

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 : 2020R00244

Société

13002 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, L [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 10 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,

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 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,
Vu l'article 700 du Code de Procédure Civile,
Vu les présentes écritures,
Vu les pièces versées au débat,

A titre principal :

- ✓ DECLARER recevables les demandes de la Société ;
- ✓ CONDAMNER à titre provisionnel la Société AXA FRANCE IARD au paiement de la somme de 126.310,00 € 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 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 :

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

Si par extraordinaire le Juge des Référés 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 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 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 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 ne démontre pas l'urgence nécessaire à l'application des dispositions de l'article 873-1 du Code de Procédure Civile ;
- ✓ CONDAMNER la Société 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 :

Pour s'opposer à la demande de la Société (exploitante d'un fonds de commerce de restauration traditionnelle) qui sollicite l'application de la garantie : « *PERTE D'EXPLOITATION SUITE A LA FERMETURE ADMINISTRATIVE.../...* lorsqu'elle est la conséquence « *d'une épidémie* », la Société AXA FRANCE IARD demande « *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** _____ **soutient :**

- qu'en vertu de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, une provision doit lui être allouée, en application de la 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 et ce, même si le montant de l'obligation est encore sujet à controverse (Cass. com. 11 mars 2014 n° 13-13.304) car le contrat fait la loi des parties et 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)
- que 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) ;
 - 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 Société AXA FRANCE IARD fait valoir que :**

- sa contestation est sérieuse car le 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 », et que « 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 qui fait « obstacle à toute indemnisation en cas de fermeture administrative collective », doit être appliquée car :
 - 1) elle respecte le caractère limité exigé par l'article L 113-1 du Code des assurances :
 - il ne peut pas être jugé que la clause d'exclusion viderait la garantie de sa substance au sens de l'article L 113-1 du Code des assurances dans la mesure où conformément à la jurisprudence en la matière, cette clause d'exclusion vient limiter le champ de la garantie mais ne le supprime pas ; autrement dit si

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 clause d'exclusion litigieuse exclut de la garantie les cas de fermeture dites « collectives » du type Covid 19 (Arrêté Véran de mars 2020), elle laisse en revanche entière la garantie des fermetures dites « individuelles » de type listériose ou légionellose ;
- il ne peut être jugé que la clause d'exclusion viderait l'obligation essentielle de l'assureur de sa substance au sens de l'article 1170 du Code civil, puisque l'obligation essentielle à laquelle s'est engagée AXA, correspond à la couverture des risques pouvant affecter l'établissement assuré (légionellose, épidémie de gastro entérite, de listériose, etc.) dans une fréquence et proportion beaucoup plus larges que le type d'une crise sanitaire nationale affectant plusieurs établissements ;
 - 2) elle est dépourvue d'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 ;
 - A titre plus subsidiaire, 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 qui n'a pas été établi de façon contradictoire ; en application du contrat, le calcul des pertes d'exploitation indemnisables résulte de l'application d'un taux de marge brute au chiffre d'affaires de référence qui correspondre à celui qui aurait été réalisé en l'absence de sinistre ; qu'en outre, 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 que l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile confère au juge des référés le pouvoir d'accorder une provision au créancier ou d'ordonner l'exécution d'une obligation, « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » ; qu'il appartient donc au juge des référés de rechercher, si à l'évidence, l'obligation de l'assureur est sérieusement contestable eu égard aux moyens qu'il invoque et si la contestation alléguée 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 se prévalant 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 fait entrer la clause d'exclusion litigieuse (soumise à interprétation), dans le champ d'application de l'article L 113-1 du Code des Assurances ;

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

Attendu que selon l'article L 113-1 du Code des Assurances, une clause d'exclusion doit être exprimée clairement et simplement pour être comprise par l'assuré qui doit connaître exactement l'étendue de la garantie souscrite, garantie qui ne doit pas être illusoire ;

Attendu que la jurisprudence rappelle qu'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) ; qu'il s'ensuit que la Société AXA FRANCE IARD n'est pas en mesure de faire valoir une contestation sérieuse ; qu'en conséquence, le juge des référés doit (en application des dispositions de l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile qui lui attribuent compétence pour ordonner l'exécution d'une obligation) se prononcer sur l'exécution de l'obligation incombant à la Société AXA FRANCE IARD et ce, conformément aux contrat d'assurance qui constitue la loi des parties ;

Attendu qu'aux surplus, les exemples donnés par la Société AXA FRANCE IARD à l'appui de ses moyens de droit, concernant le 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* », montrent à l'évidence que cette clause déroge aux dispositions de l'article L 113-1 du Code des Assurances ; qu'effectivement, pour appréhender le sens du mot « *épidémie* » tel que retenu par AXA (qui n'a pas défini cette notion dans le contrat d'assurance qu'elle a rédigé), l'assurée qui exerce une activité de restauration traditionnelle aurait dû ou pu préalablement se renseigner en consultant :

- ✓ le site de l'OMS,
- ✓ deux épidémiologistes (les Professeurs R [REDACTED] et D [REDACTED]),
- ✓ des bulletins épidémiologiques hebdomadaires (4 septembre 2012 et 14 avril 2015),
- ✓ des articles de FRANCE INFO (20 août 2014) et de FRANCE 5, 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,
- ✓ des extraits 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 résulte de ce qui précède 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 se prévaloir de 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* » ; qu'il s'ensuit que le principe même de l'obligation de la Société AXA FRANCE IARD S.A. n'étant pas sérieusement contestable, une provision doit être allouée à la Société [REDACTED], même si son montant est encore sujet à controverse (Cass. com. 11 mars 2014, n° 13.13.304) ; qu'en vertu des pouvoirs attribués au juge des référés par l'article 873 alinéa 2 du Code de Procédure Civile (Com. 22 juillet 1986 : Bull. civ. IV, n°

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

485), il échet de fixer le montant de cette provision à la somme de 66.800 € et ce, en application du contrat d'assurance (page 21 des conditions générales) et sur la base de la perte de marge résultant des documents comptables versés aux débats par la Société

; 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 la somme provisionnelle de 66.800 € 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 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,
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 66.800 € (soixante-six mille huit cents 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-greffé 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

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

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