

Coronavirus et assurances des entreprises : la question des pertes sans dommage

Luc Mayaux

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)
Directeur de l'Institut des assurances de Lyon

En France comme dans le reste du monde, l'insuffisance des garanties d'assurance face à la crise du Coronavirus est patente, spécialement pour les risques d'entreprise. Dans sa dernière allocution télévisée du 13 avril 2020, le président Macron a déclaré qu'il veillerait à ce que l'assurance soit au rendez-vous. Dans le passé, il est arrivé aux pouvoirs publics de « tordre le bras » des assureurs en les contraignant à garantir alors qu'ils auraient pu valablement s'y refuser (comme dans l'affaire du sang contaminé par le virus du SIDA dans les années 1990). Mais cette fois, l'enjeu est tout autre, puisqu'il s'élèverait – paraît-il – à 50 milliards d'euros pour une cessation d'activité des assurés pendant un mois et demi. Comment les assureurs (contraints par des réassureurs de taille mondiale qui n'ont que faire des *oukases* présidentiels) pourraient-ils passer outre leurs propres contrats ? Le problème vient du fait, non seulement qu'une entreprise sur deux (et bien plus chez les plus petites) n'est assurée que pour ses pertes directes et non pour ses pertes d'exploitation, mais surtout que, dans l'immense majorité des cas, les pertes d'exploitation ne sont pas couvertes quand il n'y a pas de dommage « en amont ». En France, cette non-garantie des « pertes sans dommage » est apparue crument à l'occasion de l'incendie de Notre-Dame de Paris. Les commerçants riverains de la cathédrale qui ont dû fermer leur commerce sur injonction administrative ou qui ont perdu leur clientèle par disparition des touristes n'ont pu faire jouer leur contrat dès lors que leur local n'avait subi aucun dommage d'incendie ou de dégâts des eaux. Avec le Coronavirus, le problème est décuplé. Sauf ceux de première nécessité, tous les commerces sont fermés par décision des pouvoirs publics. Et pour ceux restés ouverts, les clients ne se pressent pas, légitimement inquiets d'une contamination.

En droit, c'est l'occasion de rappeler que, même si les articles L. 113-1 et L. 121-2 du Code

Coronavírus e seguros empresariais: a questão das perdas sem danos

Luc Mayaux

Professor da Universidade Jean Moulin (Lyon III)
Diretor do Instituto de Seguros de Lyon

Na França, como no restante do mundo, a insuficiência das garantias de seguro frente à crise do Coronavírus é patente, especialmente os riscos relacionados à atividade empresarial. Em seu último discurso televisivo de 13 de abril de 2020, o presidente Macron declarou que iria zelar para que os contratos de seguro fossem cumpridos. No passado, o Poder Público chegou a « torcer o braço » das seguradoras para forçá-las a garantir, mesmo quando elas poderiam validamente se recusar a fazê-lo (como no caso do sangue contaminado pelo vírus da AIDS nos anos 1990). Mas, dessa vez, o desafio é bastante diferente, pois, ao que parece, uma ação como essa equivaleria a 50 bilhões de euros por interrupção da atividade dos segurados durante um mês e meio.

Como os seguradores (constrangidos pelos resseguradores internacionais que, por sua vez, não se importam com *oukases* presidenciais) poderão ignorar seus próprios contratos? O problema decorre do fato de que não somente uma empresa a cada duas (e mais ainda, entre as menores) estão asseguradas apenas quanto às perdas diretas e não quanto às perdas operacionais nessa situação, mas sobretudo porque, na imensa maioria dos casos, as perdas operacionais não estão cobertas quando não há dano antecedente. Na França, essa ausência de garantia para “perdas sem danos” apareceu abruptamente quando ocorreu o incêndio da Notre-Dame de Paris. Os comerciantes situados nas proximidades da catedral, que fecharam seus comércios em razão de decisões administrativas ou que perderam sua clientela por causa da ausência dos turistas, não puderam ser indenizados porque suas instalações não sofreram nenhum dano decorrente do incêndio ou causado pela água. Com o Coronavírus, no entanto, o

des assurances évoquent, dans une même expression, les « pertes et dommages », les deux notions ont un contenu différent. La perte est quelque chose de moins (par rapport à ce qu'on a ou à ce qu'on attendait : par exemple une perte de recettes) alors que le dommage se définit comme une atteinte, une altération. Il y a en lui quelque chose de tangible alors que la perte (sauf celle d'un bien qui aurait disparu ou aurait été volé) est plus immatérielle et, du même coup, difficile à apprécier. Quand elles ne trouvent pas leur origine dans un dommage matériel (comme un incendie dont les conséquences s'inscrivent dans la durée), les pertes peuvent être vite effacées le jour où la croissance reprendra. De ce fait, le risque est d'une évaluation délicate, ce qui conduit, dans les hypothèses exceptionnelles où les pertes sans dommage sont couvertes, à des montants de garantie faibles et à une couverture restreinte à certains événements parmi lesquels ne figure pas la pandémie. Il n'y a guère que le tournoi de tennis de Wimbledon qui serait garanti, depuis l'épisode du SRAS de 2002, contre le risque de pandémie, et cela pour un montant substantiel (100 millions d'euros : v. www.cnews.fr, 9 avr. 2020). Et naturellement aujourd'hui, il est trop tard pour souscrire une telle assurance car un assureur ne garantit pas les conséquences d'un passé connu.

Une solution serait de considérer que les objets contaminés par le virus, sont altérés et donc endommagés. Certains avocats américains songent à invoquer l'argument. Mais, sauf à faire preuve de beaucoup d'imagination, ce qui est vrai pour une personne dont la santé est effectivement altérée par le virus peut difficilement l'être pour une chose. Une autre piste serait de rechercher la garantie de responsabilité d'un tiers, par exemple du fournisseur ou de l'importateur qui n'a pu approvisionner son client, lequel a dû cesser son activité. Mais, le fournisseur pourra assez facilement se retrancher derrière la force majeure, voire le fait du Prince (si sa propre entreprise a été fermée sur injonction administrative). Du même coup, il n'est pas responsable (faute de pouvoir lui imputer le dommage subi par son client) et, par voie de conséquence, son assureur de responsabilité n'est pas tenu.

En outre, il existe des obstacles contractuels.

problema é dez vezes maior. Salvo aqueles de primeira necessidade, todos os comércios estão fechados por decisão do Poder Público. E para aqueles que permanecem abertos, os clientes não aparecem, legitimamente preocupados com a contaminação.

No direito, essa é uma oportunidade para lembrar que, mesmo que os artigos L. 113-1 e L. 121-2 do Código de Seguros se refiram, numa mesma expressão, às “perdas e danos”, os dois conceitos possuem conteúdos diferentes. A perda é algo menor (em comparação àquilo que temos e àquilo que esperávamos: por exemplo, uma perda de receitas), enquanto que o dano é definido como uma violação, uma alteração. Há no dano algo tangível, enquanto que a perda (salvo aquela situação do bem que desapareceu ou foi roubado) é mais imaterial e, assim, difícil de avaliar. Quando não se originam de um dano material (como num incêndio cujas consequências são de longo prazo), as perdas podem ser rapidamente eliminadas quando o crescimento for retomado. Assim, a avaliação do risco é delicada, o que conduz, nas hipóteses excepcionais em que as perdas sem danos são cobertas, a baixos valores de garantias e a coberturas restritas a certos tipos de eventos, dentre os quais a pandemia não está incluída. Praticamente não há nada, além do torneio de tênis de Wimbledon, que será garantido, desde o episódio do SARS de 2002, contra o risco de pandemia, e isso por uma quantia substancial (100 milhões de euros : cf. www.cnews.fr, 9 de abril de 2020). E, naturalmente, hoje é muito tarde para contratar esse tipo de seguro, porque um segurador não garantirá as consequências de um passado conhecido.

Uma solução seria considerar que as coisas contaminadas pelo vírus foram alteradas e, portanto, danificadas. Certos advogados americanos estão pensando em invocar o argumento. No entanto, a menos que haja muita imaginação, o que é verdadeiro para uma pessoa, cuja saúde é efetivamente alterada pelo vírus, dificilmente se aplicaria a uma coisa. Uma outra opção seria recorrer à garantia de

Même si les pertes d'exploitation chez le client sont regardées comme des dommages réparables par le juge de la responsabilité (car elles lèsent un intérêt patrimonial), il est rare que ce « dommage immatériel pur » (car non consécutif à un dommage matériel) soit couvert par les polices de responsabilité. Par ailleurs, celles-ci excluent très généralement les dommages consécutifs à une épidémie et, encore plus, à une pandémie. La différence avec une assurance de chose est toutefois que la qualification d'exclusion est ici plus justifiée. Normalement, la dette de garantie de l'assureur de responsabilité est alignée sur la dette de responsabilité de son assuré. Une réduction de la garantie aux dommages non liés à une épidémie apparaît donc plutôt comme une exclusion. Or, en droit français, les clauses d'exclusion doivent être formelles et limitées (C. assur., art. L. 113-1). Et il a été jugé que l'exclusion des maladies liées à l'alcool, au mal de dos ou à un trouble psychique ne remplissait pas cette condition et était donc nulle. Mais, l'exclusion d'une pandémie est tout de même plus précise que celle du mal de dos et d'une fréquence moins grande, ce qui milite en faveur de sa validité. Ainsi, la piste des assurances de responsabilité n'est guère plus ouverte que celle des assurances de choses. Dans les deux cas, la loi contractuelle montre toute sa rigueur.

responsabilidade de terceiros, por exemplo, do fornecedor ou do importador que não pôde atender à demanda de seu cliente, que teve de interromper sua atividade. Mas, o fornecedor poderia facilmente se entrenchear por trás da força maior, ou mesmo do fato do príncipe (se sua própria empresa for fechada por decisão administrativa). Do mesmo jeito, ele não será responsável (por falta de poder lhe ser atribuído o dano sofrido por seu cliente) e, por consequência, seu segurador de responsabilidade não será necessário.

Por outro lado, existem os obstáculos contratuais. Mesmo se as perdas operacionais de um cliente sejam consideradas como danos reparáveis pelo juízo da responsabilidade (porque elas lesam um interesse patrimonial), é difícil que esse “dano imaterial puro” (porque não é consequência de um dano material) seja coberto pelas apólices de responsabilidade.

Além disso, essas apólices geralmente excluem os danos decorrentes de epidemia e, mais ainda, de uma pandemia. A diferença, em relação a um seguro de danos é, contudo, que a qualificação de exclusão aqui é mais justificada. Normalmente, a dívida garantida pelo segurador, no seguro de responsabilidade, está alinhada com a dívida de responsabilidade de seu segurado. Uma redução da garantia aos danos não relacionados à epidemia parece, portanto, uma exclusão. No entanto, no direito francês, as cláusulas de exclusão devem ser explícitas e limitadas (C. Seguros, art. L. 113-1). E já foi decidido que a exclusão de doenças ligadas ao álcool, a dor nas costas ou a transtorno mental não atendia a essa condição e, portanto, seria nula. Contudo, a exclusão de uma pandemia é muito mais precisa do que a da dor nas costas e também possui uma frequência muito menor, o que milita em favor de sua validade. Assim, o caminho seguro de responsabilidade dificilmente é mais aberto que o do seguro de danos. Nos dois casos, a lei contratual mostra todo o seu rigor.