



Atelier #A3

Jeudi 08 Février 2018 – 9h15

VRAIS ET FAUX AMIS DANS LES POLICES D'ASSURANCE, WORDING : LE RISQUE (ET LE COÛT) DE LA VIRGULE



INTERVENANTS

Modérateur:

Christine GFELLER

Directeur des Risques Corporate

Arc HOLDINGS



Intervenants :

Christophe PARDESSUS

Membre du Comité Exécutif

MARSH



Christophe ADRIEN

Avocat Associé

ADRIEN & Associés



INTRODUCTION

LES EXCLUSIONS

LE RISQUE D'ENTREPRISE ET LES RISQUES D'ENTREPRENDRE ...

LES EXCLUSIONS

Rappel :

- Article L. 113-1 du code des assurances : « **formelles et limitées** »
- Jurisprudence : une clause qui doit être **interprétée** ne peut être formelle et limitée
(Cass civ 1^{ère}, 22 mai 2001, Bull Civ I, n° 140)
- Article L. 112-4 du code des assurances : « **en caractères très apparents** »

SANCTION : défaut de validité

A RETENIR :

Une exclusion de garantie doit :

- se référer à des faits, circonstances, obligations, concepts définis avec **précision**
- et permettre à l'assuré de connaître immédiatement **l'étendue exacte de la garantie**

(Cass Civ 2^e, 18 janv 2006, RCA2006, n° 148)

LA VIRGULE

Impact de la ponctuation dans une exclusion



**Assurance
emprunteur**



**Exclusion
« Incapacité de travail »**



**Accident de
l'Assuré**

LA VIRGULE

Impact de la ponctuation

Exclusion identique avec une variante : la ponctuation :

« *en cas d'atteinte discale ou vertébrale* , : *lumbago, lombalgie, sciatalgie, hernie discale, dorsalgie, cervicalgie, sacrocoxalgie* »

1/ **deux points** : signe de ponctuation qualifié « *d'essentiel* » par la Cour : il prévoit **limitativement** 7 affections définissant l'atteinte discale/vertébrale

→ **clause formelle et limitée**

2/ **virgule** : introduit une liste qui **ne définit plus** l'atteinte discale/vertébrale : selon la Cour, *cette désignation vague ouvre un champ illimité de discussion*

→ **clause NON formelle et limitée**

L'EXCLUSION « INSUFFISANCE DE MOYENS »

Contexte général : Polices de RC professionnelle

Texte usuel : « *Sont exclues les conséquences pécuniaires d'un retard dû à un défaut d'organisation notoire de la part de l'assuré ou à une insuffisance de personnel (...), lorsqu'il est établi que ce défaut d'organisation ou cette insuffisance de personnel a un rapport de cause à effet direct avec les dommages allégués* ».

Points de vue

Assureur : Ne pas palier
les faiblesses de
l'organisation interne de
l'assuré

Assuré : Distinction entre
insuffisance voulue et
insuffisance subie

L'EXCLUSION « INSUFFISANCE DE MOYENS »

PROPOSITION DE REDACTION DE CLAUSE

« LES CONSEQUENCES PECUNIAIRES RESULTANT D'UN RETARD APORTE DANS LA FOURNITURE D'UN PRODUIT, MATERIEL OU PRESTATION DE SERVICE, OU DE LA NON-FOURNITURE DE CEUX-CI, sauf lorsque le retard ou la non-fourniture résulte :

- d'un **événement aléatoire indépendant de la volonté de l'assuré** et ne mettant pas en cause la qualité de son organisation
- de l'indisponibilité de l'ingénieur chargé du projet lorsque cette indisponibilité est due à un accident, maladie ou au décès de celui-ci
- d'une erreur ou omission commise dans les différentes opérations ou tâches nécessaires à l'exécution de la prestation »

Cass. civ. 2^e, 3 juillet 2014 (N° 13-20.572) (et dans la même affaire : Cass.civ. 2^e, 8 juin 2017 (N° 16-20.097)

L'EXCLUSION DES ENGAGEMENTS AGGRAVANTS ET EXORBITANTS DU DROIT COMMUN

Exemple : pénalités contractuelles (caractère forfaitaire)

Danger pour l'assuré :

Comment maîtriser la portée de cette exclusion pour éviter qu'elle ait un caractère systématique ou trop large ?

L'EXCLUSION DES ENGAGEMENTS AGGRAVANTS ET EXORBITANTS DU DROIT COMMUN

Recommandation :

l'exclusion ne devrait s'appliquer qu'à la fraction du préjudice excédant le préjudice réellement subi.

PROPOSITION DE REDACTION DE CLAUSE

« SONT EXCLUES LES PENALITES SUPPORTEES PAR L' ASSURE EN VERTU D'UN CONTRAT, POUR LA FRACTION EXCEDANT LE PREJUDICE RÉEL SUBI PAR UN TIERS, ÉTANT ENTENDU QUE L'ENGAGEMENT DE L'ASSUREUR NE S'EXERCE QUE DANS LA LIMITE DE CE PRÉJUDICE »

L'EXCLUSION DES PRODUITS LIVRÉS OU TRAVAUX EXECUTES

Distinction classique entre les :

- dommages causés **au** produit ou aux travaux,
- dommages causés **par** le produit ou les travaux

Quel est votre avis sur les clauses suivantes

?

L'EXCLUSION DES PRODUITS LIVRES OU TRAVAUX EXECUTES

2 Exemples comparatifs

1^{ère} exclusion :

« les frais engagés pour : réparer, parachever, ou refaire le travail, remplacer tout ou partie du produit »

Clause NON formelle et limitée !
→ exclusion INapplicable

Cass Com, 20 oct 2015, n° 14-16371

Dans le même sens :

Cass Civ 3^e, 13 oct 2016, n° 15-13445 et 15-14608

Cass Civ 3^e, 27 oct 2016, n° 15-23841

Cass Civ 3^e, 5 janv 2017, n° 15-26089

2^{ème} exclusion :

« le prix de vos produits et/ou travaux, le coût de leur remplacement, réparation, mise au point, parachèvement »

Clause formelle et limitée !
→ exclusion applicable

Cass Civ 2^e, 2 mars 2017, n° 16-12120

Dans le même sens :

Cass Civ 2^e, 19 nov 2015, n° 14-18009

Cass Civ 2^e, 10 déc 2015, n° 14-18508

Cass Civ 2^e, 19 mai 2016, n° 15-18545

Cass Civ 3^e, 29 sept 2016, n° 14-16248

Cass Civ 3^e, 2 février 2017, n° 15-21063

A RETENIR :

Période d'incertitude en matière d'exclusion produits livrés/travaux exécutés

POLICE GROUPE ET POLICE LOCALE

« **OCCURRENCE** » (Police US)
→ **FAIT DOMMAGEABLE** (Police FR)

Marché US : l'évènement peut être caractérisé par des dommages de nature différente, survenus à des périodes différentes

Marché français : l'évènement est défini par *la somme de tous dommages ou pertes causés par un seul fait dommageable*

Définition du **fait dommageable** : article L 124-1-1 code des assurances :

« *Le fait dommageable est celui qui constitue la **cause génératrice** du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la **même cause technique** est assimilé à **un fait dommageable unique*** »

A RETENIR pour le marché français :

Si la cause technique est identique, il n'y a qu'un seul évènement :
Globalisation (une seule franchise, un seul plafond)

« OCCURRENCE » (Police US) → FAIT DOMMAGEABLE (Police FR) Exemple : occupation de site par des grévistes



Occupation de site prolongée / Atteinte aux biens de l'entreprise / risques pour les tiers
→ Plusieurs **dommages** de différente nature, survenus à des moments différents, par des individus et suivant des modes opératoires différents (incendie, pollution, vandalisme, vols, dégâts des eaux ...)

PROBLEMATIQUE :

- (US) >> plusieurs évènements possibles, donc plusieurs franchises et plafonds ;
- (FR) >> cause technique unique et commune ? une seule franchise, un seul plafond ?

Points de vigilance :

- Localisation
 - De l'assureur de la master : en France ? Aux US ?
 - Du lieu du risque
- Articulation du programme entre polices master et locale : DIC ? Reverse DIC ?

ECHANGES AVEC LES PARTICIPANTS



VOS EXPERIENCES - VOS QUESTIONS ?

LES CLAUSES D'INTERET FINANCIER (FINC – Financial INterest Cover)

Rappel :

- Contexte : risques locaux sans garantie locale
- Enjeux : combiner
 - L'exigence de « compliance »
 - Le besoin de couvrir les risques partout dans le monde (risques en « non-admis interdit »)
 - Le pragmatisme : un programme en place, efficace, au coût le plus ajusté possible
- Une possibilité : couvrir l'intérêt financier de la mère (souscripteur)

Points de vigilance

- **Vérifier la légalité localement**
- **Vérifier la fiscalité des indemnités**
- **La « descente » de l'indemnité de la mère vers la fille, le cas échéant (régimes juridique et fiscal)**
- **Possibilité d'un recours subrogatoire de l'assureur après indemnisation**

LES CLAUSES D'INTERET FINANCIER (FINC – Financial INterest Cover)

- Nécessité d'une rédaction attentive mais pas de garantie d'efficacité absolue de ces clauses.
- Solutions au cas par cas.

A RETENIR :

- Fonctionnement en mode « alternatif » : application si impossibilité de couvrir localement
- Montant indemnisable non proportionnel au pourcentage détenu
- Pas un outil d'optimisation fiscale (IS [prix de transfert] ou TCA]

DEFINITION DES GARANTIES : IMPORTANCE DE LA PRECISION

CYBER RISK : GARANTIE PE ET EXCLUSION D'UN POSTE DE PRÉJUDICE

- Contexte général : Assurance Cyber
- Différence entre exclusion d'un poste de préjudice et portée de la garantie Pertes d'Exploitation
- Texte usuel :
*« SONT EXCLUS : [...] SALAIRES/ REMUNERATIONS
LES SALAIRES OU REMUNERATIONS A LA CHARGE DE
L'ASSURE, à l'exception des heures supplémentaires qui vont
au-delà des charges normales d'exploitation. »*

CYBER RISK : GARANTIE PE ET EXCLUSION D'UN POSTE DE PRÉJUDICE

- **Intention légitime des assureurs :**
 - Exclure la main d'œuvre interne de l'assuré en heures normales post-sinistre pour limiter et/ou réduire la perte
 - Calculer la marge brute (garantie PE) sur la même base
- **Point de vue de l'assuré :**
 - Texte nouveau car risque nouveau
 - Ne pas exclure les salaires de la marge brute assurée (garantie PE)
 - les heures du personnel et des dirigeants à réparer un sinistre sont un élément du sinistre (*Cass Com, 12 avril 2016, n° 14-29-484, inédit*)

PROPOSITION DE RÉDACTION DE CLAUSE :

« SONT EXCLUS : [...] SALAIRES/ REMUNERATIONS

LES SALAIRES OU REMUNERATIONS A LA CHARGE DE L'ASSURE, à l'exception des heures supplémentaires qui vont au-delà des charges normales d'exploitation. **Pour l'application de la garantie « Pertes d'Exploitation », les salaires et rémunérations demeurent pris en compte en toute hypothèse au titre du calcul de la marge brute ».**

ÉVÈNEMENT ACCIDENTEL ET PHÉNOMÈNE PROGRESSIF

- Intention Assureurs : couverture uniquement en cas d'évènement **soudain, fortuit et accidentel**, car si **progressif**, l'assuré peut prendre les mesures préventives nécessaires ;
- Problématique Assurés : même si **progressifs**, les dommages surviennent parfois de façon **soudaine** sans possibilité de les prévenir ...

ÉVÈNEMENT ACCIDENTEL ET PHÉNOMÈNE PROGRESSIF

GARANTIES HABITUELLES

DEFINITION DE LA GARANTIE

« **Tous les dommages, détériorations, pertes (...) d'origine soudaine et accidentelle, sauf EXCLUSIONS ...** »

→ cette condition s'applique-t-elle :

- au dommage lui-même ?
- ou à l'origine/cause du dommage ?

EXCLUSIONS

1/ DEFAUT DE CONCEPTION

→ lié à l'origine du dommage :
ex : mauvais calcul de contraintes

2/ DEGRADATION PROGRESSIVE

→ liée aux dommages eux-mêmes :
ex : fissures (quelque soit leur rapidité d'évolution)

3/ SAUF s'il en résulte un dommage non exclu (*ex : rupture de pièces*)

→ **IMPORTANCE DES DEFINITIONS CONTRACTUELLES !**

ÉVÈNEMENT ACCIDENTEL ET PHÉNOMÈNE PROGRESSIF

ACTUALITES – DERNIÈRES NOUVELLES ! **ARRET DU 6 DECEMBRE 2017 (Conseil d'Etat)**

Contexte : **Marché public** : Travaux du tramway de Valenciennes

- **Tassement progressif** devenant **excessif** d'un remblais suite à pose d'un tronçon de voie ferrée
- **Assureur TRC** : **refus de garantie en raison de la définition du sinistre** :
« *toute perte ou dommage matériel survenant de manière **fortuite et soudaine**, ...* »

DECISION :

« *malgré son caractère évolutif, le sinistre était survenu de manière soudaine, en qu'il a excédé le tassement normal attendu d'un tel ouvrage* »

(CE 6 déc 2017, n° 396751, RGDA janv 2018, p 28)

ENSEIGNEMENTS

La référence au caractère progressif est-elle toujours pertinente ?
Le critère de **l'anormalité** du dommage devient-il une condition nécessaire ?
Attention, la jurisprudence de **l'ordre judiciaire** est en sens inverse
(Voir toutefois CA Versailles 15.01.2018 – 15/08040)

MERCI

VOS QUESTIONS ?

***Les propositions/recommandations formulées dans cet atelier ont un objectif pédagogique; elles ne doivent pas être comprises ou interprétées comme constituant un avis juridique pouvant être appliqué dans un cas particulier.
Comme à l'habitude, consultez votre conseil.***

CONCLUSION

- Adapter les clauses à l'activité et au marché de l'assuré
 - Tenir compte des évolutions jurisprudentielles
- Les clauses « *standard* » communément admises ne sont pas infaillibles

MERCI DE VOTRE ATTENTION !

**AVANT DE PARTIR , N'OUBLIEZ PAS DE REMPLIR
L'EVALUATION !**

Soit sur la feuille, à remettre à l'hôtesse à la sortie
Soit directement sur la **WEB APPLI**

Merci : vous participez à l'objectif ZERO PAPIER !

**Les slides seront en ligne dès la semaine prochaine sur
www.amrae.fr**