

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE

Ordonnance de Référé du 13 octobre 2020

N° RG : 2020R00237

Société :

13006 MARSEILLE

Registre du Commerce et des Sociétés de Marseille n°

Comparaissant par Maîtres J [REDACTED] et A [REDACTED]
[REDACTED], Avocats au barreau de Marseille

C/

Société AXA FRANCE IARD S.A.

313 Terrasses de l'Arche

92200 NANTERRE

Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre n°

722 057 460

Comparaissant par Maître P [REDACTED] (S.E.L.A.R.L.
[REDACTED]), Avocat plaident inscrit au barreau
de Paris (Avocat constitué : Maître D [REDACTED]
([REDACTED]), Avocat au barreau de Marseille)

COMPOSITION DE LA JURIDICTION

Décision contradictoire et en premier ressort

Nous, P [REDACTED], juge délégué à la Présidence du
Tribunal de Commerce de Marseille

Assisté du Greffier Audiencier : Y [REDACTED] présent
uniquement aux débats et au prononcé de la présente
ordonnance

Par citation en date du 2 septembre 2020, puis par conclusions écrites oralement développées à
la barre, la Société [REDACTED] nous demande de :

Vu l'article 1104 du Code civil,

Vu l'article 1170 du Code civil,

Vu l'article 1190 du Code civil,

Vu l'article L. 113-1 du Code des assurances,

Vu l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile,

Vu l'article 873-1 du Code de Procédure Civile,

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

Vu l'article 700 du Code de Procédure Civile,

Vu les présentes écritures,

Vu les pièces versées au débat,

A titre principal :

- ✓ DIRE ET JUGER recevables les demandes de la Société ;
- ✓ CONDAMNER à titre provisionnel la Société AXA FRANCE IARD au paiement de la somme de 25.146,00 € à la Société au titre des pertes d'exploitation qu'elle a subies ;
- ✓ CONSTATER le caractère non écrit de la clause d'exclusion de garantie stipulant que « sont exclues les pertes d'exploitations, 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 de fermeture administrative, pour une cause identique » ;
- ✓ DEBOUTER la Société AXA FRANCE IARD de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions ;

A titre subsidiaire :

- ✓ RENVOYER l'affaire à une audience proche dont elle fixera la date pour qu'il soit statué au fond, en veillant à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense ;
- ✓ En tout état de cause :
- ✓ CONDAMNER la Société AXA FRANCE IARD au paiement de la somme de 3.600,00 € à la Société au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;
- ✓ CONDAMNER la Société AXA FRANCE IARD aux entiers dépens de procédure toutes taxes comprises.

Par conclusions écrites oralement développées à la barre, la Société AXA FRANCE IARD S.A. nous demande de :

Vu les articles 145, 873 et 873-1 du Code de Procédure Civile,

Vu l'article L. 113-1 du Code des assurances,

Vu les articles 1103, 1104, 1170 et 1190 du Code civil,

Vu la clause d'exclusion stipulée dans le contrat d'assurance souscrit par la Société auprès d'AXA,

Vu les pièces produites aux débats,

A TITRE PRINCIPAL

- ✓ JUGER qu'il existe une contestation sérieuse sur l'obligation d'indemnisation prétendument à la charge d'AXA FRANCE IARD en raison de l'existence de la clause d'exclusion stipulée au contrat d'assurance ;
- ✓ JUGER qu'il n'est pas de la compétence du juge des référés d'interpréter ledit contrat d'assurance et de se prononcer sur la validité de la clause d'exclusion ;

En conséquence :

- ✓ JUGER n'y avoir lieu à référé et déclarer l'action de la Société irrecevable ;

A TITRE SUBSIDIAIRE :

Si par extraordinaire le Juge des Référé se déclarait compétent :

- ✓ JUGER que l'extension de garantie relative aux pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative pour cause d'épidémie est assortie d'une clause

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

d'exclusion, qui est applicable en l'espèce, et qui respecte les caractères formel et limité exigés par l'article L. 113-1 du Code des assurances ;

- ✓ JUGER que cette clause d'exclusion ne vide pas l'extension de garantie de sa substance ;

En conséquence :

- ✓ DEBOUTER la Société [redacted] de sa demande de condamnation formulée à l'encontre d'AXA FRANCE IARD ;

A TITRE PLUS SUBSIDIAIRE

Si par extraordinaire le Juge des Référés estimait que l'extension de garantie était mobilisable en dépit de la présence d'une clause d'exclusion :

- ✓ JUGER qu'il existe une contestation sérieuse s'agissant du quantum de la provision sollicitée ;

En conséquence :

- ✓ DECLARER l'action de la Société [redacted] irrecevable et rejeter la demande de provision formulée à l'encontre d'AXA ;

A TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE

- ✓ DESIGNER tel Expert qu'il plaira au Tribunal, avec pour mission d'évaluer, conformément aux termes et conditions de la police, (i) « le montant des dommages constitués par la perte de marge brute pendant la période d'indemnisation », (ii) le montant total « des achats et charges variables » et des économies réalisées ainsi que (iii) le montant des « facteurs internes et externes » à retrancher du chiffre d'affaires de référence ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE

- ✓ JUGER que la Société [redacted] ne démontre pas l'urgence nécessaire à l'application des dispositions de l'article 873-1 du Code de Procédure Civile ;
- ✓ CONDAMNER la Société [redacted] à payer à AXA la somme de 1.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, outre les entiers dépens.

Conformément aux dispositions des articles 450 et 726 du Code de Procédure Civile, après avoir indiqué la date de la décision, laquelle est mentionnée sur le répertoire général des affaires, Nous avons mis l'affaire en délibéré.

SUR QUOI :

La Société [redacted] qui exploite un fonds de commerce de restauration traditionnelle, sollicite au visa de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, le paiement d'une provision en application de la garantie : « PERTE D'EXPLOITATION SUITE A LA FERMETURE ADMINISTRATIVE.../... lorsqu'elle est la conséquence « d'une épidémie », garantie qui figure dans les conditions particulières du contrat d'assurance « *Multirisque Professionnelle* » qu'elle a souscrit le 9 mai 2019 auprès d'AXA FRANCE.

La Société AXA FRANCE IARD s'oppose au paiement de cette provision en sollicitant « *la stricte application de la clause d'exclusion figurant au contrat* » : à savoir : l'exclusion des 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*

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ».

➤ **La Société** fait valoir :

- ✓ les conditions de la garantie sont réunies (AXA ayant accepté de garantir les pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire ou partielle de l'établissement), en vertu du contrat qui fait la loi des parties, l'existence de l'obligation de payer n'est pas sérieusement contestable ; que dès lors, une provision peut être allouée, même si le montant de l'obligation est encore sujet à controverse (Cass. com. 11 mars 2014 n° 13-13.304) ;
- ✓ l'exclusion de garantie est réputée non écrite car :
 - elle n'est pas formelle et limitée au sens de l'article L 113-1 alinéa 1 du Code des assurances et la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère qu'une clause d'exclusion de garantie ne peut être formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée (Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2001, n° 99-10.849, Bull. civ I n° 140, p. 92 ; Cass. civ. 3^{ème}, 27 oct. 2016, n° 15-23.841, Bull. civ. III, n° 140, p. 146) ;
 - elle prive de sa substance l'obligation essentielle de garantie du débiteur au sens de l'article 1170 du Code civil ;
 - elle est trompeuse et particulièrement difficile à interpréter pour un restaurateur ; une épidémie ne restant pas localisée dans un seul établissement (en ce sens : Tribunal de commerce de Tarascon 24 août 2020 – Tribunal de commerce de Paris dans 5 jugements du 17 septembre 2020) ; les juges du fond ayant privilégié le sens commun, auquel se sont référés les restaurateurs qui ont souscrit au contrat d'adhésion litigieux : une épidémie se définit comme le « développement et la propagation rapide d'une maladie contagieuse, le plus souvent d'origine infectieuse, dans une population » (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/epidemie...>)
 - si AXA entendait limiter cette définition, elle aurait dû le préciser (« épidémie isolée », « épidémie interne à l'établissement ».../...)
 - en démontrant que la clause ne vide que partiellement l'obligation de sa substance puisque la garantie resterait applicable dans d'autres cas, AXA FRANCE reconnaît que la clause vide l'obligation de sa substance ;
 - AXA ne rapporte aucune preuve de l'indemnisation d'un seul de ses clients sur le fondement de cette garantie assortie de cette clause d'exclusion ;
 - à l'évidence, en cas d'épidémie, la garantie est illusoire et inapplicable ;
 - AXA fait signer des avenants à ses adhérents dans lesquels elle supprime la garantie contre l'épidémie, la clause d'exclusion restant inchangée : cette clause est de toute évidence particulièrement mal rédigée et inopérante ;
 - il n'est pas demandé au juge des référés de se prononcer sur la validité de la clause d'exclusion, aucune demande en nullité n'étant formulée ; il est demandé au juge des référés de constater le caractère non écrit de la clause d'exclusion, ce qui consiste en une simple déclaration de l'absence de force obligatoire d'une disposition contractuelle : « il constate une situation de droit préexistante et n'en crée pas une nouvelle » (S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, n° 163 et s., p. 89 et s.)

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

➤ **La Société AXA FRANCE IARD soutient que :**

- ✓ sa contestation est sérieuse car :
 - le présent litige porte sur « l'interprétation d'un contrat d'assurance » qui relève du « seul pouvoir des juges du fond et non du juge des référés »,
 - « la validité d'une clause d'exclusion n'entre pas dans la compétence du juge des référés », ce dernier ne pouvant se prononcer sur la nullité d'une clause d'exclusion.
- ✓ Subsidiairement, la clause d'exclusion fait « obstacle à toute indemnisation en cas de fermeture administrative collective », car :
 - elle est dépourvue de toute ambiguïté « le sens de cette exclusion est clair et n'a pas à faire l'objet d'une interprétation.../... la mention « QUELLE QUE SOIT SA NATURE ET SON ACTIVITE » permet à l'assuré de bien comprendre la portée et l'étendue de l'exclusion, à savoir que toute fermeture dans tout autre établissement du département quel qu'il soit – établissement privé, établissement public, établissement bancaire... - et sans que cet établissement ait un lien quelconque avec le souscripteur, écarte l'application de la garantie lorsque cette fermeture porte sur une cause identique ;
 - elle ne prive pas de leur substance ni l'obligation essentielle de l'assureur, ni la garantie consentie à l'assuré : une épidémie peut être limitée à un groupe de personnes et peut être la cause de la fermeture d'un unique établissement étant rappelé que l'extension de la garantie perte d'exploitation ne constitue pas une garantie contre le risque d'épidémie mais contre le risque d'une fermeture administrative ; or au visa de l'article L 113-1 du Code des assurances, la jurisprudence considère que la clause d'exclusion est valable lorsqu'elle vient seulement limiter et non supprimer, la garantie du risque ;
 - au sens de l'article 1170 du Code civil, il ne peut être jugé que la clause d'exclusion priverait l'obligation essentielle de l'assureur de sa substance puisque l'obligation essentielle à laquelle s'est engagée AXA correspond à la couverture d'un risque qui peut survenir dans l'établissement assuré et qui est en outre plus fréquent que celui d'une crise sanitaire nationale affectant plusieurs établissements ; sur le plan scientifique, contrairement à ce qu'affirme la demanderesse, une épidémie peut être la cause de la fermeture d'un seul établissement étant précisé que dans un contrat le sens technique d'un terme dont la définition juridique ou scientifique est acquise n'a pas à faire l'objet d'une définition pour être opposable aux parties ; l'épidémie étant définie dans le Dictionnaire médical « augmentation rapide de l'incidence d'une maladie en un lieu donné, pendant une période donnée », par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) : un seul cas d'une maladie transmissible depuis longtemps absente dans un groupe de population ou due à un agent pathogène (bactérie ou virus) encore jamais observé dans la communauté ou la zone concernée, ou l'apparition d'une maladie jusqu'alors inconnue peuvent également constituer une flambée épidémique »
 - au sens de l'article 1190 du Code civil, la clause d'exclusion ne peut pas être considérée comme douteuse puisque l'obligation essentielle à laquelle s'est engagée AXA, correspond à la couverture d'un risque qui peut survenir dans l'établissement assuré.

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

- ✓ le quantum des demandes fait l'objet d'une contestation sérieuse car les stipulations du contrat ne permettent pas d'allouer le montant de la provision sollicitée ; le contrat précisant que le calcul des pertes d'exploitation indemnisables résulte de l'application d'un taux de marge brute au chiffre d'affaires de référence ; ce chiffre d'affaires devant correspondre à celui qui aurait été réalisé en l'absence de sinistre et que doivent être pris en compte les facteurs internes et externes susceptibles d'avoir eu une influence sur l'activité de l'assuré et sur son chiffre d'affaires.

Attendu qu'en application de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution d'une obligation, « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » ; qu'au cas particulier, il y a lieu de rechercher, dans les limites de l'évidence, si l'obligation de l'assureur est sérieusement contestable au regard des moyens qu'il invoque et en l'occurrence, si la contestation élevée par l'assureur présente une apparente licéité conformément aux règles de droit applicables en la matière à savoir les articles :

- ✓ L 113-1 du Code des Assurances : « *Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.* »
- ✓ 1170 du Code Civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.* »
- ✓ 1190 du Code Civil : « *Dans le doute, .../... le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé* »

Attendu qu'en arguant d'une contestation sérieuse au motif que « *l'interprétation d'une clause d'un contrat d'assurance n'entre pas dans la compétence du juge des référés* » la Société AXA FRANCE IARD place la clause d'exclusion litigieuse (sujette à interprétation), dans le champ d'application de l'article L 113-1 du Code des Assurances qui impose que cette clause soit exprimée clairement et simplement pour être comprise par l'assuré de telle sorte que ce dernier puisse connaître exactement l'étendue de la garantie souscrite, laquelle ne doit pas être illusoire ; or une clause d'exclusion de garantie ne peut être formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée (Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2001, n° 99-10.849, Bull. civ. I n° 40 p. 92 - Cass. 3^{ème} civ. 27 oct. 2016, n 15-23.841, Bull. civ. III n° 140 p. 146) ; que dès lors, la Société AXA FRANCE IARD ne peut se prévaloir d'une contestation sérieuse et il appartient au juge des référés (sous l'égide de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile qui lui donne pouvoir pour ordonner l'exécution d'une obligation), de se prononcer sur l'exécution de l'obligation de la Société AXA FRANCE IARD conformément au contrat d'assurance qui constitue la loi des parties ;

Attendu qu'en outre, les arguments développés par la Société AXA FRANCE IARD à l'appui de ses moyens de droit, relatifs au sens qu'elle a entendu donner à l'extension de garantie « *PERTE D'EXPLOITATION SUITE A LA FERMETURE ADMINISTRATIVE.../...* » lorsqu'elle est la conséquence « *d'une épidémie* », démontrent à l'évidence que cette clause contrevient aux dispositions de l'article L 113-1 du Code des Assurances ; qu'en effet, pour comprendre le sens du mot « *épidémie* » tel que retenu par AXA alors que cette notion n'a pas été définie dans le contrat d'assurance, à l'instar de la compagnie d'assurance, l'assurée qui exploite un fonds de commerce de restauration

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

traditionnelle et qui adhère au contrat rédigé par AXA aurait pu (voire dû) préalablement consulter :

- ✓ le site de l'OMS,
- ✓ la présentation du 16 février 2005, du Professeur P [REDACTED] (ancien Directeur général de l'Institut Pasteur),
- ✓ deux épidémiologistes réputés (Professeurs R [REDACTED] et D [REDACTED]),
- ✓ des bulletins épidémiologiques hebdomadaires (du 4 septembre 2012 et 14 avril 2015),
- ✓ des articles de FRANCE INFO du 20 août 2014 et de FRANCE 5, tous deux relatifs à des gastro-entérites,
- ✓ le rapport de l'Institut de veille sanitaire de janvier 2016,
- ✓ le communiqué de presse du Ministère de l'Agriculture du 10 septembre 2019,
- ✓ l'article de Santé Publique France du 1^{er} juin 1999,
- ✓ l'article du Figaro du 3 février 2014,
- ✓ l'article de VOA Afrique du 6 janvier 2016,
- ✓ un extrait du site du Ministère des Solidarités et de la Santé du 6 octobre 2015,
- ✓ des extraits du site du Centre National de Référence des Légionelles,

etc.../...

Attendu qu'il a été surabondamment démontré que la clause d'exclusion de garantie dont se prévaut la Société AXA FRANCE IARD ne présente pas une apparente licéité au regard des articles L 113-1 du Code des Assurances, 1170 et 1190 du Code Civil ; qu'en conséquence, la Société AXA FRANCE IARD ne peut invoquer cette clause réputée non écrite, pour se soustraire à l'obligation de garantie qu'elle a consentie pour « *PERTE D'EXPLOITATION SUITE A LA FERMETURE ADMINISTRATIVE.../...* » lorsqu'elle est la conséquence « *d'une épidémie* » ;

Attendu qu'en l'état de ce qui précède, il s'avère que le principe même de l'obligation de la Société AXA FRANCE IARD S.A. n'est pas sérieusement contestable ; que dès lors, il convient d'allouer une provision à la Société [REDACTED], même si son montant est encore sujet à controverse (Cass. com. 11 mars 2014, n° 13.13.304) ; qu'usant des pouvoirs donnés au juge des référés par l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile (Com. 22 juillet 1986 : Bull. civ. IV, n° 485), il y a lieu de fixer le montant de cette provision à la somme de 21.000 € et ce, en application du contrat d'assurance (page 21 des conditions générales) et sur la base de la perte de marge ressortant des documents comptables versés aux débats par la Société [REDACTED] ; qu'en conséquence, il y a lieu de condamner la Société AXA FRANCE IARD S.A. à payer en deniers ou quittance à la Société [REDACTED] la somme provisionnelle de 21.000 € à valoir sur les pertes d'exploitation qu'elle a subies lors de la fermeture de son établissement ;

Attendu qu'en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile, il échet d'allouer à la Société [REDACTED] la somme de 1.000 € au titre des frais irrépétibles occasionnés par la présente procédure ;

Attendu qu'il y a lieu de rejeter tout surplus des demandes comme non justifié ;

PAR CES MOTIFS :

Advenant l'audience de ce jour,

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.

Copie délivrée à titre de simple renseignement
Ne peut être utilisée comme pièce de procédure

Au principal, renvoyons les parties à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront, mais dès à présent et par provision, vu l'urgence,

Vu les dispositions de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile,
Vu les dispositions des articles L 113-1 du Code des Assurances, 1170 et 1190 du Code Civil,

Condamnons la Société AXA FRANCE IARD S.A. à payer, en deniers ou quittance, à la Société '.....' la somme provisionnelle de 21.000 € (vingt et un mille Euros) au titre des pertes d'exploitation qu'elle a subies lors de la fermeture de son établissement et celle de 1.000 € (mille Euros) au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;

Conformément aux dispositions de l'article 696 du Code de Procédure Civile,
Condamnons la Société AXA FRANCE IARD S.A. aux dépens toutes taxes comprises de la présente instance tels qu'énoncés par l'article 695 du Code de Procédure Civile, étant précisé que les droits, taxes et émoluments perçus par le secrétariat-greffe de la présente juridiction sont liquidés à la somme de 42,79 € (quarante-deux Euros soixante-dix-neuf Centimes TTC) ;

Rejetons tout surplus des demandes comme non justifié ;

Ainsi jugé et prononcé en audience publique de Référé le 13 octobre 2020 ;

LE GREFFIER AUDIENCIER

LE PRESIDENT

En cas de doute n'hésitez pas à faire appel au cabinet HSA AVOCATS : 01 47 64 16 17



Cabinet HSA AVOCATS

Virginie HEBER-SUFFRIN

Avocate au barreau de Paris

15, rue Théodule Ribot 75017 PARIS

06 75 65 58 57 - 01 47 64 16 17

La Minute de la présente ordonnance est signée par le Président du délibéré et le Greffier.