



Pierre-Grégoire Marly, professeur agrégé des facultés de droit, doyen honoraire de la faculté du Mans et directeur du master de droit des assurances.

© dr

Le Covid-19 a ouvert la polémique sur la prise en charge des pertes d'exploitation des professionnels et conduit le gouvernement et le secteur de l'assurance à lancer des travaux sur la création d'un régime « catastrophes sanitaires ». Pierre-Grégoire Marly, professeur agrégé des facultés de droit, doyen honoraire de la faculté du Mans et directeur du master de droit des assurances, revient sur les questions que soulèvent les garanties Pertes d'exploitation et les exclusions pour pandémie.

Quelles difficultés soulève l'interprétation des polices « Pertes d'exploitation/ PE » dans le contexte actuel ?

La couverture des pertes d'exploitation liées au Covid-19 se heurte à deux obstacles distincts qui renvoient généralement à des dispositions différentes dans les contrats : d'une part, ces pertes ne sont pas consécutives à un dommage matériel et, d'autre part, elles sont liées à **un risque systémique**.

Pour saisir le premier obstacle, rappelons que dans les assurances de choses, le dommage matériel désigne l'atteinte directement causée au bien assuré par **l'évènement garanti**, telle la destruction d'un commerce à la suite d'un incendie. Par extension, le contrat d'assurance peut également couvrir les pertes financières (**ou dommage immatériel**) découlant de cette atteinte qui, dans notre exemple, conduirait le commerçant à cesser son activité. Beaucoup plus rares sont les polices qui garantissent de surcroît les pertes financières qui ne résultent pas d'un dommage matériel, notamment en raison de la multiplicité des facteurs plus ou moins objectifs qui peuvent avoir causé ces pertes. Certes, cet obstacle peut être surmonté en limitant conventionnellement l'origine de **ces pertes sans dommage** à des événements clairement identifiés. En ce sens, certaines polices couvrent les pertes d'exploitation qu'occasionne la fermeture administrative du local assuré. Cette fermeture n'engendre pas un dommage matériel puisque le local est indemne, mais elle occasionne inévitablement **une perte de chiffre d'affaires** pour l'exploitant.

Reste que ces mêmes polices, souvent dans une autre section de leurs conditions générales, excluent généralement de leurs garanties les risques épidémiques ou pandémiques. Autrement dit, les pertes d'exploitation résultant d'une fermeture administrative sont couvertes, sauf si cette fermeture est elle-même motivée par une pandémie. Or ce second obstacle est plus difficile à surmonter car, en raison de leur nature systémique, la pandémie est extrêmement difficile à mutualiser.

L'exclusion du risque pandémique doit-elle être prévue dans la police ou est-elle sous-entendue ?

A mon sens, la question mérite d'être posée lorsqu'un risque est totalement réfractaire à la mutualisation et si l'on considère que cette mutualisation est inhérente, non seulement à l'opération d'assurance, mais également au contrat d'assurance dont elle serait un critère de qualification. Je ne me prononcerai évidemment pas sous l'angle actuariel, mais j'observe que, notamment pour le Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), **la mutualisation des risques** est plutôt étrangère à la qualification du contrat d'assurance.

Par conséquent, le fait que la mutualisation du risque soit difficile, voire impossible, ne le rendrait pas inassurable sous l'angle juridique. Seul l'ordre public ou une loi pourrait en disposer autrement, comme à propos **du risque de guerre**, réfractaire aux lois de la statistique, dont l'article L. 121-8 du Code des assurances se contente toutefois de présumer l'éviction des garanties contractuelle.

S'agissant du **risque pandémique**, aucune disposition légale n'impose ni ne présume une telle éviction. Partant, il incombe aux assureurs de la prévoir conventionnellement, à moins qu'ils ne consentent à couvrir ce risque en palliant les carences de sa mutualisation. Dans le cas contraire, largement majoritaire, la police « **à périls dénommés** » doit s'abstenir d'énoncer la pandémie parmi les événements garantis, et la police « **tout risque sauf** » doit l'exclure formellement. A défaut, l'assureur serait tenu de couvrir les conséquences de la pandémie.

A priori, certaines compagnies découvrent aujourd'hui qu'elles n'ont pas formellement exclu le risque pandémique et tentent de raccrocher celui-ci à **des exclusions** au libellé plus ou moins compréhensif. A cet égard, je rappellerai que, **sous peine de nullité**, une exclusion de garantie ne doit pas seulement être rédigée en « caractères très apparents », elle doit aussi être « limitée » sur le fond^[1]. Dans le doute, un juge pourrait être amené à **interpréter les clauses litigieuses** en recherchant la commune intention des parties. Pour ce faire, notons qu'il serait guidé par des directives légales, dont un principe de cohérence (Code civ., art. 1189) et, ultimement, une interprétation favorable à l'assuré (Code civ., art. 1190).

Comment analysez-vous les versements forfaitaires que certains assureurs proposent aujourd'hui à leurs clients professionnels pour compenser leurs pertes d'exploitation ?

Rien ne s'oppose à ce qu'un assureur promette à ses assurés, à **titre exceptionnel** et en marge de leur contrat d'assurance, un tel versement forfaitaire. Je m'interroge toutefois sur la force obligatoire de ces « gestes » commerciaux ou solidaires qui ne découlent pas du contrat d'assurance mais de la seule volonté des assureurs. Concrètement, dans quelle mesure ces derniers sont-ils engagés et dans quelle mesure leurs assurés peuvent-ils en réclamer l'exécution ?

Évidemment, si le contrat d'assurance n'exclut pas **le risque pandémique** et que **la garantie pertes d'exploitation** est alors applicable, la promesse d'un versement forfaitaire ne peut se substituer à cette garantie sans l'accord du souscripteur. En effet, une telle substitution correspondrait juridiquement à **une novation**. Or celle-ci ne peut produire d'effet que si les parties expriment clairement leur intention de nover, c'est-à-dire leur volonté de renoncer à une obligation et lui substituer une nouvelle (Code civ., art. 1330).

Au cas particulier, les assurés préféreraient-ils le versement immédiat d'une somme forfaitaire au règlement plus lointain et incertain d'une indemnité d'assurance ? Encore faudrait-il qu'ils fussent clairement informés de cette alternative.

[1] C. ass., art. L. 112-4, *in fine*.

