2020 n°2020F00165 ; Tribunal de commerce de Marseille, 15 octobre 2020, n° 2020F00894 ; Tribunal de commerce de Marseille, 15 octobre 2020, n° 2020F00893.

⁵ Tribunal de commerce de Toulouse, 18 août 2020, n°2020J00294 ; Tribunal de commerce de Bourg-en-Bresse, 24 août 2020, n° 2020003659 ; Tribunal de commerce de Lyon, le 4 novembre 2020 n°2020J00525 (cf. ord. réf. n°2020R00303).