

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS**CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

P.-G. Marly, Covid-19, Assurance-0 ? Libre propos sur la couverture des pertes d'exploitation liées à la crise sanitaire, bjda.fr 2020, n° 68.

**Covid-19, Assurance-0 ? Libre propos sur la couverture
des pertes d'exploitation liées à la crise sanitaire**

Pierre-Grégoire Marly

Professeur agrégé des Facultés de droit
Doyen honoraire de la Faculté du Mans
Directeur du Master de droit des assurances

Coronavirus – Assurance pertes d'exploitation

Dès le début de la crise sanitaire, de nombreuses voix s'élevèrent pour reprocher publiquement aux assureurs de ne pas couvrir les pertes éprouvées par les entreprises en raison des mesures d'urgence destinées à éviter la propagation du virus. Le grand public découvrit à cette occasion l'expression « *pertes d'exploitation sans dommage* », propre à l'idiome assurantiel, et dont les journalistes non spécialisés négligent parfois le sens. Depuis, la polémique n'a cessé d'enfler et quelques précisions d'ordre juridique ne sont sans doute pas superflues.

Au fond, la couverture des pertes d'exploitation liées au Covid-19 achoppe sur deux obstacles : d'une part, ces pertes ne sont pas consécutives à un dommage matériel (I) et, d'autre part, elles sont liées à un risque pandémique (II). Or, ces deux obstacles ne sont pas toujours clairement distingués, d'autant qu'ils apparaissent généralement dans des sections différentes de la police d'assurance.

I) Des pertes d'exploitations non consécutives à un dommage matériel

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.

Sans doute, les expressions usuelles de « dommages matériels » et « dommages immatériels » sont-elles approximatives. Faut-il leur préférer celles de « pertes directes » et « pertes indirectes » ? De même que le droit de la responsabilité civile dissocie le dommage (*i.e.* la lésion d'une chose ou d'un corps) du préjudice (*i.e.* les conséquences de cette lésion)¹, les

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 12^{ème} éd., 2019, n° 920.

pertes désigneraient ici les conséquences pécuniaires de l'atteinte au bien garanti. Or, ces conséquences pourraient être directes (*e.g.* le coût de la destruction du commerce incendié) ou indirectes (*e.g.* le gain manqué par l'impossibilité d'exploiter le commerce incendié). En toute occurrence, de même qu'il n'est pas de préjudice sans dommage, il n'y aurait donc pas de pertes indemnisables sans atteinte préalable au bien assuré.

Ce raisonnement condamnerait-il la couverture des pertes d'exploitation sans dommage et, plus généralement, la garantie de « *dommages immatériels non consécutifs à des dommages matériels* » ? A l'analyse, rien n'empêche juridiquement l'assureur d'un bien de s'en émanciper pour couvrir à la marge des pertes pécuniaires qui ne seraient pas liées à celui-ci. Une telle couverture est cependant rare, en raison notamment de l'identification délicate du fait générateur des pertes couvertes. En effet, à défaut d'atteinte au bien assuré, des pertes d'exploitation peuvent résulter de contingences extérieures (*e.g.* des travaux condamnant la voie où se situe un commerce) autant que du comportement de l'assuré (*e.g.* des fautes de gestion du commerçant). Généralement combinées, ces diverses circonstances plus ou moins objectives peuvent questionner sur l'origine aléatoire du sinistre.

Il est toutefois loisible de restreindre le champ des possibles en liant au bien assuré les pertes d'exploitation sans dommage. De fait, ce bien peut causer des pertes tout en restant lui-même indemne. Ainsi, l'établissement qui fait l'objet d'une fermeture administrative est matériellement intact, quoique cette fermeture occasionne inmanquablement une perte de chiffre d'affaires pour son exploitant. Si ce dommage immatériel (*i.e.* la perte financière) n'est donc pas consécutif à un dommage matériel (*i.e.* la destruction de l'établissement), il n'en résulte pas moins d'un élément objectif affectant l'objet assuré (*i.e.* la fermeture de l'établissement). Dans ces conditions, auxquelles répondent les entreprises actuellement confrontées aux mesures d'urgence sanitaire, la couverture des pertes d'exploitation sans dommage se conçoit plus aisément.

Reste que, généralement, les polices offrant cette couverture excluent dans le même temps les conséquences de risques pandémiques ou assimilés. Autrement dit, elles garantissent les pertes d'exploitation résultant d'une fermeture administrative, sauf si celle-ci est justifiée par un contexte pandémique.

Si les pertes liées au Covid-19 échappent à l'assurance, c'est donc peut-être moins par leur caractère « *non consécutif à un dommage matériel* » que par le lien causal qui les unit à la catastrophe sanitaire. Certes, ce lien n'est pas immédiat puisque les conséquences du virus sont d'abord humaines et extrapatrimoniales. Mais, un peu plus loin dans la chaîne de causalité, apparaissent les mesures destinées à éviter la propagation de ce virus, dont la fermeture de nombreux établissements commerciaux.

II) Des pertes d'exploitations liées à un risque pandémique

La nature systémique du risque de pandémie ne compromet pas seulement la couverture des pertes d'exploitation, elle contrarie plus généralement la technique de l'assurance qui procède par mutualisation des risques suivant la loi des grands nombres. De fait, tout assureur opère en considération d'une collectivité d'individus exposés à des risques suffisamment homogènes, dispersés et divisés. En particulier, le critère de dispersion suppose une faible corrélation des risques saisis qui ne doivent pas advenir concomitamment au même endroit. Quant au critère de division, il requiert qu'à lui seul un sinistre ne puisse menacer la mutualité ainsi formée. Or, par nature, les risques épidémiques, et plus largement les risques catastrophiques

(catastrophes naturelles, actes terroristes...), satisfont difficilement ces deux critères. En outre, l'absence ou la rareté des statistiques les concernant nuit à l'établissement d'un tarif fondé sur la probabilité que survienne l'évènement garanti et le coût moyen des pertes en résultant.

Faut-il en déduire que le risque pandémique est *per se* inassurable, que son exclusion est sous-entendue et opposable sans qu'il soit nécessaire de la mentionner contractuellement ?

La question mérite d'être posée lorsqu'un risque est totalement rétif à la mutualisation et si l'on estime que cette technique est inhérente, non seulement à l'opération, mais également au contrat d'assurance dont elle constituerait un critère qualificatif. Reste que, pour la CJUE du moins², la mutualisation serait un élément étranger au contrat d'assurance. Partant, le fait que cette mutualisation soit difficile, voire impossible, ne rendrait pas le risque concerné inassurable sous l'angle juridique. L'assureur qui consentirait à couvrir un tel risque devra alors compléter ou suppléer les carences de sa mutualisation, notamment en le transférant directement ou indirectement auprès des marchés financiers³. C'est ainsi qu'en matière de risques catastrophiques, les (ré)assureurs peuvent émettre des titres obligataires dédiés, les fameux *catbonds*⁴.

Le législateur peut également intervenir en rendant obligatoire la couverture d'un risque dont il organise spécialement la prise en charge avec le soutien de l'État. Tel est le cas du régime applicable aux catastrophes naturelles qui repose en partie sur la solidarité nationale⁵. Il peut encore imposer ou présumer l'éviction d'un risque des garanties contractuelles, comme il l'énonce à propos du risque de guerre⁶.

Le risque de pandémie, quant à lui, ne fait l'objet d'aucune disposition équivalente, et la création d'un régime d'assurance contre les risques sanitaires est aujourd'hui à l'état embryonnaire. Dans ces circonstances, il incombe donc aux assureurs d'écartier conventionnellement ce risque s'ils n'entendent pas en couvrir les conséquences pécuniaires. Pratiquement, les polices « à périls dénommés » doivent s'abstenir d'énoncer la pandémie parmi les événements garantis, tandis que les polices « tout risque sauf » doivent l'exclure formellement.

Rappelons que, sous peine de nullité, une telle exclusion doit être « limitée » sur le fond⁷ et libellée en « caractères très apparents »⁸. A défaut d'avoir pu viser spécifiquement le Covid-19, certains contrats en cours exclut parfois *ad litteram* le risque de pandémie quand d'autres n'y font pas même allusion. Dans le doute, un juge pourrait être amené à interpréter la clause litigieuse en recherchant la commune intention des parties. Dans cette entreprise, rappelons

² Not. CJUE, C-584/13, 16 juillet 2015 (points 41 et 44)

³ P. Sicard, *Risques d'assurance et risques financiers*, Rev. Eco. Fin., 2005, n80, p. 15.

⁴ Cf. L. Chatain-Autajon, *Les obligations-catastrophe*, Bull. Joly Sociétés, 2008, n° 4, p. 347.

⁵ C. ass., art. L. 125-1 et s.

⁶ C. ass., art. L. 121-8.

⁷ C. ass., art. L. 113-1, al. 1.

⁸ C. ass., art. L. 112-4, *in fine*.

qu'il est guidé par des directives légales, dont un principe de cohérence⁹ et, ultimement, une interprétation favorable à l'assuré¹⁰.

A supposer que l'exclusion du risque pandémique soit avérée, rien ne s'oppose à ce que l'assureur promette exceptionnellement à ses clients professionnels un versement forfaitaire destiné à compenser leurs pertes d'exploitations liées au contexte sanitaire. Des « gestes » en ce sens se sont d'ailleurs multipliés récemment, suscitant pour le moins la controverse. La force obligatoire de ces gestes interroge le juriste : si elle ne procède du contrat, peut-elle s'autoriser du seul engagement unilatéral de leurs auteurs ? Concrètement, dans quelle mesure les assurés destinataires peuvent-ils en réclamer l'exécution ?

En revanche, si le contrat n'exclut pas le risque pandémique et que la garantie des pertes d'exploitation est alors applicable, la promesse d'un versement forfaitaire ne peut être substituée à cette garantie sans l'accord des souscripteurs concernés. De fait, une telle substitution correspondrait à une novation que la loi définit comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* »¹¹. Or, cette opération ne peut produire d'effet que si les contractants expriment clairement leur intention de nover, c'est-à-dire leur volonté de renoncer à une obligation et lui substituer une nouvelle¹².

Au cas particulier, les assurés préféreront-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...

⁹ C. civ., art. 1189 (cf. anc. art. 1158).

¹⁰ C. civ., art. 1190 (cf. anc. art. 1162).

¹¹ C. civ., art. 1329.

¹² C. civ., art. 1330.