

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

V. Nicolas, *L'article 1170 du Code civil évincé en cas de clauses « pertes d'exploitation » dans un contrat d'assurance ?*, Cycle de conférences : *La substance de l'obligation essentielle*, 13 mai 2024, Cour de cassation, Grand'chambre, *bjda.fr* 2024, n° 94

L'article 1170 du Code civil évincé en cas de clauses « pertes d'exploitation » dans un contrat d'assurance ?

Véronique Nicolas
Professeure de droit privé
Nantes Université

Contrat d'assurance – C. civ., art. 1170 – Obligation essentielle – Multi-garanties fréquentes dans les contrats d'assurance (oui) – Pertes d'exploitation : rappel de sa dépendance à la garantie d'indemnisation principale – Clause particulière – Rôle de l'autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution – Prime d'assurance négociée

L'importance prise en jurisprudence ces dernières années par les assurances de personnes - notamment les assurances de groupe - a pu faire croire un temps à l'absence de difficultés relatives au régime juridique des assurances de dommages. Voilà que la Covid a redonné de la vigueur à ces dernières au travers des garanties dites de « pertes d'exploitation » dans des contrats conclus avec des professionnels, notamment restaurateurs et autres acteurs des métiers de bouche qui, privés de tout chiffre d'affaires – du moins s'ils respectaient la fermeture imposée lors des confinements -, sollicitèrent de leur assureur - en plus des aides étatiques - la mise en œuvre de cette clause contenue dans leur contrat d'assurance de biens¹. N'ayant pas toujours obtenu gain de cause, ils agirent sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, sans grand succès² dans un premier temps³.

¹ A. Touzain A., Garanties des pertes d'exploitation et Covid-19 : l'épilogue ?, *JCP E*, 2023, p.1020 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2022, n° 21-19.341 et Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2022, n° 21-1.392 ; D. Noguéro, Exclusions de risque en période de pandémie, in *Le Printemps de l'assurance*, Université Paris Dauphine-PSL et ENSAE Paris 2^e éd., 16 juin 2023.

² D. Houtchief D., Assurance des pertes d'exploitation « covid » : n'appellez pas la police au secours ! (CA Versailles, 13 avr. 2023, n° 21/04969, n° Lexbase : A45719QD, *JCP E*, La lettre juridique, Ed., 18 mai 2023, n°946.

³ Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2022, n° 21-19341, n° 21-19342, n° 21-19.343, n° 21-15392, n° 21-19342, *Dalloz Actualité* 16 déc. 2022, obs. S. Porcher, *D.* 2022, p. 2222, *ibid.* 2023, p. 915, chron. F. Jollec, C. Bohnert, S. Ittah, X. Pradel, C. Dudit et J. Vignerat, *ibid.* p. 1142, obs. R. Bigot, A. Cayol, D. Noguéro et P. Pierre.

Ces échecs initiaux expliquent sans doute la tentative menée devant nos hauts magistrats sur un autre terrain juridique : celui du nouvel article 1170 du code civil créé par l'Ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du code civil en droit des obligations⁴. Pour mémoire, cette disposition prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non-écrite ». Dans un arrêt du 12 octobre 2023⁵, le juge a donc dû aussi se prononcer sur l'applicabilité de ce texte de droit commun - quoique associé à l'article L. 113-1 du code des assurances -, aux clauses de pertes d'exploitation, dispositions de droit spécial s'il en est. Rappeler la célèbre maxime juridique *specialia generalibus derogant* selon laquelle les lois spéciales dérogent aux générales s'imposait à nos hauts magistrats n'ayant pas manqué d'y procéder.

Pour autant, cet arrêt de rejet présente un intérêt relatif à la notion et la portée des clauses dites de « pertes d'exploitation ». Sur ce dernier aspect, il convient de se réjouir de l'attention ainsi portée à celles-ci dont le particularisme mérite d'être davantage souligné d'autant qu'elles sont parfois rebaptisées pour des raisons commerciales, de manière sans doute maladroite de la part des assureurs : « pertes financières » ayant pu semer le trouble parmi des assurés de bonne foi. Les « pertes d'exploitation » selon le jargon de la pratique n'engendrent pas une prise en charge par un assureur de toute perte financière dans toute circonstance, loin s'en faut. Et cette clause contractuelle ne saurait être analysée, au plan juridique, comme parmi n'importe quelle autre en droit commun et même comme d'autres dispositions d'un contrat d'assurance.

Par conséquent, l'approbation de cet arrêt ne résulte pas du seul constat de rejet de l'application de la notion d'obligation essentielle faisant déjà l'objet de (trop ?) nombreuses décisions lui octroyant une audience supérieure à ce qu'il mérite. L'arrêt n'expose pas ce qu'est une clause de « perte d'exploitation » car ce n'est pas son rôle mais il justifie divers rappels relatifs à ces clauses comme au contrôle de l'activité d'assurance (I). Et la vertu de cette décision réside aussi voire surtout dans la distance semblant avoir été prise par nos hauts magistrats par rapport à la sanction, rude, du réputé non-écrit, attitude indispensable en droit des assurances, activité économique au processus spécifique de fixation des primes d'assurance contrepartie d'une situation impossible à connaître avec précision en amont (II).

I) L'évitement légitime de l'article 1170 du Code civil eu égard au contexte technique

L'influence de la jurisprudence antérieure - confinant à la saga dite Chronopost puis Faurecia - sur le nouvel article 1170 du code civil issu de l'Ordonnance du 10 février 2016 n'est plus à démontrer. Les aspects choquants de ce type de contrats, dénoncés par une large partie de la doctrine à l'époque, expliquent l'adoption, lors de l'Ordonnance du 10 février 2016, de cet article 1170 du code civil instaurant la notion d'obligation essentielle. Pour autant, la plus grande prudence s'impose à l'égard de tout raisonnement *mutatis mutandis* avec des contrats spéciaux non seulement d'un point de vue juridique strict mais *a fortiori* dans le cas de clauses de pertes d'exploitation ayant une réelle spécificité. Pour le prouver, l'exposé de ce que sont ces clauses s'impose même si elles ont déjà une certaine ancienneté. Pourtant, elles demeurent mal, voire pas assez connues (A). Si elles peuvent être sources d'abus ou de dérive par opacité,

⁴ N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 571, 2016 ; Ch. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 509, 2009.

⁵ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, FS-B, n° 22-13759, *JCP G* 2023, p. 1330, note A. Pimbert ; *Resp. civ. et assur.* 2023, comm. 297, V. Tournaire ; D. Noguero., Pertes d'exploitation : le droit spécial de la clause formelle et limitée écarte l'obligation essentielle, *Dalloz Actualité*, 12 juill. 2024.

toute méfiance automatique n'apparaît pas opportune, car, comme sur le reste du contrat d'assurance, l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution veille : l'activité d'assurance n'est pas une activité commerciale comme n'importe quelle autre (B).

A) La rare spécificité des clauses de « pertes d'exploitation »

Certains contrats d'assurance de dommages aux biens et de responsabilité comportent une clause prévoyant en plus d'une autre garantie la prise en charge des pertes d'exploitation. Son appellation le suggère : l'assuré doit être un exploitant ; il doit avoir une activité économique. La garantie « pertes d'exploitation » ne se rencontre pas dans des contrats d'assurance conclus avec des particuliers pour leurs risques personnels. En revanche, tout entrepreneur devrait *a minima* réfléchir à la grande utilité d'ajouter à son contrat d'assurance de dommages et de responsabilité une clause « pertes d'exploitation » s'il peut subir un dommage issu notamment d'un cas de force majeure venant paralyser son activité. Un entrepreneur, un commerçant disposant de bâtiments, bureaux, ateliers ou autres, peut être victime de la foudre, d'un incendie fortuit voire d'un acte malveillant ou de tout autre événement de ce type.

Si ce professionnel est souvent assuré pour les dommages directs causés aux biens endommagés ou détruits, il ne l'est pas pour les conséquences de la survenance de telles circonstances, c'est-à-dire pour la période – parfois longue : plusieurs mois - pendant laquelle toute exploitation de son activité sera exclue en raison de la réalisation des travaux indispensables. Outre l'absence de chiffre d'affaires réalisé, l'employeur devra supporter une partie de la mise au chômage technique au moins partielle voire totale de ses salariés s'il en a, sans compter les demandes d'indemnisation ou procès effectués par ses clients mécontents par exemple de retards dans l'exécution de leurs commandes. Encore ne s'agit-il là que d'exemples fréquents sans prétendre à l'exhaustivité.

Il en découle, au plan juridique, deux aspects majeurs caractérisant une garantie « pertes d'exploitation ». Passons vite sur la première, c'est-à-dire le constat du caractère souvent accessoire d'une telle clause pouvant cependant s'avérer parfois « essentielle » en volume... d'indemnisation potentielle même si cette hypothèse n'est pas la plus fréquente. Le second point - le plus important au plan juridique - réside dans la dépendance, par nature, par essence... de toute clause « pertes d'exploitation » à la garantie initiale, celle-ci représentant la condition de leur mise en œuvre. Un contrat « pertes d'exploitation » autonome n'existe pas ; il consiste nécessairement en une clause adjointe à une autre garantie antérieure conclue par un professionnel. Et les pertes financières constatées doivent résulter de la survenance d'un événement ayant endommagé ou détruit le ou les biens immobiliers ou mobiliers indispensables à l'activité de l'entreprise. Une sorte de fusion existe entre les deux.

Néanmoins, les clauses « pertes d'exploitation » pourraient faire l'objet d'abus par insuffisance de garantie comme il le fut prétendu par divers professionnels de la restauration désireux d'obtenir de leur assureur une indemnisation pour absence de chiffre d'affaires lors des confinements décidés par l'Etat au moment de l'épidémie de Covid 19. Cette éventualité ne saurait surtout pas être exclue par principe. Cependant, outre qu'elle est fondue dans la garantie principale, n'oublions pas le particularisme de l'activité d'assurance, seul secteur des affaires, avec le domaine bancaire, à être sujet à des contrôles souvent inopinés par l'Autorité de Contrôle Prudentielle et de Résolution (ACPR), sur tous les aspects qu'elle juge utile de vérifier, aussi souvent qu'elle le décide.

B) Le rôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

L'Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance a eu pour mission de créer une Autorité administrative indépendante : l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution à l'acronyme simple et logique d'ACPR. La date de ce texte en disait déjà long...et les entreprises ne manquent pas de témoigner de la réalité de son travail à ne pas sous-estimer. Cette création n'en est qu'une pour partie car, par le passé, diverses institutions exerçaient déjà certaines missions du même type. Ainsi au cours des années mille neuf cent quatre-vingt notamment, l'ancienne Direction des Assurances au sein du Ministère de l'Economie et des Finances vérifiait nombre de contrats d'assurance, spécialement lors du renouvellement des contrats d'assurance de groupe. A l'époque, les assureurs envisageant de développer un nouveau contrat sur le marché devaient le faire avaliser par cette autorité.

Cependant, la crise financière mondiale de 2008 avait démontré la nécessité de renforcer les exigences et les vérifications effectuées à l'époque. La loi dite de modernisation de l'économie (LME) vite adoptée poursuivait ce but. Ce texte avait permis de laisser le Gouvernement procéder au rapprochement des autorités d'agrément et de contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance en raison de l'entrelacement de liens de toutes sortes existant entre ces deux activités économiques gérant des sommes élevées. Plus encore, ce texte à l'origine de la création de l'ACPR, a renforcé ses pouvoirs et organisé son fonctionnement afin de garantir une meilleure stabilité financière. Peu connue - pas assez - du public et même de nombre de professionnels y compris de grandes entreprises, le champ d'intervention de l'ACPR est pourtant extrêmement vaste. Pour résumer car là se situe pas le cœur du présent propos, tout élément, tout aspect de la vie des entreprises d'assurance peut faire l'objet de lourdes et strictes vérifications et sanctions.

Encore une fois, ce rappel n'entend en rien suggérer l'inutilité ou l'impossibilité de toute action en justice. Si les interventions de l'ACPR peuvent s'effectuer à tout moment, sur tous les aspects et il n'est pas excessif de constater son pointillisme et la pression exercée, elle n'a pas la capacité de tout voir en dépit de cette rigueur extrême. Le but consiste seulement à se demander si les abus consistant à exiger le règlement d'une prime d'assurance sans contrepartie ne sont pas inconcevables même s'ils sont *a priori* moins aisés à réaliser que d'autres supercheries dans d'autres domaines de la vie des affaires. Par ailleurs, prétendre une garantie vide de toute substance suppose un minimum de démonstration tangible et de rationalité consistant à comparer la portion de prime affectée à la garantie perte d'exploitation en fonction de la garantie principale proposée. Dans tout contrat synallagmatique, une comparaison s'effectue entre la prestation promise et le coût demandé : le contrat d'assurance mérite la même rigueur juridique justifiant sur ce point l'évitement juridique de l'article 1170 du code civil.

II) L'évitement juridique de l'article 1170 du Code civil

En marge du feuilleton Chronopost et Faurecia, le particularisme des clauses de pertes d'exploitation dans certains contrats d'assurance exige une alerte en raison de tentatives pour

faire admettre la similitude de ce type de clauses à n'importe quelle autre⁶. Si un contrat d'assurance est aléatoire et peut donc en définitive s'avérer déséquilibré, il demeure qu'au moment de sa conclusion sa composition, ses limites sont connues des parties. Parmi celles-ci figure au premier chef le montant de la prime d'assurance en fonction des garanties, plus ou moins étendues, choisies par l'assuré. Convient-il de redire qu'aucun contrat d'assurance n'offre une prise en charge à l'infini ni en droit français, ni sous d'autres législations dans le monde (A) en raison de l'impossibilité d'une telle exigence ?

Il a ainsi été souligné la rareté des contrats⁷ et surtout des contrats d'assurance de dommages - tels ceux au cœur de ce contentieux -, ne comportant qu'une seule obligation principale, la seule pouvant mériter le qualificatif d'essentielle⁸ sans hésitations possibles. Plus encore, l'affirmation de clauses limitatives de réparation, prétendues dérisoires et bafouant l'engagement adopté en le vidant de sa substance impose une démonstration précise. Car telle garantie d'un contrat d'assurance peut se révéler réduite parce que l'appel de primes correspondant fut lui-même modeste. Le vendeur de sécurité qu'est l'assureur, personne privée, peut avoir fixé un tarif un peu élevé pour un risque majeur tout en effectuant un effort financier sur tel autre en pariant sur la faible probabilité annoncée par les actuaires de survenance de l'événement envisagé de manière très précise comme en l'espèce. (B). L'activité consiste en des prises de risques permanents. La prudence dans l'analyse s'impose donc et des vérifications exactes aussi.

A) Des garanties négociées toujours limitées

Que des avocats aient tentés d'assimiler garantie réduite à une absence totale de garantie est de bonne guerre. Mais souvent le menu à 12 euros est moins savoureux ou copieux que celui à 50 euros... Pour autant, le petit menu sommaire n'est ni inexistant, ni dérisoire : *a minimum* chaque situation doit-elle être examinée. Même sur le terrain de la notion de cause d'avant l'Ordonnance du 10 février 2016, la modeste prestation offerte ne permettait nullement de conclure à son absence, c'est-à-dire à sa nullité. Sans nul doute ne faut-il pas exclure toute circonstance dans laquelle un assureur peu scrupuleux aurait « vendu » une garantie sans portée réelle : encore convient-il d'en fournir la preuve comme toute affirmation en droit. Une extension de garantie « pertes d'exploitation peut avoir été jointe à titre commercial, sans réel appel de primes supplémentaires.

Plus encore, une clause de « pertes d'exploitation » ne correspond pas à n'importe quelle clause. Or, l'article 1170 du code civil vise « toute clause » ; son périmètre est vaste. Il concernerait donc en matière de contrats d'assurance – si l'on ne se limitait pas au seul droit commun – des dispositions presque antagonistes. Ainsi, en droit spécial des assurances, « toute clause » renverrait à la fois à celle constituant une limitation de garantie comme à celle instituant une extension de garantie. Un obstacle majeur se dresse aussitôt : le régime juridique applicable à l'une et à l'autre n'est pas identique. Et telle est l'hypothèse des « pertes d'exploitation » offrant une prise en charge potentielle plus large quoique non infinie. Pour ces seules raisons et tant

⁶ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, n° 22-13759, *JCP G* 2023, p. 1330, note A. Pimbert, *Resp. civ. et assur.* 2023, comm. 297, V. Tournaire.

⁷ O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis 2^e éd., 2018, p. 334.

⁸ V. Nicolas, Multiplicité d'obligations essentielles potentielles dans un contrat d'assurances, *Resp. civ. et assur.* 2024, n° 9, chron. n°7.

d'autres, la Cour de cassation ne pouvait manquer de rappeler la règle essentielle...scindant le droit commun des droits spéciaux : *specialia generalibus derogant* : le droit spécial déroge au droit commun.

Enfin, si des restaurateurs ou toute autre catégorie professionnelle ne sont pas des spécialistes de l'assurance, tous ne sont pas des béotiens absolus : ils ont une pratique de la négociation des tarifs dans leurs achats de denrées par exemple. Les contrats d'assurance concernés en l'espèce ne sont pas des contrats de masse, des contrats de pure adhésion : des discussions, limitations souhaitées par l'assuré sont fréquentes fort heureusement. Un contrat d'assurance de dommages n'est pas un fonds de garantie, lequel a d'ailleurs ses propres limites en fonction du dommage réellement subi ou de la valeur réelle du bien endommagé, détruit ou perdu. A défaut d'une telle conscience contractuelle, toute garantie dans un contrat serait essentielle et tomberait sous le coup de l'article 1170 du code civil. Or, la volonté du législateur n'a jamais été celle-là. Par conséquent, la prudence doctrinale est de bon aloi d'autant que les sanctions envisagées ne sont pas mineures.

B) Les sanctions issues de l'article 1170 du Code civil

Ce que tout assureur redoute sans doute le plus s'entend de la sanction consistant à réputer non-écrite une clause de ses contrats. Au risque de proférer de nouvelles évidences pour les spécialistes, un assureur ne peut pas, en cours d'année ou de contrat dépassant cette durée, ajuster ses primes comme le ferait par exemple le vendeur d'un bien quelconque lors du constat d'une inflation galopante. Le contrat d'assurance n'est pas un contrat instantané mais d'une certaine durée. L'assureur est contraint de calculer ses charges pour l'année à venir avant le début de celle-ci et les surprises pouvant survenir. L'activité d'assurance est soumise à de diverses incertitudes comme de nombreux aléas. Or, ses résultats doivent être équilibrés sur le plan comptable, économique et juridique comme n'importe quelle autre activité commerciale : nul regret, nulle plainte dans ce pur constat.

Cependant, toute perturbation factuelle d'une certaine importance par rapport aux prévisions actuarielles et toute évolution jurisprudentielle peu prévisible engendrant un contentieux accru peut mettre en péril son équilibre financier en dépit de l'existence de provisions imposées. Au plan jurisprudentiel, la doctrine a déjà pu souligner la gravité de la sanction du réputé non-écrit, imprescriptible⁹ et opérant de plein droit sans avoir à saisir le juge. Il a déjà été rappelé les dix ans de jurisprudence délicate à propos de la sanction s'appliquant à une clause « réputée non-écrite » dans le cadre des clauses dites *claim's made*¹⁰ rencontrées même dans des contrats conclus par l'Etat dans le secteur de la santé au moment des difficultés avec les transfusions sanguines...Et n'oublions pas la mutualisation du risque aux conséquences sur l'ensemble des personnes assurées pour celui-ci surtout dans le cadre d'assurances de responsabilités obligatoires.

⁹ Cass. 1^{re}, civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, *RGDA* juin 2019, 22, note A. Pélissier.

¹⁰ Nicolas V., « Multiplicité d'obligations essentielles potentielles dans un contrat d'assurances », *RCA* n°9 septembre 2024, chro. n°7.