

## Fermeture administrative des restaurants et assurance des pertes d'exploitation.

### Pot de terre contre pot de fer ?

#### Préambule :

*Les propos et analyses de cette tribune sont volontairement restreints aux seuls cas des pertes d'exploitation (désigné sous le sigle PE) des restaurateurs pour éviter de se perdre dans des démonstrations techniques et financières trop disparates, mais ils sont certainement transposables à d'autres activités.*

Dans la cacophonie des déclarations, des tribunes et interviews diverses et variées relatives à l'indemnisation des pertes d'exploitation subies par les restaurateurs du fait de la fermeture administrative de leur activité décidée par l'État dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid 19, on peut légitimement penser qu'un peu de professionnalisme assuranciel serait plus utile au débat que les allégations et les anathèmes que s'échangent depuis 2 mois les différents protagonistes de ce triste feuilleton du « printemps de l'assurance » auquel cette tribune ajoute un épisode supplémentaire que nous espérons plus neutre et plus technique.

Il faut reconnaître que le débat a été, dès le début, fort mal engagé et que le péché originel incombe certainement aux assureurs qui, en qualité de professionnels, ont lourdement failli dans une communication de « café du commerce » (si j'ose le dire en cette période de semi-confinement).

C'est évidemment à eux que revenait la charge d'une information précise, claire et constructive. Au lieu de cela, comme je le dénonçais dès 12 avril dernier, dans sa tribune du 2 avril, la Présidente de la FFA, dégainait la première en déclarant :

*« ... c'est pour cette raison que l'assurance n'intervient jamais en cas d'épidémie, de révolution ou de guerre car les conséquences de tels événements sont tout simplement hors de portée ».*

Cette affirmation était pour le moins imprécise dans son énoncé et évidemment contraire à certaines réalités assurancielles :

- Le risque de guerre, d'accord, on voit de quoi on parle ; pas de problème, il est exclu en application de l'article L 121-8 du Code des assurances
- La révolution ? c'est quoi juridiquement ? On peut penser que dans l'esprit de la FFA ce pourrait être la guerre civile qui fait aussi l'objet de cette exclusion de l'article L 121-8 du Code des assurances. Mais dans ce cas, un peu de rigueur dans le vocabulaire faciliterait la compréhension des propos !
- Par contre, pour les épidémies ou les pandémies, même si le Président MACRON parle de guerre contre la Covid 19, on ne retrouve aucune trace d'exclusion générale et légale dans le Code des assurances

Alors traiter de la même manière, par une assimilation incertaine, ces 3 fléaux pour essayer de prouver que le risque d'épidémie fait l'objet d'une exclusion automatique voire légale dans les contrats

d'assurance notamment pour le risque « Pertes d'exploitation » ne paraissait pas très professionnel ni très convaincant, surtout venant de la plus haute autorité représentative des assureurs français.

Cependant, la ligne de défense des assureurs était tracée et certains d'entre eux s'y accroche avec une détermination farouche, sans doute directement proportionnelle à leurs engagements dans ce domaine, comme le prouve encore les propos du directeur de la communication d'AXA dans sa dernière tribune (*Argus de l'assurance 15 mai*) et de ceux de son PDG (*Argus de l'assurance 18 mai*) On peut comprendre que la FFA et certains de ses membres puissent être tétanisés par l'idée d'avoir à indemniser au titre des garanties « Pertes d'exploitation » les conséquences financières de la pandémie de la Covid 19, mais de là à s'appuyer sur des inexactitudes techniques ou juridiques pour étayer leurs positions paraît dangereusement contraire à une perception claire du rôle des assureurs et comme le prétendait Mme Martine AUBRY ou plutôt sa grand-mère « *Quand c'est flou ... c'est qu'il y a un loup* ».

Pour compliquer encore un peu plus la perception technique du problème un assureur (ACM) a cru pouvoir profiter d'une aubaine commerciale en « offrant » sous la forme d'une « prime de relance mutualiste » une indemnisation forfaitaire des sinistres PE alors que ces sinistres pourraient être garantis par ses contrats pour des montants supérieurs à l'indemnisation forfaitaire proposée.

Et puis, les agents, par la voix du président d'AGEA, s'en sont mêlés en vilipendant notamment auprès de l'ACPR, les ACM avec les mêmes arguments que réfutaient leurs propres compagnies puis en s'alignant prudemment sur les directives de la FFA et de leurs mandants.

Et puis, d'autres assureurs ou plutôt bancassureurs, dans une démarche plus technique semblent désormais vouloir enfin appliquer les clauses de garanties prévues dans leurs contrats (MAAF – Crédit Agricole - BPCE – GENERALI après que son PDG ait affirmé 15 jours plutôt le contraire « *Nous ne sommes pas dans une situation de faire jouer une garantie d'assurance mais dans une situation d'un risque systémique...* » *Argus de l'assurance 3 avril*)

Et puis, les cabinets d'avocats, les professeurs de droit, les juristes.

Et puis l'ACPR

Et puis encore le Ministre de l'Économie.

Et puis .... A ce triste jeu de bonneteau, plus personne n'y comprend plus rien !

Alors, essayons de reposer sereinement les bases du problème pour y voir plus clair, sans pour autant tirer des conclusions définitives que seuls les tribunaux compétents pourront imposer.

Peut-être, au préalable 2 rappels institutionnels :

1° A priori, la France est encore une démocratie dont l'un des principes essentiels reste la « séparation des pouvoirs ». Ainsi, toutes les interprétations des déclarations des membres du Gouvernement quant à la non prise en charge des pertes d'exploitation liées à la pandémie **alors qu'une garantie pourrait exister** ne sauraient résister à l'action judiciaire. Même si les déclarations de Mr Bruno LE MAIRE, Ministre de l'Économie, (*Argus de l'assurance 14/05*) peuvent semer le trouble, il ne peut s'agir que d'ambiguïtés ou d'un raccourci médiatique qui devront évidemment être levées dans le respect de ce principe démocratique.

2° A priori également, nous sommes dans un état de droit dans lequel ni l'État ni les personnes privées physiques ou morales ne peuvent méconnaître le principe de légalité contenu, entre autres, dans les conventions entre personnes privées.

Les mesures de solidarité de plus de 3 milliards € décidées plus ou moins « spontanément » par la FFA autoriseraient-elles les assureurs à ne pas appliquer les clauses des contrats régulièrement souscrits par leurs assurés ?

Quelle drôle de rhétorique que celle qui nous dispenserait d'honorer nos engagements auprès de tiers, au prétexte d'avoir payé nos impôts ou d'avoir fait un don à Emmaüs ou aux Restaurants du cœur !!!

Pour en revenir au fond du problème, le mieux est, sans doute, d'analyser les arguments invoqués par les uns et les autres à partir de mots ou de concepts techniques ou juridiques et d'en vérifier la portée réelle sur les questions qui nous préoccupent : **l'indemnisation de la perte d'exploitation subie par les restaurateurs du fait de la fermeture administrative de leurs établissements suite à la pandémie de la Covid 19.**

Pour être très clair, notre démonstration concerne uniquement les contrats pour lesquels sont prévus :

- Une garantie Pertes d'exploitation (PE)
- Une garantie PE après fermeture administrative
- Sans exclusion des risques de pandémie au titre de cette garantie PE après fermeture administrative.

En dehors de ce schéma, nous ne sommes plus dans une problématique d'assurance mais de contribution commerciale ou mutualiste ou de solidarité nationale à laquelle les assureurs prétendent avoir déjà largement contribué. Ce n'est pas notre propos.

Le camp de la FFA et de certains assureurs prétend que ce risque n'est pas assurable car la pandémie serait un risque « systémique » qui ne répondrait pas aux principes de l'assurance d'un risque aléatoire et « mutualisable ». « *Le principe fondamental de la non-assurabilité d'un risque systémique tel qu'une pandémie* » (Mr J. de PERETTI *Argus de l'assurance* 18/05).

C'est quoi un risque systémique ? Pourquoi ne serait-il pas assurable ? Sur quelle base juridique ? En application de quel article du Code des assurances ou de quelle clause ou exclusion des contrats ? Pourquoi en France et pas au Royaume uni ?

Cette affirmation semble avoir aucune base juridique ou contractuelle réelle et elle est contredite par l'indemnisation en 2008, par la compagnie AIG des CDS (Credit Default Swaps) lors de la crise des subprimes que l'on définissait déjà comme un risque systémique.

Donc, pas d'argument sérieux avancé pour confirmer qu'un risque systémique n'est pas assurable.

L'aléa : l'assurance doit effectivement répondre au **principe de l'aléa** et même si le nouvel article 1108 du Code civil est moins binaire que l'ancien article 1964 ; mais il ne semble pas exister de débat sur l'aspect aléatoire de la pandémie donc de la fermeture administrative des restaurants qui en est le corollaire.

La mutualisation que certains voudraient voir érigée en principe de l'assurance, **n'est en réalité qu'une technique d'assurance** qui est certainement inscrite dans les gènes de tous les actuaires de toutes les compagnies et des comités techniques de la FFA, mais dont on ne retrouve aucune trace ni dans le Code des assurances ni dans les contrats d'assurance eux-mêmes.

Comme le rappelait le professeur G. MARLY (*Argus de l'assurance* 29 avril) « *Pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la mutualisation des risques est plutôt étrangère à la qualification du contrat d'assurance.*

D'autres techniques de souscription existent et tous les risques ne peuvent pas être mutualisés mais peuvent néanmoins être assurés après souvent des études techniques approfondies (Assurance spatiale- depuis 1981 pour la fusée Ariane).

L'argument de l'absence de mutualisation paraît d'autant moins recevable quand on cherche à le rattacher à l'exemple des catastrophes naturelles.

Tout d'abord, aucun assureur avant 1982 n'avait laissé penser que cette garantie des catastrophes naturelles pouvait exister dans les contrats ; contrairement à la garantie PE après fermeture administrative (lorsqu'elle est souscrite), elle ne figurait dans aucun contrat d'assurance.

Si effectivement la mutualisation n'existait pas sur le risque des catastrophes naturelles avant la loi de 1982, certains sinistres naturels pouvaient être assurés et notamment le risque sans doute le moins

« mutualisable », celui de tremblement de terre ; mais peu de souscripteur se souviennent encore des méandres du « tarif rouge » et de l'annexe P25 pour assurer ce risque en fonction des zones sismiques. Le risque d'inondation pouvait aussi être assuré dans des programmes d'assurance proposés à certains groupes industriels par des courtiers spécialisés.

Tout cela nécessitait évidemment la souscription de garanties spécifiques et l'engagement d'études techniques et actuarielles qui ne semblent pas avoir été effectuées par les assureurs quand ils ont accepté d'assurer ces risques de PE après fermeture administrative de certains restaurants.

Dans la période de « soft market » que l'on a connu pendant les 10 dernières années, sous la pression des courtiers, les assureurs ont été particulièrement généreux et sans doute imprudents **en acceptant, sans garde fous**, ces risques de PE après fermeture administrative, sans exclusion formelle du risque d'épidémie ou d'autres dont ils n'ont pas encore subi les effets.

Prévoir n'est-il pas une des fonctions essentielles de l'assurance ?

« Nemo auditur... »

L'argument selon lequel le sinistre PE ne serait pas constitué par la fermeture administrative mais par la pandémie de la Covid 19 ne résiste ni à l'analyse chronologique puisque bien avant les mesures de confinement du 17 mars 2020 l'épidémie circulait et cela sans conséquence directe significative sur l'activité des restaurants, ni à l'articulation des garanties puisque cette extension est libellée de manière indépendante des événements à l'origine du sinistre. Ce sont donc bien les mesures de confinement et d'obligation de fermeture qui constitue le fait générateur du sinistre.

Enfin, la dernière cartouche du clan des assureurs, l'assurance pertes d'exploitation ne serait opérante que lorsqu'elle est consécutive à un dommage direct ou qu'il n'y a pas de garantie « pertes d'exploitation sans dommages ».

La rédaction du contrat est sur ce point déterminante. Mais si comme dans la plupart des cas, la clause des PE après fermeture administrative fait l'objet d'une ligne de garantie différente des autres cas de PE, souvent avec des montants de garantie limité et une période d'indemnisation plus courte, elle devient de facto indépendante d'un dommage direct et peut donc être actionnée même en l'absence d'un sinistre direct sur les biens assurés ; sinon on ne voit pas très bien à quoi elle correspondrait, pas davantage que sa petite sœur « impossibilité d'accès ».

Dans ce cas, la responsabilité de tous les courtiers ou agents qui ont pu vendre **l'illusion** d'une garantie PE après fermeture administrative sans en expliquer les limites voire qui en ont fait un argument commercial risque d'être engagée pour défaut de conseil ou d'information.

A l'autre bord, les professionnels de la restauration, parfois à l'agonie financière, paraissent fort démunis face à ce tir de barrage nourri de professionnels « avertis ».

Aussi, complaisamment relayés par certains médias, ils ont fait feu de tout bois avec des arguments d'une démagogie digne des « gilets jaunes », des exactions desquels ils demanderont sans doute prochainement à leurs assureurs de les indemniser !

Ainsi, mélangent-ils toutes les branches d'activité des assureurs et exigent-ils de compenser leurs pertes, en puisant sur les fonds propres des assureurs vie soit directement sur l'argent placée par assurés c'est-à-dire par tous les Français !

Ils ont l'excuse de ne pas tout comprendre au fonctionnement de l'assurance

Heureusement, le législateur a depuis longtemps, protégé les assurés de ce genre de manipulation en séparant actifs les compagnies d'assurance dommages des compagnies d'assurance vie.

Hormis la pression politique des conséquences désastreuses en termes d'emploi de la disparition de nombre d'entre eux, l'appel aux pouvoirs publics et le recours à la solidarité nationale, les restaurateurs ne disposent que d'une marge de manœuvre réduite quand le débat porte sur la réalité des garanties pertes d'exploitation.

Les seuls arguments dont ils disposent réellement sont justement la contestation de ceux utilisés par les assureurs et dénoncés ci-avant.

Tout d'abord, ils peuvent sans doute revendiquer une indemnisation au titre de cette garantie PE après fermeture administrative, pour autant que leur contrat la prévoit et dans les limites de l'application de cette garantie.

D'autre part, même si les contrats d'assurance multirisque professionnelle sont dans la quasi-totalité des cas des contrats dits « événement dénommés » ne garantissant pas formellement le risque d'épidémie ou de pandémie, quelques contrats souscrits sous la forme « Tous risques sauf » n'excluant pas le risque de pandémie pourraient permettre également d'envisager une indemnisation. Mais les assureurs retourneraient facilement l'argument du fait générateur contenu dans la décision de fermeture administrative et non de l'épidémie.

Les enjeux financiers sont très volatils et varient (*Argus de l'assurance 14 mai*) de 3,9 Md€ (FFA) à 9,5 Md€ (BPI France) à 9,6 Md€ pour l'UMIH, leur syndicat professionnel.

Toutefois, si ces chiffres peuvent, malgré ces écarts, correspondre à la baisse du chiffre d'affaire de la profession dont le périmètre pris en compte reste incertain, ils ne représentent certainement pas le montant des pertes d'exploitation indemnifiables par un contrat d'assurance de ce type et encore moins celles des seuls restaurateurs bénéficiant d'une garantie des PE après fermeture administrative. En effet, cette extension garantie assez technique reste sans doute assez confidentielle ; l'enquête de l'ACPR actuellement en cours permettra sans doute d'en déterminer l'étendue.

Sans la souscription de cette extension, il ne saurait exister de garantie contractuelle ; nous serions dans une autre logique financière.

Toujours dans cette analyse purement contractuelle, les limitations de montants de garanties, la durée d'indemnisation de cette extension, les éventuelles franchises voire l'application de la règle proportionnelle sur des garanties qui doivent souvent faire l'objet d'ajustement annuels, peuvent réduire sensiblement le montant des indemnités.

Les assurés qui seront passés à travers le tamisage de ces clauses devront ensuite accepter de voir appliquer la garantie sur la **seule période de la fermeture administrative** de leur établissement alors que les conséquences en termes de fréquentation et donc de pertes de chiffre d'affaire seront évidemment beaucoup plus longue à s'atténuer.

Et enfin seulement, le chiffrage des pertes d'exploitation interviendra et là également on peut s'attendre à de vifs débats car depuis l'origine la confusion entre perte de chiffre d'affaire et pertes d'exploitation est permanente.

Ainsi, seuls les frais généraux permanents seront indemnisés au titre de cette garantie PE, sous déduction des économies réalisées par ailleurs.

Dans l'activité de la restauration, bien que les situations puissent varier selon la structure et surtout la localisation des établissements, les frais généraux semblent se partager très schématiquement entre :

- |  |             |
|--|-------------|
| - Salaires et charges sociales y compris rémunération du chef d'entreprise : | 50 % à 53 % |
| - Achats de marchandises :   | 20 %        |
| - Frais fixes dont loyer :   | 25 à 27 %   |
| - Bénéfice (quand il y en a un !) :  | 0 à 5 %     |

Donc l'indemnisation au titre de la PE devrait porter sur l'ensemble des frais fixes et des salaires et du bénéfice éventuel sur la période de fermeture administrative sous déduction des économies réalisées par ailleurs et notamment de la prise en charge du chômage partiel ce qui devrait réduire le montant de l'indemnisation des salaires (86 % sauf cas particulier de la rémunération du chef d'entreprise en fonction de son statut social).

**La marge brute indemnifiable devrait se limiter à une moyenne de 35 % du chiffre d'affaire du restaurant sur la seule période de fermeture administrative.**

On est donc bien loin d'une indemnisation de la perte de chiffre d'affaire de la profession et des montants brandis en forme d'épouvantail par certains assureurs.

Cette analyse est sans doute trop schématique et ne tient pas compte de toutes les spécificités et notamment n'intègre pas le chiffrage des conséquences de la réouverture partielle des établissements qui va aussi peser sur leurs résultats d'exploitation et qui ouvrira sans doute un nouveau conflit pour savoir si cette période entre dans la fermeture administrative !

Les cabinets d'expertise sinistre PE ont manifestement du « pain sur la planche » !

Si certains assureurs ont accepté d'instruire les sinistres pertes d'exploitation après fermeture administrative, c'est sans doute que leur part de ce marché des restaurateurs est plus réduit que d'autres compagnies lourdement impactées, mais aussi peut être à la suite d'une analyse plus fine des enjeux financiers auxquels ils devront répondre.

Mais nous ne sommes certainement qu'au début de ce feuilleton puisque d'autres secteurs d'activités vont sans doute connaître les mêmes difficultés que la restauration et les « coups » commerciaux entre assureurs vont démontrer le degré leur de solidarité à l'orée de la tourmente financière à venir.

Christian TOURRAIN  
Conseil en assurance  
24 mai 2020

ACCAOP