

Commission Responsabilités

Présidente de la Commission :

Zaiella Aissaoui, Directeur Risques et Assurances,
Bouygues Construction.

Intervenants :

Alexandre Regniallt et Quentin Charluteau,
Avocats - Simmons & Simmons LLP

+simmons
+simmons



Assurance de responsabilité civile, Garanties des pertes d'exploitation sans dommage & Covid-19

Etat des lieux

Alexandre Regnault et Quentin Charluteau
Avocats - Simmons & Simmons LLP

Covid et assurance de responsabilité

Deux questions principales :

- L'assuré (et par suite l'assureur RC) est-il tenu des conséquences de la force majeure ?
- Les clauses d'exclusion « pandémie » sont elles applicables?

L'assureur RC est-il tenu des conséquences de la force majeure ?

- Principe : si la force majeure est retenue, alors l'assuré est exonéré de sa responsabilité. L'assureur n'est donc pas tenu à garantie
- La question est donc de savoir si le Covid peut constituer un cas de force majeure (irrésistible; extérieure; imprévisible)
 - Débats doctrinaux sur la caractérisation de la force majeure
 - Position de l'Etat jugeant que « *l'Etat considère le coronavirus comme un cas de force majeure* »
 - Jurisprudences antérieures qui rejettent la notion de force majeure en cas d'épidémie (Peste, grippe H1N1, crise du Chikungunya, de la dengue)
 - Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juillet 2020 admettant la force majeure mais autres décisions dans le sens contraire (Cour d'appel de Grenoble, 4 décembre 2020, refusant l'exonération en cas de non paiement des loyers)
 - Jurisprudence qui va être amenée à se préciser
 - Attention : la situation de mars 2021 n'est pas celle de mars 2020 !

Les clauses d'exclusion « pandémie » sont elles applicables?

- Cette exclusion est fréquente
- Pour être valable, elle doit être formelle et limitée
- La jurisprudence a annulé les clauses d'exclusion de certains pathologies (mal de dos, des maladies liées à l'alcool ou des troubles psychiques) car trop larges et imprécises
- S'agissant du Covid, la situation semble différente:
 - Une telle épidémie est rarissime donc une telle exclusion n'est pas de nature à priver le contrat de sa substance;
 - Elle semble suffisamment précise sauf à exiger de désigner exactement le virus (ce qui n'est pas possible s'agissant d'un nouveau virus)
 - La qualité de la rédaction de la clause est importante

Pertes d'exploitation Problématiques soulevées

- ❖ Régime traditionnel des pertes d'exploitation
 - Mouvement des « Gilets Jaunes »
 - Extension de garantie « Fermeture Administrative »
- ❖ Inassurabilité des risques systémiques ?
 - AXA : « le risque relatif aux pertes d'exploitation consécutives à une pandémie est inassurable, en l'état, par un mécanisme d'assurance privée » ; « il n'appartient pas à une société d'assurance de prendre en charge un risque systémique ou de pandémie, pour lequel aucune prime n'aurait été collectée »
 - TC Paris référé 22.05.2020 (Maison Rostang), « *AXA France IARD explique le caractère inassurable du risque pandémique tant au plan économique que juridique. Ce débat pour intéressant qu'il puisse être et sur lequel les avis divergent ne nous concerne pas. Nous avons à nous prononcer sur l'application d'un contrat d'assurance précis comportant conditions générales, conditions particulières et intercalaire SATEC le tout constituant la loi des parties et ceci, sans avoir à trancher de contestations sérieuses.* »

Le débat judiciaire

- ▼ Etat des lieux de l'ACPR
 - Communiqué du 23 juin 2020
 - Analyse d'un échantillon représentatif des garanties

Couverture des pertes d'exploitation en % du nombre d'assurés couverts par les contrats collectés	
Évènement "Covid-19" non garanti	93,3%
Évènement "Covid-19" garanti	2,6%
Couverture incertaine (3)	4,1%

- Importance de la lettre du contrat
- Incitation à la clarification de la rédaction des polices

Le débat judiciaire

▼ Principale clause litigieuse

« PERTE D'EXPLOITATION SUITE A FERMETURE ADMINISTRATIVE

La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

- 1. la décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même,*
- 2. la décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication. »*

Exclusion : « les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental, que celui de l'établissement assuré, d'une mesure administrative, pour une cause identique »

Le débat judiciaire

- ▼ Arguments des assureurs :

- Inassurabilité du risque systémique / primes non collectées
- Pratique de la vente à emporter/livraison
- Différence entre l'interdiction de recevoir du public et la fermeture administrative
- Couverture de la fermeture individuelle (gastro-entérite / salmonellose/ listériose) et exclusion de la fermeture collective d'établissements (Covid-19)
- Quantum : coefficient de tendance générale de l'évolution de l'activité et des facteurs extérieurs

Le débat judiciaire

- ▼ **50** décisions publiées, dont :
 - **23** décisions de référé, dont :
 - **5** en faveur des assurés
 - **1** en faveur des assureurs
 - **16** – dont trois arrêts d'appel – aboutissent à une décision d'incompétence
 - **1** arrêt d'appel statut exclusivement sur la compétence territoriale
 - **27** décisions de fond, dont :
 - **16** – dont un arrêt d'appel - en faveur des assurés
 - **11** en faveur des assureurs

Le débat judiciaire

✓ Etat des lieux de la jurisprudence majoritaire:

- Interdiction de recevoir du public = fermeture administrative
- Incompétence du juge des référés en raison d'une contestation sérieuse
- Epidémie par nature généralisée ; clause d'exclusion n'est pas formelle et limitée (vide la garantie de sa substance)
- Coexistence de plusieurs définitions/conceptions de l'épidémie : le terme, non défini dans le contrat, est sujet à interprétation, la clause d'exclusion n'est pas formelle et limitée
- Violation obligation information/conseil de l'intermédiaire généralement exclue
- Proposition d'avenant permettant aux juges de confirmer leur analyse

Le débat judiciaire

Réaction des assureurs

- ✓ Accords transactionnels
- ✓ Proposition d'avenant (exclusion épidémie / pandémie)
- ✓ Résiliation à l'échéance (L.113-12) / Résiliation pour sinistre (R.113-10)

Le débat médiatique

- ▼ Multiples communications gouvernementales
 - 13.04.2020, Allocution Président : « *Je souhaite que les banques puissent décaler toutes les échéances beaucoup plus massivement qu'elles ne l'ont fait et les assurances doivent être au rendez-vous de cette mobilisation économique. J'y serai attentif.* »
 - 27.10.2020, ministre de l'Economie appelle au gel des primes d'assurances des hôteliers & restaurateurs
- ▼ Contribution à l'effort national
 - 400 M € au fond public de solidarité pour les PME
- ▼ FFA, mesures collectives appliquées par les membres, évaluées à 400 M €
 - Maintien de garantie des professionnels en cas de non paiement des primes
 - Extensions de la couverture du matériel informatique en cas de télétravail
- ▼ Gestes commerciaux individuels
 - Prime de relance mutualiste Assurance Crédit Mutuel / Crédit Agricole Assurances
 - Remboursement d'une partie des primes auto

Le débat politique 1/2

Régime CATEX

- ✓ 28 avril 2020 : mise en place d'un groupe de travail par le Ministère de l'économie
- ✓ Forme : Extension obligatoire à la garantie « incendie » des multirisques entreprises
- ✓ Risque couvert : fermeture administrative suite à déclaration état de pandémie
- ✓ Seuil de couverture : baisse du CA de plus de 50 % durant la période de fermeture et de plus de 8 % sur l'année correspondante
- ✓ Indemnisation : « capital résilience » payé dans les 20/30 jours de la déclaration de sinistre ; 50 % de la marge brute perdue sur 3 mois max. avec un max. de 500 k €, franchise 15 jours
- ✓ Prime : identique pour tous les assureurs. Forfaitaire ou plafonné selon le CA

Le débat politique 2/2

- ▼ « *J'ai entendu les inquiétudes de toutes les entreprises, qui ne veulent pas de charges nouvelles. [...] Il n'y aura, par conséquent, pas d'assurance pandémie obligatoire* » ministre de l'Economie, 07.12.2020
- ▼ Débats sur les bénéficiaires du régime : TPE/PME uniquement pour la FFA / Grandes entreprises également pour le ministère de l'Economie / Position AMRAE
- ▼ Coût pour les entreprises
- ▼ Capacités faibles des assureurs
- ▼ Solutions individuelles facultatives : autoassurance
 - Provisions défiscalisées pour les PME
 - Captives d'assurances pour les grandes entreprises



L'état des lieux en Europe

- ✓ Italie
- ✓ Pays Bas
- ✓ Grande-Bretagne

L'état des lieux en Italie

- ▼ Absence de jurisprudence / Cas par cas
- ▼ Principe : absence de couverture
 - Exclusion des interruptions d'activités imposées sur ordre des autorités
 - Clauses limitant l'indemnisation aux pertes d'exploitation consécutives à un dommage matériel
- ▼ Couverture exceptionnelle :
 - Assurance de dommages aux biens avec une extension aux « pertes résultant de contamination » (peut être interprétée comme incluant les pertes découlant d'une pandémie)
 - Assurance des pertes d'exploitation sans dommage matériel (rares)
- ▼ Clarification des exclusions lors des renouvellement / nouvelles polices

Etat des lieux aux Pays-Bas

- ✓ Ce n'est pas un sujet sur le devant de la scène : faible attention des médias et des parlementaires, pas de litige en cours
- ✓ Position du marché néerlandais de l'assurance : absence de couverture dans les polices classiques
- ✓ Couverture en principe limitée aux pertes d'exploitation consécutives à un dommage matériel
- ✓ Impact du « Test Case » britannique à déterminer s'agissant des polices sur-mesure qui couvrent spécifiquement le risque de pertes d'exploitation directes ou d'assurances souscrites sur le marché de l'assurance de Londres

L'état des lieux outre-Manche 1/2

- ▼ Constat :
 - Majorité des polices : PE consécutives à un dommage matériel
 - Certaines polices couvrent les PE consécutives à d'autres causes telles que les « notifiable disease » ou « prevention of access » ou encore les « clauses hybrides »
 - > Divergence d'interprétation sur la mobilisation de ces garanties
- ▼ En juin 2020, la FCA demande une clarification au nom des assurés : « Test case » - High Court:
 - Échantillon de 21 polices types représentatives / 8 assureurs

L'état des lieux outre-Manche 2/2

- ✓ High Court, décision du 15.09.2020
 - 12 typologies de polices sur les 21 sont susceptibles d'être mobilisées
- ✓ Supreme Court, décision du 15.01.2021
 - Appel de la FCA autorisé, appel des assureurs refusé
 - 14 typologies de polices sur les 21 sont susceptibles d'être mobilisées
- ✓ Process de clarification très rapide (7 mois au total)
- ✓ Conséquences:
 - Garantie mobilisée au titre des polices concernées pour les 8 assureurs + pour les polices libellées de manière similaire
 - Indemnisation de £ 470 m à ce jour

Conclusion

- ✓ L'assurance est avant tout un contrat
- ✓ Variété des solutions à travers les pays européens
- ✓ Variété de stratégie des assureurs
- ✓ Impact sur la relation assureur/assuré



+simmons
simmons

- ▼ Alexandre Regnault Alexandre.Regniault@simmons-simmons.com

- ▼ Quentin Charluteau quentin.charluteau@simmons-simmons.com



MERCI
de votre écoute