4. A titre infiniment subsidiaire
Si par extraordinaire le Juge des Référés estimait que les garanties d'AXA étaient mobilisables en l'espèce :
- Juger que la société Maison Rostang sollicite l'indemnisation de pertes d'exploitation jusqu'au 15 juillet 2020 alors que le Gouvernement a annoncé que la réouverture des restaurants devrait intervenir début juin ;
- Juger que le préjudice de la société Maison Rostang sur la période s'étalant de début juin 2020 au 15 juillet 2020 est incertain de sorte qu'aucune provision ne saurait être accordée au titre de cette période ;
- Désigner, en tout état de cause, un expert avec pour mission de chiffrer très précisément le montant des pertes d'exploitation effectives, aux frais avancés de la demanderesse ;

5. En tout état de cause
- Rejeter les demandes de publication de l'ordonnance à intervenir formulées par la société Maison Rostang ;
- Condamner la société Maison Rostang à payer à AXA la somme de 8.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, outre les entiers dépens

L'audience du 12 mai 2020 à 16h30 s'est tenue en visioconférence, dont procès-verbal a été dressé, en application de l'article 7 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale.

Monsieur Stéphane MANIGOLD, président de la SAS MAISON ROSTANG, était également présent à l'audience et a été entendu.

Après avoir entendu les conseils des parties en leurs explications et observations, nous avons remis le prononcé de notre ordonnance, par mise à disposition au greffe, **au vendredi 22 mai 2020 à 16h.**

Sur ce,

<u>Sur la recevabilité</u>

Sur l'urgence,

Par sa note en délibéré du 13 Mai 2020 à laquelle AXA a répondu par une note du 17 mai 2020, la société Maison ROSTANG démontre, attestation de son expert-comptable à l'appui, que sa situation financière est gravement obérée et se traduit à date par un déficit de trésorerie de 201 413€ qui s'aggravera au 29 mai de 45 903€, montant de l'avance de l'indemnité d'activité partielle pour la totalité des équipes des deux établissements composant la Société.

La fortune de Monsieur MANIGOLD, qui n'est d'ailleurs pas sérieusement établie, dont fait état la partie défenderesse, ne saurait quoiqu'il en soit rentrer en ligne de compte dans notre appréciation, vu l'autonomie de la personne morale, la société Maison ROSTANG.

Enfin, les décisions de la Cour de Cassation évoquées par AXA France IARD pour rejeter l'attestation de l'expert-comptable se rapportent à des situations bien différentes s'agissant de procédures au fond (dol, valorisation de biens immobiliers) où d'autres démarches complémentaires auraient dû être prises en compte.

En conséquence nous dirons l'urgence établie.

Sur les contestations sérieuses ou non

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.

a) AXA ne s'appuie sur aucune disposition légale d'ordre public mentionnant le caractère inassurable d'une conséquence d'une pandémie, il incombait donc à AXA d'exclure conventionnellement ce risque. Or ce risque pandémique n'est pas exclu du contrat signé entre les parties.
b) AXA France IARD prétend que l'application de la clause fermeture administrative doit avoir pour fait générateur la réalisation préalable d'un événement garanti au titre de la perte d'exploitation
Cette affirmation n'est étayée par aucune référence contractuelle. Les conditions particulières (pièce 8) et l'intercalaire SATEC (pièce 9) mentionnent la fermeture administrative comme une extension de la perte d'exploitation au même titre par exemple que « meurtres ou suicides dans l'établissement ». Aucun préalable n'est exigé contractuellement, ainsi cette allégation fantaisiste sera écartée.
c-1) AXA France IARD avance que la fermeture administrative qui était visée dans le contrat était celle qui est prise par le préfet du lieu où est situé l'établissement et non par le ministre de la santé. Que ce soit le préfet ou le ministre, en droit français, il s'agit dans les deux cas d'une décision administrative et aucune exclusion contractuelle ne vise le ministre. Cette contestation sera donc également écartée comme non sérieuse.
c-2) AXA France mentionne en outre que l'arrêté du 14 mars 2020 n'impose pas la fermeture de l'établissement mais seulement de ne plus accueillir du public et que celui-ci est autorisé à **maintenir** son activité à emporter et de livraison et d'en conclure que l'établissement n'a été fermé que par la décision du chef d'entreprise qui n'a pas voulu se lancer dans la vente à emporter.

Nous constatons que « Le bistro d'à côté FLAUBERT » n'a jamais pratiqué la vente à emporter ni la livraison et que donc la mise en place d'une telle activité n'était pas autorisée. A supposer que cette activité fut possible, le fait de n'y avoir pas recouru ne supprime pas l'interdiction de ne plus recevoir du public ce qui est fondamental pour un restaurant traditionnel. La marge que procurerait cette activité de vente à emporter pour autant qu'elle en procure devrait être prise en compte dans la détermination du montant garanti. L'interdiction de recevoir du public est bien une fermeture administrative totale ou partielle du restaurant. Cette contestation sera donc également écartée comme non sérieuse.

En conséquence nous déclarons cette action en référé de la société MAISON ROSTANG recevable.

Sur les demandes

Sur la demande de provision au titre d'indemnisation du préjudice constitué par les pertes d'exploitation résultant de la fermeture administrative.

Vu la situation financière de la société et l'absence de contestation sérieuse nous disons cette demande de provision justifiée dans son principe.

Nous notons que la partie défenderesse ne soulève pas d'objection à ce stade quant à la marge mensuelle garantie mais déclare le préjudice incertain entre le 1 juin et le 15 juillet, la décision de fermeture ou de réouverture sur cette période n'étant pas encore connue. Nous disons cette remarque fondée et réduirons la provision allouée en conséquence (2,5/4).

Il nous parait toutefois nécessaire que le versement de cette provision soit assorti d'une astreinte dont le montant et les modalités seront fixés ci-après.

Sur la demande de désignation d'un expert.

La société MAISON ROSTANG demande la désignation d'un expert judiciaire au titre de l'article 872 du CPC. Nous avons noté qu'à titre infiniment subsidiaire AXA France IARD y consent. Nous y procéderons dans les termes prévus ci-après.

Sur la demande additionnelle de publication sous astreinte.

Nous notons que cette demande ne figurait pas dans la requête ni dans l'assignation délivrée et que le caractère provisoire de l'ordonnance de référé, dépourvue de l'autorité de la chose jugée, s'oppose par principe à toute publication judiciaire de l'ordonnance à intervenir. Nous rejetterons donc cette demande.

Sur l'article 700 du CPC

AXA France IARD, succombant à cette instance sera condamné à verser à la société MAISON ROSTANG la somme de 5 000€ au titre de l'article 700 du CPC et aux dépens.

Par ces motifs

Statuant par ordonnance contradictoire en premier ressort,

Vu les articles 872 et 873 du CPC

Disons cette action recevable,

Ordonnons le versement, à titre de provision, de 45 000€ à la SAS MAISON ROSTANG par la SA AXA FRANCE IARD, sous astreinte de 1 000€ par jour à compter du 15ème jour de la signification de la présente ordonnance et ce, pendant 60 jours, période au-delà de laquelle il sera fait à nouveau droit.

Nommons comme expert judiciaire :

Monsieur Emmanuel CHARRIER
5 avenue Franklin D. Roosevelt
75008 PARIS 08
Tél : 01.44.95.16.40
Fax : 01.42.89.10.96
Email : emmanuel.charrier@exco.fr

Avec pour mission :

- Evaluer le montant des dommages constitués par la perte de marge brute pendant la période d'indemnisation,
- Evaluer le montant des frais supplémentaire d'exploitation pendant la période d'indemnisation,
- Se faire communiquer tous documents et pièces qu'il estimera utiles à sa mission,

- Entendre tout sachant qu'il estimera utile,
- S'il l'estime nécessaire, se rendre sur place
- Mener de façon strictement contradictoire ses opérations d'expertise, en particulier en faisant connaître aux parties, oralement ou par écrit, l'état de ses avis et opinions aux parties à chaque étape de sa mission puis un document de synthèse en vue de recueillir les dernières observations des parties avant une date ultime qu'il fixera, avant le dépôt de son rapport, Rappeler aux parties, lors de l'envoi de ce document de synthèse, qu'il n'est pas tenu de prendre en compte les observations transmises au-delà de cette date ultime ainsi que la date à laquelle il doit déposer son rapport.

Fixons à 2 000€ le montant de la provision à consigner par la SAS MAISON ROSTANG avant le 22 juin 2020 au Greffe de ce Tribunal, par application des dispositions de l'Article 269 du code de procédure civile.

Disons qu'à défaut de consignation dans le délai prescrit, il sera constaté que la désignation de l'expert est caduque (Article 271 du code de procédure civile).

Disons que lors de sa première réunion laquelle devra se dérouler dans un délai maximum de deux mois à compter de la consignation de la provision, l'expert devra après débat contradictoire avec les parties, soumettre au juge du contrôle des mesures d'instruction ce qu'il aura retenu pour ce qui concerne la méthodologie qu'il compte mettre en œuvre, le calendrier détaillé de ses investigations, d'où découlera la date de dépôt de son rapport, et le montant prévisible de ses honoraires, de ses frais et débours, lequel juge rendra, s'il y a lieu, une ordonnance complémentaire fixant le montant de la provision complémentaire, dans les conditions de l'article 280 du code de procédure civile, et, s'il y a lieu, accordera une prorogation du délai pour le dépôt du rapport.

Disons que lors de cette première réunion l'expert fixera un délai pour les appels, éventuels, en intervention forcée, lesquels appels devront être au contradictoire, outre des appelés en intervention forcée, de toutes les parties dans la cause.

Disons que, si les parties ne viennent pas à composition entre elles, et sauf contrariété avec le paragraphe précédent, le rapport de l'expert devra être déposé au Greffe dans un délai de 6 mois à compter de la consignation de la provision fixée ci-dessus.

Disons que le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction suivra l'exécution de la présente expertise.

Rejetons la demande de publication judiciaire.

Condamnons la SA AXA FRANCE IARD à verser à la SAS MAISON ROSTANG la somme de 5 000€ au titre de l'article 700 du CPC,

Rejetons toutes demandes plus amples ou contraires des parties.

Condamnons la SA AXA FRANCE IARD aux dépens de l'instance, dont ceux à recouvrer par le greffe liquidés à la somme de 44,07 € TTC dont 7,13 € de TVA.