

AMRAE

Entreprises: Gestion des risques en cas d'évènements exceptionnels

Quentin Charluteau
Associé
01/12/2023

Comment les entreprises peuvent-elles gérer les risques, en matière de coûts et de responsabilité, face aux évènements exceptionnels?

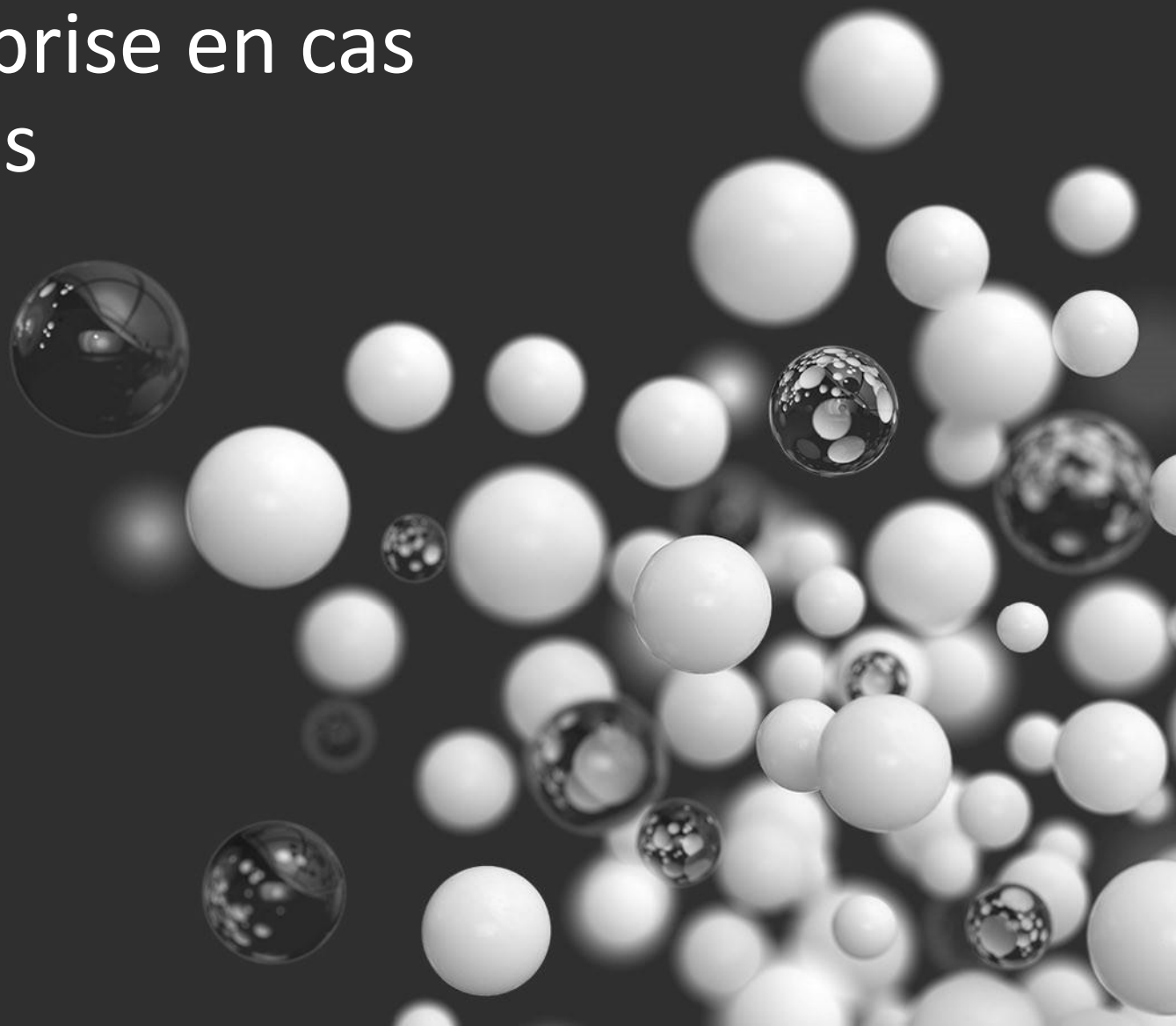
1) La responsabilité de l'entreprise en cas d'évènements exceptionnels

- ☐ Présentation des risques en chiffres
- ☐ Conséquences pour les entreprises: pénalités de retard et clause pénale
- ☐ Les exonérations de responsabilité: force majeure, imprévision et aménagement contractuel

2) La gestion des risques: pratique assurantielle et recours contre les tiers

- ☐ Pertes d'exploitation: assurance et exclusion de garantie
- ☐ Recours possibles contre les tiers
- ☐ Les solutions pratiques: plan de continuité d'activité, chômage partiel, captives et assurance paramétrique

La responsabilité de l'entreprise en cas d'évènements exceptionnels



La responsabilité de l'entreprise en cas d'évènements exceptionnels

Les risques en chiffre

- Emeutes et grève:
 - Emeutes de Juin/Juillet 2023: €730 millions, dont 65% auraient été supportés par les entreprises;
 - Gilets jaunes, 2019: €200 millions;
 - Grèves: entre €200 et €400 millions par jour.
- Crise climatique:
 - Inondations de novembre 2023: entre €250 et €400 millions;
 - Tempêtes Ciaran et Domingo: €1,3 milliards;
 - 2022: €10 milliards au total.
- Crises internationales:
 - Crise sanitaire (Covid-19): 75% des entreprises auraient vu leur activité baisser;
 - Guerre en Ukraine: coûts de l'énergie x3 pour l'industrie, de €15 à €45 milliards.



La responsabilité de l'entreprise en cas d'évènements exceptionnels

Conséquences: les pénalités de retard



Pénalités de retard –
Articles L. 441-10 et
suivants du Code de
commerce

Attention, ces pénalités ne
sont pas des clauses
pénales qui peuvent être
révisées par le juge (*Cass.
com.*, 2 nov. 2011, n°10-
14.677)



- ☐ Librement définies par les parties dans les limites posées par le Code de commerce.
- ☐ Délai max. de paiement en l'absence d'aménagement contractuel = 30 jours après réception des marchandises ou exécution du service.
Dans tous les cas, le délai ne peut dépasser 60 jours après réception de la facture.
- ☐ Elles sont exigibles de plein droit, sans besoin de mise en demeure préalable.
- ☐ Le taux légal applicable en l'absence de taux d'intérêt stipulé au contrat est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage, soit 14,5% depuis septembre 2023.
Dans tous les cas, le taux d'intérêt prévu par les parties ne peut pas être inférieur à 3x le taux d'intérêt légal, soit 12,66% (3x4,22%).

La responsabilité de l'entreprise en cas d'évènements exceptionnels

Conséquences: les clauses pénales

Clause pénale – Article 1231-5 du Code civil



- ❑ Fixent par avance le montant des dommages-intérêts dus par l'une des parties en cas d'inexécution de ses obligations.
- ❑ Modifiables par le juge, même d'office, lorsqu'elles sont jugées manifestement excessives ou dérisoires.

Appréciation du déséquilibre de la clause en fonction du préjudice réellement subi par la créance de l'obligation non-exécutée ou partiellement exécutée (Com., 4 Novembre 2021, n° 15-17.479).

- ❑ En cas d'exécution partielle, le juge peut aussi moduler l'application d'une clause pénale à proportion de l'exécution.
- ❑ Les pouvoirs du juge sont d'ordre public et les parties ne peuvent pas y renoncer dans le contrat.
- ❑ La clause pénale ne peut être mise en œuvre qu'après mise en demeure du débiteur de s'exécuter.

La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Exonération de responsabilité: la force majeure

❑ Article 1218 du Code civil:

Imprévisibilité



Appréciation in abstracto (standard de la personne raisonnable placée dans la même situation): il n'y avait aucune raison particulière de penser, au moment de la conclusion du contrat, qu'un évènement donné se produirait.

Irrésistibilité



Appréciation in abstracto: l'exécution de l'obligation est impossible; l'évènement extérieur est insurmontable par le débiteur. Le débiteur a mis en œuvre toutes les mesures raisonnables pour surmonter ou éviter cet évènement.

Extériorité



Condition généralement présumée par l'existence des deux autres.

❑ La force majeure ne peut être invoquée que par le débiteur de l'obligation (*Civ 1e, 25 nov 2020, n°19-21.060*).



La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Exonération de responsabilité: la force majeure

Quid de la force majeure pendant le Covid?



La jurisprudence n'a pas reconnu massivement la pandémie de Covid-19 comme un évènement de force majeure. Quelques décisions de fond:

- CA Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395 ;
- CA Colmar 23 mars 2020, n° 20/01207 ;
- CA Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01424.

- La Cour de cassation a retenu à plusieurs occasions que le Covid-19 n'était pas un cas de force majeure:
 - En matière de paiement des loyers des baux commerciaux fermés: le paiement d'une somme d'argent n'est jamais considéré comme irrésistible au sens de la force majeure (*Cass. 3e civ., 15 juin 2023, n° 21-10.119*);
 - En matière de location d'une salle des fêtes, alors qu'un décret avait fixé la limite de jauge à 30 personnes (*Civ 1e, 8 mars 2023, n°21-24.783*).

La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Exonération de responsabilité: la force majeure

La force majeure n'est pas la solution...

A force de multiplication, les évènements exceptionnels (catastrophes naturelles, mouvements sociaux, crises internationales) ne sont-ils pas devenus prévisibles? Anticipables?

Les évènements sportifs et culturels d'ampleur (JO, coupe du monde, festivals, concerts, etc.) ne sont-ils pas prévisibles? Rendent-ils impossible l'exercice de l'activité de l'entreprise?



La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels



Exonération de responsabilité: le fait du prince

- ❑ Fait du prince: toute mesure édictée par les pouvoirs publics et ayant pour conséquence de rendre plus difficile et plus onéreuse l'exécution du contrat par le cocontractant.

Attention, en matière de contrats privés, le fait du prince doit revêtir les caractéristiques de la force majeure pour être exonératoire de responsabilité:

- *Civ 3^e, 15 juin 2023, n°21-10.119*: rejet du fait du prince pour les fermetures administratives pendant le Covid;
- *Autres arrêts Covid: CA Aix-en-Provence, 5 mai 2022, n° 21/04826; CA Nîmes, 15 mars 2022, n°21/02592;*
- *CA Paris, 17 septembre 2020, n° 19/04325*: rupture contrat de travail pour refus de renouvellement de l'habilitation à accéder en zone de sûreté à accès réglementé de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle

Le fait du prince est indépendant des caractéristiques de la force majeure dans les seuls cas de contrats conclus avec l'Etat (contrats publics).

La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Exonération de responsabilité: l'imprévision

❑ Article 1195 du Code civil:

- 1) un changement de circonstances imprévisible ;
- 2) qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ;
- 3) qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.



La théorie de l'imprévision suppose que l'exécution de son obligation par le débiteur crée un déséquilibre significatif entre les prestations des parties, soit à cause de l'augmentation des coûts de sa prestation, soit à cause de la diminution de la valeur de la prestation due par son partenaire contractuel.

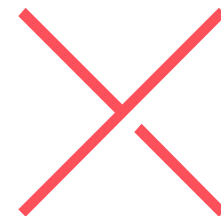
❑ Pas d'exonération de responsabilité, mais une possibilité de renégocier les termes du contrat. En cas de refus du cocontractant, le juge peut réviser lui-même le contrat ou prononcer sa résolution.

La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Exonération de responsabilité: l'imprévision

- ❑ Théorie très peu appliquée et malheureusement privée d'effets en pratique.

Si le créancier de l'obligation refuse de renégocier les termes de la prestation à exécuter: le juge refusera généralement de s'immiscer dans le contrat et prononcera sa résolution (ex: *TCom Paris, 14 décembre 2022, n° 2022033136*).



- ❑ Loi Egalim 2 du 18 octobre 2021 (Article L. 441-17 du Code de commerce): « *Dès lors qu'il est envisagé d'infliger des pénalités logistiques, il est tenu compte des circonstances indépendantes de la volonté des parties.* »

- ❑ Echo particulier en droit public, dans les contrats de marchés publics et de commande publique (*CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n°59928*).

Dans un avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'Etat a rappelé qu'il était possible aux parties qui ont contracté avec l'administration de demander une modification de leur contrat, notamment du prix, en cas de circonstances imprévues. En l'absence de renégociation, les cocontractants de l'administration sont en droit de demander une indemnisation (Article L.6 3° du Code de la commande publique).



La responsabilité en cas d'évènements exceptionnels

Les clauses d'exonération de responsabilité

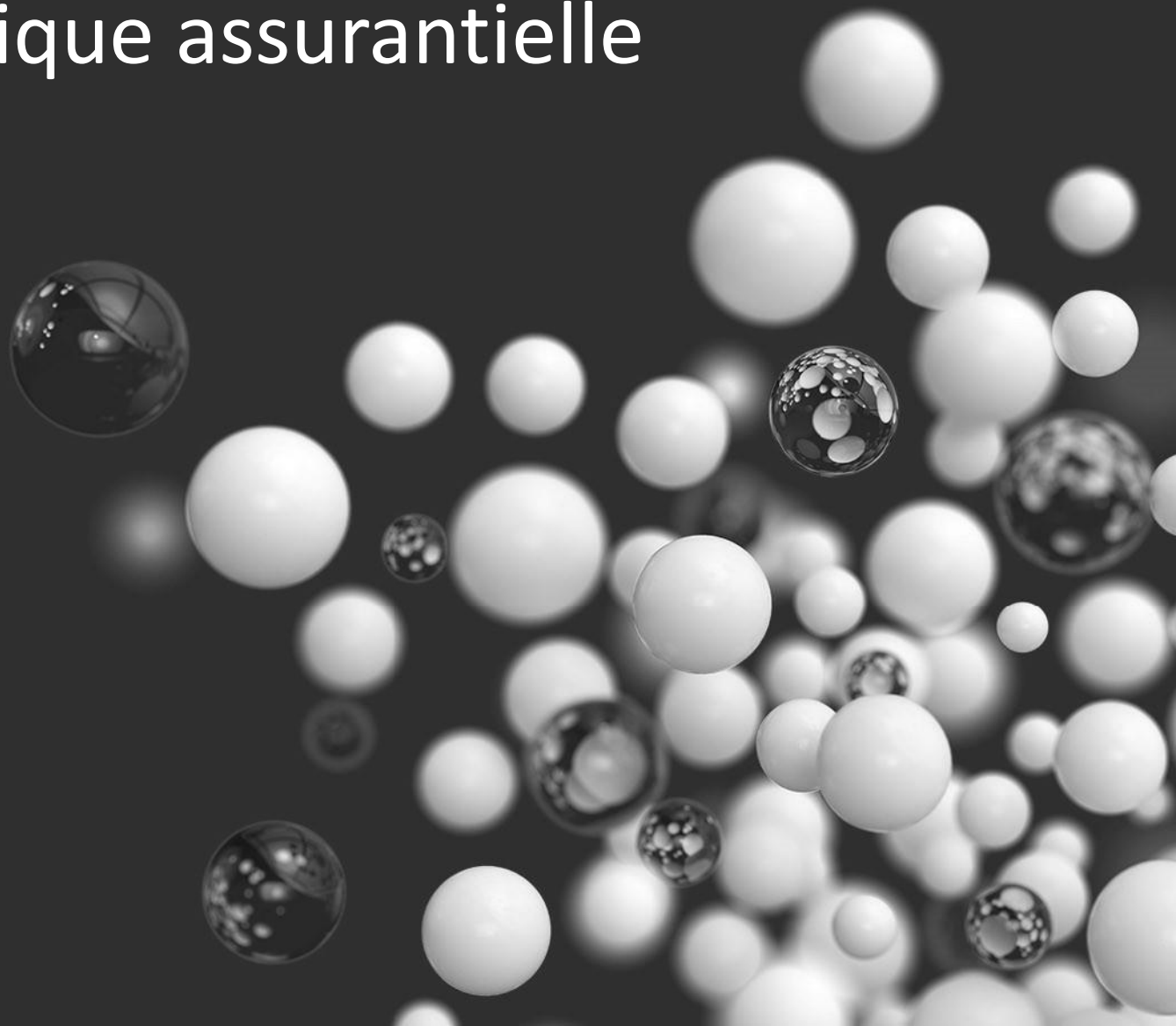
- ❑ Par contrat, les parties peuvent déroger aux conditions d'application des Articles 1218 et 1195 du Code civil. Une partie peut même renoncer entièrement à l'application de l'Article 1195.
- ❑ On retrouve généralement les types de clauses suivantes:
 - Les clauses de hardship ou de renégociation;
 - Les clauses d'indexation de prix;
 - Les clauses MAC (Material Adverse Change).
- ❑ Créativité contractuelle entre les parties: attention, à bien définir les conditions d'application de ces clauses, ainsi que les obligations des parties.



Ces clauses ne doivent pas créer de déséquilibre significatif entre les obligations essentielles des parties, celles pourraient être réputées non-écrites au sens de l'Article 1170 du Code civil et engager la responsabilité de leur auteur au sens de l'Article L. 442-1 du Code de commerce.



La gestion des risques: pratique assurantielle et recours contre les tiers



Couverture des pertes d'exploitation

La pratique assurantielle

- ❑ La garantie des pertes d'exploitation est généralement limitée:
 - Exclue des polices dommage ou responsabilité;
 - Absence d'autonomie: leur mise en œuvre dépend de la réalisation d'un sinistre au sens de la police dommage ou responsabilité.



Les pertes d'exploitation qui ne résultent pas d'un sinistre directement et personnellement subi par l'entreprise et qui auraient pour cause un évènement globalisé seraient donc privées de garantie (ex: pertes d'exploitation dues aux difficultés d'approvisionnement ou de distribution causées par un évènement exceptionnel (rencontres sportives; grands travaux; guerres; etc.)).

- Ex: la Cour de cassation a validé les clauses stipulées dans des polices d'assurance de pertes d'exploitation qui prévoyaient l'exclusion de la garantie dès lors que le sinistre causé par une « épidémie » était globalisé et non pas subi personnellement par l'entreprise en cause (*Cass. 2e civ., 1er déc. 2022, n° 21-15.392 et autres*).

- Ex: l'Article L. 121-8 du Code des assurance prévoit que par principe les assureurs ne couvrent pas les pertes et dommages qui résultent d'émeutes, ou occasionnés par une guerre étrangère ou une guerre civile.

Couverture des pertes d'exploitation

Les clauses d'exclusion de garantie



- ❑ L'exclusion de garantie se définit comme une circonstance particulière de réalisation du risque visée pour écarter la garantie de l'assuré (*Civ 1e, 26 nov. 1996, n°94-16.058*).

Conditions de forme – Article L. 112-4 Code des assurances

La clause doit être stipulée dans des termes très apparents. Cela signifie que la clause doit être rédigée de manière lisible et doit être positionnée de manière à ce qu'elle ne puisse échapper à un lecteur raisonnablement attentif.

Conditions de fond – Article L. 113-1 Code des assurances

La clause doit être rédigée de manière formelle et limitée. La clause doit donc être claire, précise et non-équivoque et ne doit pas priver les obligations de l'assureur de leur substance. La clause d'exclusion doit être clairement circonscrite.

Couverture des pertes d'exploitation

Les clauses d'exclusion de garantie

- ❑ Les clauses d'exclusions dites « Covid » ont largement été validées par la Cour de cassation (Cass. 2e civ., 1er déc. 2022, n° 21-15.392 et autres).

La clause d'exclusion prévoyait: « *les pertes d'exploitation [ne sont pas garantie], lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique.* »

➡ Ces clauses ont été jugées formelles et limitées, alors même que la garantie pertes d'exploitation souscrite couvrait les risques « d'épidémie ».

93,3% des polices d'assurance excluaient formellement le risque d'épidémie;
2,6% garantissaient ce risque;
4,1% n'étaient pas claires sur ce point.

A noter : dans un arrêt « Covid » très récent (Civ 2^e, 9 novembre 2023, n°21-23.268), la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui avait interprété la clause suivante d'une assurance « tous risques sauf » : « *le présent contrat garantit les dommages, les recours, les responsabilités, les frais et pertes consécutifs ou non, subis par l'ensemble et la généralité des biens ayant pour origine un événement non exclu* », comme couvrant les pertes d'exploitation non consécutives à des dommages subis par les biens de l'entreprise.



Cas des attroupements et rassemblements

- ❑ Responsabilité sans faute de l'Etat lorsqu'une entreprise est victime d'un sinistre survenu en marge d'une manifestation sur la voie publique (émeutes, grèves, etc.) – Article L. 211-10 du Code de la sécurité intérieure.

Deux conditions:

- ✓ L'agissement qui a causé le dommage constitue un crime ou un délit,
- ✓ Il a été commis par un attroupement ou un rassemblement.



- ❑ Le préjudice indemnisable couvre notamment les pertes d'exploitation subies par les entreprises du fait des dégradations subies en marge de ces attroupements / rassemblements.

Couvre à la fois les dommages causés par les personnes violentes que ceux causés à l'occasion de la réponse policière pour le rétablissement de l'ordre (CE, 8 février 2018, n°410780, et CAA de Toulouse, 21 février 2023, n° 22TL20296).

Cas des attroupements et rassemblements

- ❑ Sur la condition de l'existence d'un attroupement ou d'un rassemblement:
 - ✓ Attroupement spontané: responsabilité de l'Etat dès lors que les dommages ont été causés à l'occasion de cet attroupement spontané ou dans son prolongement immédiat (ex: gilets jaunes);
 - ✓ Manifestation organisée à l'avance:
 - ✓ Engage la responsabilité de l'Etat toute manifestation autorisée qui dégénère en agissements violents (ex: manifestation contre la réforme des retraites);
 - ✗ N'engage pas la responsabilité de l'Etat tout rassemblement organisé dès l'origine avec une intention criminelle ou délictueuse.



Ex: en ce qui concerne les émeutes de l'été 2023, celles-ci ne devraient pas engager la responsabilité de l'Etat au motif qu'elles ont été organisées dans le seul but de commettre des dégradations (délits).

- *TA Guadeloupe, 3 octobre 2023, n° 2201055; CAA Toulouse, 17 janv. 2023, n°21TL01451; TA Nantes, 17 novembre 2022, n° 1910682; CAA Versailles, 7ème chambre, 22 avril 2020, n°17VE01202*: n'engage pas la responsabilité de l'Etat les dommages causés à l'occasion d'émeutes.

- *CE, 28 oct. 2022, n°451659*: barrage routier organisé dans le seul but de bloquer la circulation (délit), n'engage pas la responsabilité de l'Etat.



Responsabilité de l'Etat

Cas des travaux et ouvrages publics

- ❑ En matière de travaux et d'ouvrages publics, responsabilité sans faute de l'autorité publique en charge des travaux lorsque ces derniers causent un préjudice anormal et spécial.
 - Le préjudice anormal est un préjudice qui excède les inconvénients normaux que l'on doit habituellement supporter compte tenu de l'intérêt général de l'ouvrage en cause;
 - Le préjudice spécial est celui qui n'est supporté que par un nombre limité de personnes.

Attention, avant de s'adresser au juge administratif pour obtenir une indemnisation du fait des pertes et autres dommages causés par un ouvrage public (ex: travaux sur la voie publique), il faut au préalable saisir la personne publique responsable d'une demande d'indemnisation (*i.e.*, le maître de l'ouvrage). En cas de refus, explicite ou implicite, ou en l'absence de réponse dans les deux mois, il sera possible de saisir le juge administratif.

Lorsque la construction et l'exploitation de l'ouvrage public font l'objet d'un contrat de concession à une personne privée, cette dernière est responsable à la place de l'autorité publique.



Responsabilité de l'Etat

Cas des travaux et ouvrages publics

- ❑ Le préjudice subi doit aussi avoir un lien de causalité direct et certain avec les travaux ou l'ouvrage public en cause.

Ce dernier s'apprécie de la manière suivante: « *le manque à gagner subi par une entreprise commerciale du fait de la réalisation de travaux publics ne saurait être calculé en fonction de la marge commerciale de cette entreprise, mais doit l'être en fonction de sa marge nette, le manque à gagner indemnisable étant égal à la perte de bénéfice net subie du fait des travaux.* » (ex: TA Paris, 17 février 2023, n° 2006902).



Difficulté probatoire pour établir le lien de causalité direct et certain entre le préjudice et la construction ou l'exploitation de l'ouvrage public.

Quid du préjudice subi du fait de l'exploitation d'une fan zone? Des restrictions de circulation à l'occasion d'un évènement exceptionnel (ex: JO, coupe du monde, concert, etc.)?

Les solutions pratiques

Droit du travail: chômage partiel



Licenciement économique – Articles L. 1233-1 et suivants du Code du travail

Les pertes d'exploitation ne peuvent justifier un licenciement économique qu'à condition de « *caractériser le caractère sérieux et durable des pertes d'exploitation dans le secteur d'activité considéré* », ce qui suppose de rechercher « *si l'évolution de l'indicateur économique retenu était significative* » (Soc, 18 oct 2023, n°22-18.852 et Soc., 1er févr. 2023, n° 20-19.661).

=> Difficilement conciliable avec des événements exceptionnels qui affectent l'activité de l'entreprise sur une durée limitée.

Chômage partiel - Articles L. 5122-1 et suivants et R. 5122-1 et suivants du Code du travail

Motifs: 1° La conjoncture économique ; 2° Des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie ; 3° Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ; 4° La transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ; 5° Toute autre circonstance de caractère exceptionnel. L'employeur doit faire une demande d'autorisation auprès des services de l'Etat avant de pouvoir placer certains ou l'ensemble de ses salariés en activité partielle.

Décret n°2020-325 du 25 mars 2020 simplifie la procédure de mise au chômage partiel pour les motifs relevant du 3° et du 5°. Notamment, pour les entreprises de >50 salariés, elles peuvent recueillir l'accord du CSE a posteriori (Article R. 5122-2).

Plan de continuité d'activité



- ❑ Développer une expertise interne de gestion des risques pour anticiper et maîtriser les coûts induits par la réalisation d'un évènement exceptionnel.
- ❑ Plan de continuité d'activité (PCA): rassemble l'ensemble des actions visant à permettre, selon divers scénarios de crise, y compris face à des chocs extrêmes, le maintien, le cas échéant de façon temporaire selon un mode dégradé, des prestations de services ou d'autres tâches opérationnelles essentielles ou importantes de l'entreprise, puis la reprise planifiée des activités.
- ❑ Norme ISO 22301 : 2019 (Sécurité et résilience – Systèmes de management de la continuité d'activités – Exigences).

Les solutions pratiques

Les captives d'assurance ou l'auto-assurance

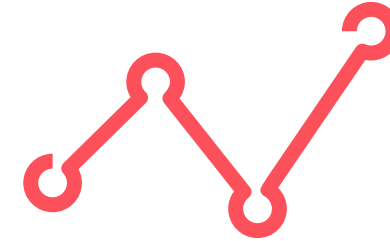


- ❑ Captives d'assurance: sociétés créées pour recevoir les fonds propres de l'entreprise et garantir les risques non-couverts par les polices d'assurance classiques, voire pour remplacer entièrement le besoin d'assurance.
- ❑ Avantage concurrentiel sur le marché de l'assurance et de la réassurance, car l'entreprise développe une véritable connaissance des risques que présente son activité: meilleure gestion des risques et des coûts.
- ❑ Loi de Finances pour 2023, entrée en vigueur le 1er janvier 2023: les sociétés captives non détenues par une société financière peuvent constituer des provisions fiscalement déductibles afin de faire face aux coûts de réassurance de certains risques (dommages aux biens professionnels et agricoles, catastrophes naturelles, responsabilité civile générale, pertes pécuniaires, transports, etc.).

La France compte 13 captives établies, et 3 en cours d'agrément auprès de l'ACPR (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) (ex: Bonduelle, Lactalis, Naval, Publicis, etc.).

Les solutions pratiques

Les assurances paramétriques



- ❑ Anticipation du risque: Collecte d'informations et de données pour établir un seuil pertinent au-dessus duquel la garantie serait automatiquement mise en œuvre dans une proportion donnée.

Principalement en matière environnementale où les données météorologiques sont facilement accessibles et fiables pour permettre une certaine anticipation du risque (ex: intempéries, gelées, chaleurs, vent, etc.).

- ❑ Avantage repose dans la célérité de l'indemnisation: l'assuré ne doit pas déclarer de sinistre puisque la garantie est due sans dommage, par le seul franchissement de seuils prédéterminés. Le sinistre n'est plus au cœur de la garantie.

- ❑ Personnalisation de l'offre assurantielle?

Posez vos questions!



simmons-simmons.com

Strictly Private and Confidential

© Simmons & Simmons LLP and its licensors. All rights asserted and reserved. This document is for general guidance only. It does not contain definitive advice. Simmons & Simmons LLP is a limited liability partnership registered in England & Wales with number OC352713 and with its registered office at Citypoint, 1 Ropemaker Street, London EC2Y 9SS, United Kingdom. The word “partner” refers to a member of Simmons & Simmons LLP or an employee or consultant with equivalent standing. A list of members and other partners together with their professional qualifications is available for inspection at the above address.