

Les fonds et garanties d'indemnisation
Rapport de synthèse
Par Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes 1

La présente synthèse s'appuie sur les contributions des rapporteurs allemand, belge, espagnol français, italien, roumain, suisse, anglais que le soussigné tient à remercier d'emblée pour la richesse des éléments ainsi communiqués. S'agissant de la méthode d'élaboration des rapports, j'avais communiqué à chacun de leurs auteurs une liste de questions destinée à les orienter facultativement, ce qui explique que certains s'y soient adossés et que d'autres aient préféré bâtir leurs développements selon leurs propres schémas, l'essentiel se des points attendus se retrouvant au final dans ces développements. Pour rappel, et en résumé, j'avais souhaité que soit précisés les modes de garantie des dommages environnementaux – assurance privée et ou fonds de garantie publics ou privés – que soit mentionnée l'existence éventuelle d'un phénomène d'auto assurance des entreprises, que soient décrites les caractéristiques contractuelles des polices d'assurance privée – contenu positif et négatif des garanties, évaluation des risques, tarification.. – et que soit spécifiée le cas échéant l'existence d'une assurance dédiée aux collectivités publiques, victimes mais aussi potentiellement responsables d'atteintes à l'environnement. Ces sujets, réorganisés pour les besoins de cette synthèse au vu des réponses obtenues, en formeront pour la plupart l'ossature.

La première interrogation que provoquent les différents rapports est naturellement celle de la délimitation du thème. Avant même d'aborder fonds et garanties, il convient d'en cibler l'objet.

A cet égard, un consensus s'est aisément trouvé afin de présenter les incidences assurantielles – *lato sensu* – de la transposition de la directive 2004/35 CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale, dont il est rappelé que son article 14-1 oblige les États membres à prendre « *des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, [...] afin de permettre aux exploitants d'utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent* ». Pour la première fois, a été formulée de façon générique la nécessité de penser le risque environnemental en termes de garantie collective, même si – nous y reviendrons – les termes de l'article 14-1 sont bien peu contraignants pour les Etats. L'assurance du « *risque de responsabilité environnementale* », donc du coût associé du principe pollueur/payeur¹ s'est ainsi trouvée au cœur des rapports considérés, sans qu'un véritable hiatus puisse être observé hors du champ géographique de la directive puisque la loi fédérale suisse du 7 octobre 1983 pour la protection de l'environnement évoque également les atteintes environnementales sans que soient nécessairement touchés des intérêts individuels, dans des termes bien souvent comparables². Si hiatus il faut trouver, c'est peut-être dans les modalités de transposition par

¹ Considérant n° 2, exposant le principe fondamental selon lequel « l'exploitant dont l'activité a causé un dommage environnemental ou une menace imminente d'un tel dommage soit tenu pour financièrement responsable, afin d'inciter les exploitants à adopter des mesures et à développer des pratiques propres à minimiser les risques de dommages environnementaux, de façon à réduire leur exposition aux risques financiers associés »

² V. not. art. 7 : par « atteintes, on entend les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations, les rayons, les pollutions des eaux et les autres interventions dont elles peuvent faire l'objet, les atteintes portées au sol, les modifications du patrimoine génétique d'organismes ou de la diversité biologique, qui sont dus à la construction

les Etats concernés – la loi étatique espagnole du 23 octobre 2007 donne compétence de mise en œuvre aux communautés autonomes avec le danger inhérent à cette « fragmentation » - ou du fait d'un empilement normatif, comment assurer en France une responsabilité visée à la fois par les lois du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, qui a abouti à un chapitre du Code civil relatif à la réparation du préjudice écologique ? Il est clair que ces deux situations sont propres à compliquer la couverture des risques, du fait d'un fractionnement contractuel (Espagne) ou d'une analyse rendue plus complexe de leur assiette (France).

Tout aussi naturellement, les problématiques assurantielles ne pouvaient se réduire à la seule responsabilité environnementale « pure », car celle-ci a été précédée de longue date par le besoin de couvrir le risque de responsabilité civile environnementale, tout particulièrement celui qu'encourent les entreprises, qu'elles soient au demeurant recensées ou non comme dangereuses pour l'environnement, les ICPE du droit français. A diverses occasions, il a été souligné que des dispositions spéciales imposaient cette responsabilité civile environnementale, à l'instar de l'article 80 § 2 de la loi roumaine 137/1995 relative à la protection de l'environnement. En plus du caractère objectif de la responsabilité, on y trouvait déjà l'obligation d'assurance en cas d'activités comportant un risque majeur. De même, le droit allemand avait dès 1960 introduit un régime de responsabilité sans faute en cas de pollution causée par le déversement de substances dans des eaux de surface, souterraines ou côtières, puis selon loi du 10 décembre 1990 sur la responsabilité environnementale (*Umwelthaftungsgesetz*) en cas d'« atteinte à l'environnement émanant d'une installation figurant à l'annexe I et ayant pour conséquence le décès d'une personne, la violation de l'intégrité corporelle ou de la santé ou la dégradation d'une chose oblige l'exploitant de celle-ci à réparer le dommage qui en résulte ». Il en va encore à l'identique du droit espagnol.. Il faut évidemment y ajouter, pour les pays n'ayant pas développé de dispositifs spéciaux, l'incidence du droit commun de la responsabilité civile, pour faute ou sans faute.

Dans cette double voie de la responsabilité environnementale et de la responsabilité civile environnementale, l'essentiel des rapports se sont intéressés, comme le résume la contribution belge, au « risque d'origine anthropique à l'exclusion du risque d'origine naturelle »³, renvoyant alors aux dommages causés à l'environnement ou à des tiers identifiés par l'activité des entreprises. Encore faut-il préciser que certaines atteintes, ressortant de cette qualification, n'ont été que minoritairement abordées compte tenu de la singularité de leur régime avant tout international : nous réserverons ainsi à la discussion éventuelle les conventions de Paris (1960) et de Bruxelles (1963) - telles que revues entre 1998 et 2004 - qui gouvernent la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire, de même que le régime d'indemnisation des dommages liés au transport maritime d'hydrocarbures issu du protocole de Londres (1992), sauf à souligner que la prise en charge de ces événements catastrophiques ne peut reposer sur les seules assurances privées, imposant la mobilisation de fonds ou de garanties étatiques complémentaires⁴. De même, nous éluderons certains risques dont la nature les place à la lisière du risque environnemental, du risque sanitaire et du risque professionnel – exposition à l'amiante – renvoyant spécifiquement au rapport suisse qui, seul, a développé sa prise en charge par un Fonds de garantie ad hoc – le FIVA selon un acronyme partagé avec le droit français – institué sous forme de fondation privée créée le 28 mars 2017.

ou à l'exploitation d'installations, à l'utilisation de substances, d'organismes ou de déchets ou à l'exploitation des sols ».

³ Lequel « trouve cependant, en droit belge, une réponse intéressante dans une forme de partenariat entre les assureurs privés et les pouvoirs publics ».

⁴ V. pour le risque nucléaire, les rapports belge et anglais ; pour le fonds international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par hydrocarbures, les rapports anglais et français.

Ceci posé, cette synthèse abordera en premier lieu la typologie des garanties disponibles dans les pays sous analyse (I) avant de se focaliser, à l'image de la plupart des rapports nationaux, sur la prise en charge du risque environnemental par l'assurance privée (II).

I. Typologie des garanties d'indemnisation disponibles

A. Typologie des garanties non assurantielles

1) Il existe dans l'Hexagone un phénomène « d'auto-assurance » des entreprises, lequel procède de l'obligation de fournir des garanties financières propres pour la réhabilitation des sites et sols pollués, la mise en sécurité des installations, ce que ne permet pas de financer un contrat d'assurance classique faute d'aléa dans cet événement imposé règlementairement. On recourt alors selon les cas à un fonds dédié⁵, à des garanties bancaires voire d'assurance. Mais, comme le souligne le rapport français, cette obligation reste limitée aux installations les plus dangereuses, et ne concerne nullement les indemnisations dues par l'exploitant aux tiers qui subiraient un préjudice du fait d'une pollution ou d'un accident. De même, on observe l'apparition de « captives » d'assurance, lesquelles prennent en charge des risques non assurables ou non complètement assurés. Là-encore, cette auto-assurance n'est pas généralisable, cette fois du fait des capacités financières qu'elle requiert. De tels dispositifs sont signalés dans d'autres pays, à l'instar de la Belgique, de la Suisse où ils relèvent de l'alternative à l'assurance – cette « autre manière » de garantie - que peut imposer le Conseil fédéral selon l'article 59b de la LPE, dont les dispositions d'exécution restreignent le choix au dépôt d'espèces, sans qu'il soit prévu que le détenteur d'une entreprise puisse se porter lui-même garant. Le rapport espagnol constate quant à lui qu'un cautionnement ou un fonds de réserve sont des options plus coûteuses que l'assurance classique. Les mêmes causes appelant les mêmes effets, l'auto-assurance volontaire ou imposée est probablement encore présente « en creux » dans d'autres pays, compte-tenu – nous y reviendrons (V. II) – du caractère facultatif de la plupart des contrats en cause.

2) Qu'en est-il en second lieu des fonds de garantie publics ou privés des dommages environnementaux ? Le rapporteur allemand souligne l'importance du débat doctrinal provoqué par la perspective d'un fonds général en ce domaine, né du besoin d'indemnisation des dégâts forestiers causés par les pluies acides dans les années 1980/90, en l'absence de responsabilité publique reconnue. Son intérêt tient à une meilleure adéquation au risque que le vecteur de la responsabilité civile, en présence de dommages par accumulation de comportements nocifs, et dont les effets préjudiciables n'apparaissent souvent qu'à retardement. Cependant, les projets parlementaires se sont taris en même temps que les pluies qui les avaient provoqués, et aucun autre pays ne s'est réellement avancé dans ce sens, tant pour des raisons politiques que techniques, à l'instar du droit suisse où le Conseil fédéral ne peut pas prévoir de garantie subsidiaire de l'Etat ou la création d'un fonds d'indemnisation. Une compétence étendue d'un fonds peut certes être parfois identifiée, mais elle n'est que complémentaire des autres modes de garantie, au premier rang desquels l'assurance privée. Soulignons ainsi qu'en Roumanie, l'ordonnance n° 68-2007 organise (art. 33 §1) un fonds d'intervention à la disposition du gouvernement pour financer des actions de stricte urgence, afin de prévenir les effets des menaces imminentes de dommage et/ou l'élimination des effets produits par un dommage environnemental. Malheureusement ce fonds n'a toujours pas été

⁵ Ex. fonds géré par l'ADEME pour les déchets.

institué. De même, la loi espagnole de responsabilité environnementale du 23 octobre 2007, transposant la directive du 21 avril 2004, prévoit au titre des garanties financières devant être constituées l'instauration de deux types de fonds. Le premier (S. 1 chap. 4) concerne les dommages à l'environnement au sens de ladite loi, est financé par un prélèvement sur les contrats d'assurance, est géré par un consortium de compensation d'assurances, intervient en complément des polices privées sur la base des mêmes risques que ceux couverts par celles-ci et du même niveau de garantie (V. infra), lorsque sont expirés les délais de réclamations stipulés contractuellement : la garantie de cette « responsabilité posthume » joue pour une durée équivalente à celle du contrat terminé, avec un maximum de 30 ans. Le second fonds espagnol de réparation des dommages environnementaux est étatique (S. 2 chap. 4), financé par le budget de l'Etat, géré par le ministère de l'environnement sans compétence cette fois déléguée aux communautés autonomes, même si celles-ci peuvent collaborer en finançant volontairement un élargissement de son champ d'action. Ce fonds intervient dans certaines hypothèses ici qualifiées « d'alternatives » : atteintes à des biens publics nécessitant des mesures de prévention, d'évitement et de réparation en l'absence de responsable identifié ou, quand un exploitant est cette fois concerné, s'il peut se prévaloir d'une autorisation administrative expresse de son activité ou de l'existence d'un risque de développement. Pour séduisants qu'ils soient dans leur principe, en permettant d'aller au delà de l'objectif de garantie posé par la directive du 21 avril 2004, ces fonds restent tributaires de dispositions réglementaires elles aussi non encore effectives à ce jour.

De la sorte, la recherche de fonds de garantie opérationnels impose de se tourner vers des dispositifs très sectoriels, et donc d'ambition nécessairement plus limitée. En France, on recense ainsi le fonds de garantie des catastrophes technologiques, garantie obligatoire prenant en charge les accidents survenus dans une ICPE, ayant rendu inhabitable plus de cinq cents logements. Son bénéfice complet est adossé aux assurances habitation ou automobile des particuliers, étant précisé que les victimes non assurées n'y ont accès que pour les dommages frappant leur habitation principale sous réserve d'un plafond. Ne sont donc pas couverts les préjudices corporels ni le préjudice écologique. Sans verser dans le détail de l'inventaire, on évoquera également à la lecture du rapport français le rôle du fonds de garantie des risques liés à l'épandage des boues d'épuration urbaines ou industrielles – indemnisant notamment le dommage écologique infligé aux terrains agricoles dès lors qu'il était inconnu lors du déversement et financé par une taxe annuelle pesant sur les entreprises du secteur – l'intervention de l'ADEME (Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie) dans la remise en état des sols pollués en cas de disparition ou d'insolvabilité de l'exploitant du site ou du responsable de la pollution. Un fonds de prévention des risques naturels majeurs finance l'indemnisation de la démolition des biens exposés à des risques naturels ainsi que le relogement des personnes exposées⁶, l'Office national de la chasse assure l'indemnisation des dommages causés par le grand gibier, mais l'on sort dans l'un et l'autre cas du risque anthropique sur lequel se focalise cette synthèse⁷. L'Allemagne, qui a inspiré par son propre fonds - décret du 20 mai 1998 - le dispositif français de garantie contre les conséquences des boues d'épuration, dispose également de longue date des caisses d'indemnisation des dommages miniers, mais a perdu le fonds créé en 1994 pour financer les réintroductions de déchets dangereux rendues nécessaires par une exportation illicite, ce fonds ayant été dissous à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale. Au bilan, ces fonds ont un rôle « marginal » outre Rhin, voire « négligeable » en Belgique. Le rapport italien souligne même l'intervention exclusive de l'assurance privée.

⁶ Il est alimenté par un prélèvement sur le produit des primes relatives à la garantie contre le risque de catastrophes naturelles

⁷ Idem fonds contre les pollutions par hydrocarbures

B. Typologie des garanties d'assurance privée

Avant même d'aborder le périmètre des garanties délivrées (II) il importe d'en dresser une véritable taxinomie compte tenu de la variété des contrats disponibles, liée à la « réactivité » (rapport français) des assureurs ou à « l'accompagnement des entreprises » (rapport allemand) face aux évolutions du droit positif. Observons liminairement, qu'en réponse à l'une des questions posées, seul le rapport français fait état d'une assurance dédiée aux collectivités locales de l'Hexagone, couvrant les risques de responsabilité civile ou administrative encourus du fait de ses installations ou de ses activités - telles que l'épandage des boues provenant de stations d'épuration – et, optionnellement, garantissant les frais de dépollution des sols, des eaux, du littoral des biens mobiliers, immobiliers au titre de l'exploitation d'un site. L'ordre d'entrée en scène des autres polices est fort logiquement dicté par l'évolution d'assurances de stricte responsabilité civile à une assurance tentant d'appréhender également le risque environnemental.

1) Les assurances de responsabilité susceptibles d'être mobilisées sont à la vérité très diverses.

Celles souscrites par les particuliers ne jouent qu'un rôle marginal : les assurances obligatoires automobiles peuvent, le cas échéant prendre en charge la pollution afférente aux matériaux transportés par le véhicule (France).

Sans surprise, le risque de responsabilité civile environnementale s'est avant tout rattaché à l'activité des entreprises et, d'abord, aux assurances couvrant leur responsabilité générale. Aussi bien, la majorité des rapports mentionnent l'existence d'une offre traditionnellement adossée à des contrats non dédiés à un tel risque. Ainsi en est-il de l'assurance responsabilité civile exploitation - qui couvre la responsabilité extra-contractuelle de l'entreprise vis-à-vis des tiers au titre des activités visées par les conditions particulières – et de l'assurance responsabilité civile après livraison qui garantit la responsabilité extracontractuelle et contractuelle de l'assuré, vis-à-vis des tiers, pour les dommages causés par les produits après leur livraison⁸ ou par des travaux après leur exécution. A ce panel, il faut encore ajouter la couverture du risque de pollution lié à un incendie ou une explosion dans les locaux de l'assuré, qui peut alors être couvert par l'assurance incendie, ou l'assurance de choses de type « property » en Roumanie, au rebours des exclusions absolues observables dans ces assurances au Royaume-Uni. Il est intéressant de souligner que ces offres connaissent des succès très variables selon les pays considérés. En Italie, il apparaît que la garantie du risque environnemental résulte très largement (98%) de l'élargissement de ces contrats ordinaires d'assurance d'entreprise, par adjonction de clauses étendant la couverture aux préjudices environnementaux. Un même constat semble pouvoir être tiré du rapport roumain, tandis que le rapport espagnol évoque comme pratique répandue la couverture de la contamination dans le cadre de l'assurance de responsabilité professionnelle. En revanche, de telles extensions sont fortement critiquées par le rapport belge : même s'il s'agit en principe de couvrir un large spectre de risques « *la dispersion, l'émission, le dégagement ou la fuite de liquides, gaz, déchets polluant les eaux, le sol ou l'atmosphère ; le bruit, les odeurs, la température, l'humidité ; les vibrations, l'électricité, les rayonnements ou les radiations* », on peut leur reprocher de créer un « faux sentiment de sécurité » chez les assurés, lors même que la couverture effective est insuffisante, soit pour des raisons conjoncturelles – définitions et exclusions de risques (V. infra, II) – soit pour des raisons structurelles – une assurance de

⁸ Elle correspond alors plus spécifiquement à l'assurance « RC produits livrés » en France.

responsabilité ne peut par construction prospérer au delà de ce champ, et encore pas toujours puisque sont exclus en Belgique les cas de responsabilité objective ou sans faute, sauf troubles anormaux de voisinage ou régime des produits défectueux, c'est bien le moins que l'on puisse attendre d'une assurance RC produits ! Cela étant, ces contrats sont encore très présents dans les entreprises belges, les polices de responsabilité environnementale (infra) étant réservées à ce jour aux grosses structures. En France, afin d'alerter voire de lutter contre une telle inadéquation, les milieux de l'assurance ont adopté une double démarche : pour les risques les moins lourds, maintien dans les contrats de responsabilité civile générale mais avec exclusion de principe puis possibilité de rachat moyennant une prime *ad hoc*, pour les risques les plus lourds, nouvelle offre spécifique de contrat responsabilité civile atteintes à l'environnement, grâce à l'intervention d'un pool de coréassurance, « GARPOL » en 1977 puis « ASSURPOL » en 1990, GIE regroupant une soixantaine d'assureurs et de réassureurs.

Cette spécialisation croissante des contrats d'assurance de responsabilité civile n'est pas l'apanage de la France. En Suisse, l'assurance visée par l'article 59b LPE est une police d'assurance de responsabilité civile au sens de l'article 59 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Viennent s'y ajouter, encore plus spécifiques, des garanties fédérales du risque de responsabilité lié à la dissémination expérimentale d'organismes pathogènes dans l'environnement⁹ ou à l'utilisation d'organismes en milieu confiné¹⁰. En Espagne, un contrat doit être obligatoirement souscrit pour le risque lié aux déchets. En Allemagne, il importe de relever l'existence d'une police d'assurance de responsabilité civile environnementale, développée par la Fédération allemande des sociétés d'assurances. Celle-ci répond aux exigences de la loi du 10 décembre 1990 sur la responsabilité environnementale - imposant aux exploitants d'installations dangereuses d'être en mesure de réparer les dommages causés par le décès ou le dommage corporel d'une personne ou la dégradation d'une chose résultant d'une atteinte à l'environnement – mais aussi désormais aux contraintes de la « loi pionnière » sur le régime des eaux qui a, dès 1960, institué une responsabilité sans faute en cas de pollution causée par le déversement de substances dans des eaux de surface, souterraines ou côtières.

Malgré leur meilleure adéquation aux conséquences néfastes du risque environnemental, isolé en tant que tel, pareilles polices demeurent - comme leurs homologues plus générales – tributaires de l'identification d'un cas de responsabilité civile se répercutant sur un intérêt individuel. Ceci emporte une triple limite, mise en lumière par les rapports belge et anglais. *Primo*, la nécessité d'un tiers victime, quelle que soit la souplesse de son admission à cette qualité, empêche la couverture du « dommage écologique pur », ne permettant pas de financer les obligations de remise en état consécutives, telles que peut les imposer l'administration, ce que le droit anglais dénomme « responsabilité statutaire » : une affaire célèbre, le cas Bartoline porté en 2006 devant le tribunal de commerce de Manchester, a ainsi sorti du champ de la police d'assurance de responsabilité civile le coût de remise en état aquatique consécutif au déversement de produits chimiques utilisés afin de lutter contre un incendie chez l'exploitant¹¹. *Secundo*, semblable exigence d'un dommage causé à un tiers au contrat compromet la prise en charge des frais d'assainissement, de dépollution ou de décontamination du site propre de l'assuré, sauf mesures de sauvetage immédiat. *Tertio*, le droit actuel de la responsabilité ne permet pas l'indemnisation des précautions et mesures de prévention destinées à éviter la survenance de sinistres encore en germe. Toutes ces circonstances relèvent pourtant d'un risque environnemental dorénavant reconnu par le droit positif, au premier chef par la directive européenne 2004/35 sur la responsabilité

⁹ Ordonnance fédérale du 10 septembre 2008 imposant des garanties financières suffisantes pour couvrir les frais nécessaires à déterminer, éviter et éliminer les atteintes dues à ces organismes.

¹⁰ Ordonnance fédérale du 9 mai 2012.

¹¹ *Bartoline Limited v Royal & Sun Alliance Insurance plc c. Heath Lambert Limited*.

environnementale et de ses lois de transposition dans les différents Etats.

2) Cette évolution majeure n'a évidemment pas laissé indifférent le monde de l'assurance, ne serait-ce qu'au nom d'une logique de marché. Plusieurs types de réponses à ces besoins nouveaux peuvent être aujourd'hui recensées. Certains contrats RC font figure de précurseurs d'évolutions à venir des fonctions du droit de la responsabilité, puisque s'y retrouve la couverture des frais de prévention raisonnable engagés avant la survenance d'un sinistre¹². Surtout, de véritables contrats complémentaires ont été élaborés, à l'instar de la police d'assurance type allemande de dommages environnementaux qui permet de garantir le risque d'une obligation publique de remise en état consécutive à la survenance d'un préjudice écologique pur, consécutivement à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 sur la prévention et la réparation de dommages environnementaux. Le rapporteur souligne que cette complémentarité vis à vis des assurances de responsabilité civile, préférée à une police unique par la Fédération allemande des sociétés d'assurances, ne va pas de soi car l'articulation des garanties est parfois délicate. En Espagne, un contrat couvrant le risque environnemental hors responsabilité civile, pénale ou administrative a été développé, dans le sillage de la loi de transposition du 23 octobre 2007

Néanmoins, la globalisation des risques environnementaux au sein de polices multirisques semble être une pratique de plus en plus répandue dans les pays sous analyse, même si elles n'excluent pas les alternatives précédemment exposées. En Belgique, les assurances de la responsabilité environnementale des entreprises - pollution legal liability dite « PLL » - se déclenchent par l'obligation légale de l'assuré de procéder à l'exposition de frais de décontamination, tout comme par celle de réparer le dommage causé à des tiers, allant dès lors au delà de l'engagement d'une responsabilité civile *stricto sensu*. En France, le GIE Assurpol ci-dessus mentionné n'a cessé de diversifier son offre aux sociétés adhérentes de Contrats d'Assurance des Risques Environnementaux (CARE) dont la version 2017 permet aux entreprises qui le désirent d'accéder à une police multirisques – quoique non universelle (cf II) - combinant la couverture de la responsabilité civile classique étendue au préjudice écologique pur, celle des pertes pécuniaires procédant des frais d'intervention de l'administration au titre de la loi de transposition du 1^{er} août 2008, des frais de dépollution du site et des pertes d'exploitation. Au Royaume-Uni, sont apparus sur le marché des contrats spécialisés couvrant, outre la responsabilité délictuelle classique, les responsabilités statutaires et autres risques proprement environnementaux, pour remédier à l'insuffisance des extensions qui avaient parfois été greffées sur les assurances traditionnelles depuis l'affaire Bartoline. L'Espagne connaît de même depuis 1994 un pool de réassurance des risques environnementaux, là-aussi sous forme de GIE élaborant des polices qui couvrent à la fois le risque environnemental et la responsabilité civile encourue à l'égard des tiers, au prix d'une certaine rigidité du contrat type soulignée par le rapporteur. Le même regroupement en pool est signalé en Italie. De tels regroupements, du fait de la force de frappe que représente la réassurance, ont l'avantage d'offrir des produits plus performants en termes de plafonnement et de contenu des garanties (cf II). Hors du champ de la Directive, l'association suisse des assurances propose depuis 2010 des conditions générales complémentaires, qui permettent d'élargir la couverture des prétentions en lien avec l'environnement, on peut le supposer vers les frais qu'elles peuvent alors susciter.

¹² V. l'assurance de responsabilité civile environnementale allemande, § 5, admettant la couverture des frais de prévention engagés avant la survenance du sinistre, dès lors qu'un risque de sinistre se manifeste à la suite d'une perturbation de l'exploitation, ou si l'autorité publique ordonne la prise de mesures permettant de prévenir ou de limiter des dommages environnementaux. V. en Roumanie la prise en charge par l'assurance de responsabilité civile des dépenses liées à l'élimination d'effets immédiats, aux coûts ou aux mesures raisonnables pour la prévention de l'événement qui entraîne la pollution et qui peut survenir pendant la période du contrat.

II – Champ d'intervention des assurances privées

A. Considérations liminaires

1) La première considération préalable, qui contribue à l'effectivité des assurances privées, tient à leur caractère obligatoire ou facultatif en matière environnementale. *Prima facie*, on pourrait penser que l'article 14-1 précité de la directive du 21 avril 2004 constitue à tout le moins un encouragement fort des Etats à imposer de telles assurances dans leur ordre juridique interne. La réalité s'avère à ce jour décevante, les Etats membres restant l'arme coercitive au pied. En Italie, l'article 318 al. 3 du Code de l'environnement, texte de transposition, renvoie certes à un décret ministériel en vue de définir les instruments de garantie requis par la norme européenne, mais ce décret n'est toujours pas paru, laissant l'assurance facultative. Si des garanties financières peuvent parfois être imposées indirectement, c'est parce qu'elles procèdent de privilèges, de fidéjussions ou de charges réelles pesant sur les biens immobiliers à l'origine des contaminations, de nature à assurer le recouvrement des créances qui peuvent résulter de l'intervention des collectivités dans l'assainissement des sites, dans la prévention et la réparation des dommages, en cas de défaillance des opérateurs responsables. En Espagne, rappelons que l'expectative affecte toujours les arrêtés requis pour la constitution des garanties quelles qu'elles soient et quel que soit leur niveau de priorité. Pire encore, les lois roumaines n° 137/1995 et 294/2003 avaient nous l'avons vu instauré une obligation d'assurance au moins pour les activités sources « de risques majeurs », mais l'ordonnance d'urgence du gouvernement n° 195/2005 relative à la protection de l'environnement – de transposition - a abrogé ces dispositions, renonçant à prévoir une garantie autre que facultative pour le risque environnemental ! Quant à l'Allemagne, après que soit née une controverse sur l'opportunité d'une assurance obligatoire, l'article 14-1 a été interprété comme dépourvu de force contraignante, rien ne figurant donc en ce sens dans la loi du 10 mai 2007. Non sans paradoxe à nos yeux, le législateur allemand a considéré qu'une telle obligation aurait freiné le développement de solutions d'assurance. Ici comme ailleurs, en l'occurrence en Belgique et en France, il faut dès lors chercher la coercition dans des cas très spécifiques (risque nucléaire, transport maritime d'hydrocarbures et autres illustrations supra..) ou dans des mesures non assurantielles (constitution de garanties financières par des exploitants pour la réhabilitation des sites, supra).

2) Un second préalable est plus théorique et ressort d'une incise du rapport belge. Il concerne la nature juridique de l'assurance couvrant, au titre de la responsabilité environnementale d'une entreprise, les frais d'assainissement, de dépollution, préventifs ou curatifs, qui peuvent être imposés à l'assuré par les autorités administratives. Si l'on raisonne à partir du droit français (*remarque personnelle du soussigné*) et probablement à partir de la majorité des droits étrangers hormis la Belgique, il est délicat de classer ce type d'assurance dans les catégories identifiées que sont les assurances de dommages – par opposition aux assurances de personnes – lesquelles renvoient elles-mêmes aux assurances de responsabilité et de choses. Or de tels frais ne sont pas toujours liés à l'engagement d'une responsabilité et n'ont plus toujours trait à un sinistre affectant un élément patrimonial, une « chose » de l'assuré. Cette singularité oblige à des approximations comme tout raisonnement analogique. A défaut de qualification, il est loisible en France de les inscrire dans une branche de l'agrément nécessaire, celle visée à l'article 321-1 C. ass. au titre des « pertes pécuniaires » (branche 16), ce qui ne résout pas tout puisque il faut alors déterminer leur régime, en les écartant par exemple du régime des catastrophes naturelles cantonné aux assurances de dommages à des biens (C. ass., art. L. 125-1) ou, de façon plus délicate, en s'interrogeant sur

l'application à leur égard de dispositions gouvernant la durée de la garantie dans le temps qui semblent réservées aux assurances de dommages (C. ass.,). En Belgique, la qualification spécifique d'assurance de frais, avec le régime corrélatif, est actée depuis la loi du 16 juillet 1992. Pour autant, le rapport fait état de diverses difficultés juridiques, car l'on trouve des références à des règles de responsabilité dans ce qui ressort *a priori* de l'assurance de frais, à l'exemple de l'exclusion de couverture de la réclamation d'un assuré contre une autre personne, également assurée, aux termes de la police – ce qui renvoie à l'exigence d'un dommage causé à un tiers – ou encore du maintien de la preuve d'un lien de causalité entre le dommage et l'exploitation, là encore au nom d'un standard de responsabilité civile.

B. Le périmètre des garanties accordées

Cette présentation sera guidée par la nature des risques couverts, sans revenir à ce stade sur la structure des contrats selon qu'ils s'inscrivent ou non dans des conventions plus générales, ou selon qu'ils agrègent ou dissocient le risque de dommage causé à un tiers et celui strictement environnemental.

1) Le contenu des garanties du risque de responsabilité civile postule une définition positive de celui-ci. Une fausse simplification serait de considérer que les contrats sont le reflet fidèle des règles de responsabilité pour faute, sans faute, extracontractuelle et le cas échéant contractuelle qui ont été précédemment développées lors de ce séminaire, et en épousent donc les contours. Certes, par exemple, les contrats allemands reprennent les dispositions de la loi du 10 juillet 1990 en évoquant « *la première constatation par la victime, un tiers ou l'assuré d'un dommage à la personne, d'un dommage aux biens ou d'un dommage patrimonial* » émanant de l'installation ou de l'activité déclarée par le candidat de l'assurance. Mais toutes les formes de responsabilité civile sont loin d'être prises en compte, à l'instar des polices belges RC exploitation qui écartent la responsabilité contractuelle de l'assuré, l'assureur ne souhaitant pas couvrir le risque commercial que celui-ci assume connaissance de cause. Et surtout, les définitions du fait générateur, du lien de causalité et du dommage marquent la singularité des assurances considérées. En France, il n'est ainsi question que de garantir les risques accidentels et soudains, ce qui exclut les atteintes graduelles à l'environnement dont l'origine n'est pas fortuite, lors même que celles-ci peuvent être source de responsabilité civile. Au vrai, cette exigence est largement partagée : les assurances espagnoles et anglaises, fût-ce avec l'extension Bartoline¹³, imposent des accidents ponctuels et non progressifs. C'est encore l'accident qui, en Italie, subordonne logiquement le financement de mesures de soutien et d'intervention urgente par l'assureur. En Belgique, il est intéressant d'entrer, avec le rapporteur, dans le détail des termes des assurances de responsabilité de l'entreprise. La notion d'accident y figure souvent comme un « *événement soudain, involontaire et imprévu dans le chef du preneur d'assurance, de ses organes, préposés ou dirigeants* », cette soudaineté touchant possiblement aussi bien le fait générateur que le dommage. Cependant, cette soudaineté est rapportée par les polices belges au seul fait générateur, de sorte que la pollution accidentelle, mais aussi graduelle peut être couverte dès lors qu'elle ne trouve pas sa cause dans une altération lente du milieu, ce que l'on retrouve peu ou prou au Royaume-Uni dans la clause ABI susvisée. Ajoutons que l'accident postule l'anormalité, excluant de sorte – et ce n'est pas neutre – la pollution qui serait le résultat normal, anticipé et accepté des activités de l'entreprise, dans la logique de préservation de l'aléa contractuel, ce qui correspond en France aux troubles normaux de cette activité dussent-

¹³ V. depuis 1990, la clause-type de l'Association des Assurances Britanniques (*Association of British Insurers-ABI*), excluant « la pollution progressive » et visant un incident « soudain, identifiable, involontaire et inattendu qui se déroule dans sa totalité à un moment précis et lieu précis pendant la période d'assurance ».

ils engendrer des nuisances auditives ou olfactives, ou en Suisse aux atteintes inévitables, nécessaires ou implicitement acceptées par l'auteur du dommage.

Dans ce pays toujours, ne sont pas couvertes au titre des mêmes conditions générales complémentaires, élaborées en 2010 par l'Association Suisse d'Assurance, « les prétentions d'origine similaire qui déclenchent ensemble une atteinte ». Ceci permet de recenser d'autres formes d'exclusions, non seulement indirectes comme l'est la définition du risque susvisée, mais aussi directes. Il y a pléthore, et seules quelques illustrations en seront ici données. Les conditions types allemandes écartent les dommages liés à un risque de développement, émanant de sites de décharge et d'enfouissement de déchets, ou de sites miniers, les dommages génétiques. En Belgique, contrairement aux assurances RC exploitation, les assurances RC après livraison excluent la couverture des dommages immatériels purs ou consécutifs à un dommage non couvert, de même que les dommages causés au produit défectueux lui-même ou à la prestation de service. Le rapport roumain mentionne la non garantie des préjudices moraux, le rapport suisse celle des atteintes provenant de l'utilisation de biocides. En France, on peut signaler l'exclusion des pollutions causées par des déchets livrés aux filières mises en place pour leur élimination, en rappelant que les risques environnementaux les moins lourds sont en principe exclus des assurances de responsabilité civile, sauf rachat spécifique cependant. S'y ajoutent, comme en Belgique et probablement dans bien d'autres pays, les exclusions des dommages causés par l'inobservation des dispositions légales ou réglementaires de sécurité, environnementales que l'assuré ne pouvait ignorer, ceci posant, comme le remarque à raison le rapporteur belge, un problème de « détermination » suffisante du manquement au sens des articles 8 et 11 de la loi du 25 juin 1992 pour les déchéances et fautes lourdes¹⁴.

A tout cela vient naturellement s'ajouter la non assurance de ce qui ne ressort pas d'un cas de responsabilité civile dommageable à autrui. Faut-il à cet égard procéder à une exclusion formelle ou bien la nature de la police suffit-elle à une telle délimitation ? Concernant l'indemnisation du préjudice écologique pur, celle-ci est soustraite de la garantie type allemande par un *a contrario* de la définition du risque de responsabilité précitée, alors qu'elle se rattache implicitement, mais nécessairement, à la conception du préjudice réparable en droit belge au titre des assurances de responsabilité, de même qu'en Espagne. En France, il importe de souligner qu'avant les évolutions du marché de l'assurance ci-dessus dépeintes, le préjudice écologique pur était explicitement exclu des assurances de responsabilité des exploitants – en tant que dommage touchant une chose commune - mais avec des nuances non négligeables, notamment lorsque les atteintes à ces *res communes* se répercutaient sur l'activité de tiers victimes. L'hypothèse est également présente dans le rapport espagnol, qui souligne que la restauration de sites pollués peut s'inscrire ou non dans la lignée d'une responsabilité civile, tandis que l'assurance italienne prend aussi en compte les conséquences indirectes des dommages environnementaux. S'il trouve désormais une place hexagonale dans les contrats CARE, le préjudice écologique pur débouche sur la couverture de mesures de remise en état du milieu naturel, mais ne conduit pas à la prise en charge de préjudices, spécialement moraux, dont des acteurs tels que les associations ou fondations de protection de la nature demanderaient réparation ; une transversalité peut sans doute être trouvée sur ce point avec l'assurance roumaine. On le voit, l'assurance répercute, à sa façon contractuelle, les difficultés d'appréhender l'environnement par le prisme de la responsabilité civile.

Cette difficulté redouble lorsqu'un tel croisement interpelle les fonctions de cette dernière. Si l'indemnisation ne pose évidemment aucune difficulté de principe quant à sa prise en charge assurantielle, qu'en est-il de finalités plus discutées, en particulier préventives, lesquelles peuvent entraîner des mesures dont la garantie serait alors sollicitée auprès des

¹⁴ La même observation vaut pour le droit français, où l'article L. 113-1 C. ass. exige une exclusion « formelle et limitée ».

assureurs ? Les assurances de responsabilité belges écartent de ce chef la couverture des précautions et mesures de prévention destinées, en dehors de tout péril imminent, et a fortiori de tout dommage, à éviter la survenance des sinistres. Il semble en être de même des assurances anglaises, qui paraissent plus rigoureuses en ne réservant pas les menaces imminentes. Mais d'autres assurances, pourtant de responsabilité civile, font preuve de plus de souplesse. Aussi bien, on décèle dans les conditions-types allemandes des assurances de responsabilité civile environnementale la garantie des frais de prévention engagés, dès lors qu'un risque de sinistre se manifeste à la suite d'une perturbation de l'exploitation ou si l'autorité publique ordonne la prise de mesures permettant de prévenir ou de limiter des dommages environnementaux, ce qui préfigure la responsabilité environnementale stricto sensu. Les contrats français de garantie responsabilité civile atteinte à l'environnement englobent de même la couverture des frais d'urgence engagés à la suite d'une atteinte à l'environnement pour procéder aux opérations immédiates visant à neutraliser, isoler ou éliminer une menace réelle et imminente de dommages aux tiers garantis. En résumé, prévention et responsabilité civile peuvent avoir partie liée en assurance, alliance d'autant plus acceptable qu'elle relève avant tout de l'intérêt économique bien compris de l'assureur !

Il reste que l'effectivité d'une assurance ne se mesure pas seulement à l'aune de son objet contractuel. Le principe indemnitaire ne se confondant pas avec celui de la réparation intégrale, et les dommages de source environnementale pouvant avoir une amplitude massive, qu'en est-il alors d'éventuels plafonnements des garanties ? Seuls quelques rapports y font allusion, ce qui ne signifie pas qu'ils ne soient pas généralisés. En Italie, les extensions des assurances générales de l'entreprise au risque environnemental sont assorties de plafonds le plus souvent très faibles, en moyenne annuellement de 150.000 €. En France, ces mêmes assurances sont plafonnées dans une fourchette allant de 300.000 à 750.000 €, englobant ou non les dommages corporels selon les conventions. Enfin, dans cette logique de maîtrise du risque, la durée dans le temps des garanties délivrées apparaît tout aussi essentielle. La nécessité de la lésion de l'intérêt d'un tiers pose le problème récurrent des réclamations postérieures à la terminaison des contrats, dont il est relevé en Roumanie et en France qu'ils sont majoritairement conclus pour une durée annuelle non tacitement renouvelable. En Allemagne, un sinistre déclaré après cette extinction sera néanmoins couvert pendant une période de trois années supplémentaires, ce qui ne correspond pas nécessairement à la prescription de l'action en responsabilité (durée ?). En Italie, il apparaît que prospèrent les clauses « claim's made », définies par le rapporteur comme excluant de toute réclamation connue ou découlant de circonstances connues par l'assuré au moment de la signature du contrat (reprise du passé ?). En France, c'est bien la réclamation de la victime qui déclenche le jeu de l'assurance mais une garantie subséquente de cinq ans est imposée par la loi, tandis que les polices stipulent une reprise illimitée du passé inconnu (sauf aux Etats-Unis et Canada). En Belgique au rebours, les polices d'assurances de responsabilité des entreprises se bornent à évoquer que la « garantie porte sur le dommage survenu pendant la durée du contrat », ce qui convoque l'article 142 § 1 de la loi du 4 avril 2014, aux termes duquel la garantie d'assurance doit aussi s'étendre aux demandes formulées après la fin de ce contrat, sauf aménagements conventionnels autorisés de principe, mais ici inexistant. Observons enfin qu'en Suisse, le Conseil fédéral jouit d'une totale liberté pour la définition de cette durée de garantie.

2) La prise en compte de la responsabilité environnementale par d'autres polices *ad hoc* ou par des polices multirisques marque évidemment son originalité dès la définition des risques assurés, en lien étroit avec la directive du 21 avril 2004 qui entend concrétiser le principe « pollueur payeur » et instituer un régime original de prévention et de réparation des préjudices écologiques purs. En Espagne, il est ainsi question de garanties indépendantes de la

couverture des responsabilités civile, pénale ou administrative. Elles se focalisent alors sur la prévention en cas de risque imminent, l'évitement et la réparation des dommages à l'environnement. Si ces derniers affectent les eaux, les espèces naturelles, les habitats, les rivages maritimes et les rias, les dépenses garanties seront limitées au coût de la réparation « primaire », c'est à dire des mesures par lesquelles les ressources naturelles atteintes ou les services détériorés reviendront à leur état initial. Nous l'avons déjà observé, les assurances allemande et belge des dommages environnementaux ambitionnent semblablement de garantir les frais¹⁵ inhérents au risque d'une obligation légale de droit public de prévention ou de remise en état des dommages environnementaux, consécutivement à la survenance d'un préjudice écologique pur, ci-inclus les indemnisations primaires, complémentaires ou compensatoires. Au Royaume Uni, les polices spécialisées d'assurance environnementale, dont il a été vu qu'elles intègrent le risque « statutaire », ajustent pareillement leur couverture sur le panel des indemnisations et mesures, y compris préventives, qui sont justifiées par les nouvelles obligations nées de la Directive 2004/35. En France, la garantie RCE, disponible optionnellement depuis 2006, correspond à celle des pertes pécuniaires inhérentes aux frais de prévention et de réparation des dommages environnementaux considérés comme graves, mais uniquement si ces frais ont été imposés par l'autorité préfectorale. On remarquera que les contrats CARE proposent aussi en option une garantie de dépollution sur le site, l'atteinte visée pouvant autant être causée que subie par l'assuré lui-même¹⁶. Là encore, la couverture ne joue que si cette obligation résulte d'une injonction administrative ou d'un accord entre l'assuré ou l'assureur, en l'absence donc de réclamation de tiers.

Dans ce processus de délimitation positive et négative du champ des garanties, certaines clauses sont spécifiques au risque décrit supra, tandis que d'autres sont partagées avec les assurances de responsabilité civile. On mentionnera au rang des premières qu'en Belgique et au Royaume-Uni, les conséquences dommageables d'une pollution accidentelle, mais aussi cette fois graduelle, historique ou chronique ignorée sont couvertes, tandis que les garanties optionnelles des frais de dépollution du site ne sont effectives en France que si la pollution est accidentelle et non graduelle. Les assureurs belges écartent systématiquement les pollutions engendrées par les cuves enterrées et, plus classiquement, les dommages liés au risque nucléaire, aux actes de guerre ou de terrorisme, à l'amiante et au plomb, et aux pluies acides. Plus problématique apparaît dans ces contrats l'exclusion des frais exposés par l'assuré pour ses propres installations, dans la mesure où ces frais entraîneraient une amélioration et une modification de ses installations pour les mettre en conformité avec la loi. Le rapporteur belge s'interroge, *a contrario* sur l'incidence de cette stipulation quant à la nature de l'assurance souscrite.

Au rang des secondes (Allemagne) on retrouve les conséquences néfastes à l'environnement de l'exploitation normale des installations, sauf extensions contractuelles cependant, ce qui se rapproche en Suisse de l'exclusion par les CGC modèles des atteintes « inévitables, nécessaires ou implicitement acceptées » et en France de la non assurance des conditions d'exécution normales de travaux par l'assuré. *Mutatis mutandis*, l'exclusion réitérée du non respect des normes environnementales questionne à l'identique sur sa compatibilité avec un contenu minimum des garanties (Belgique, France)

Enfin, il est inévitable d'aborder là encore le périmètre des garanties au regard de leur montant et de leur durée. Des planchers et plafonnements spécifiques sont rapportés, à l'instar des garanties minimales imposées par l'ordonnance fédérale suisse sur l'utilisation d'organismes dans l'environnement, 1 M. de francs pour les dommages corporels et matériels et 100000 Francs pour les dommages à l'environnement en cas de dissémination

¹⁵ Sur leur typologie et les difficultés de qualification afférentes, supra, A.

¹⁶ La même problématique vaudrait pour les polices spécialisées du Royaume-Uni, intervenant tant sur le site qu'hors du site de l'assuré.

expérimentale de ces organismes. La capacité financière du pool ASSURPOL est de 75 M € par an et par contrat, avec des sous-limites de 50 M pour les atteintes à l'environnement et pour les pertes pécuniaires, tandis que le législateur espagnol est intervenu pour plafonner à 20 M € le montant des garanties obligatoires, du moins lorsqu'elles seront effectives. Quant à la durée des garanties, il advient qu'elle soit calquée sur celle de l'assurance de responsabilité civile classique, cinq ans pour la garantie responsabilité environnementale en France sans reprise de passé inconnu pour une circonstance survenue durant la période de validité du contrat, cette durée subséquente étant cependant réduite à deux ans pour les frais de dépollution. Le rapport espagnol évoque une garantie subséquente de trois ans pour les réclamations à l'exploitant, ce qui vaut semble-t-il pour la responsabilité civile comme environnementale. Ce système dit « claim's made » - amélioré - se retrouve en Belgique, mais certains contrats font fi de l'obligation légale de garantie subséquente au contrat sous certaines conditions. En sens chronologique opposé, le droit belge ne paraît pas cette fois s'opposer à une rétroactivité du contrat, permettant de couvrir des circonstances antérieures à sa conclusion, par la reprise du passé inconnu.

En conclusion, on soulignera que la singularité, la technicité, la diversité et l'amplitude des risques environnementaux ont conduit les assureurs, quel que soit le pays considéré, à renforcer notablement les procédures d'évaluation préalable sur site, d'audit environnemental et de contrôle en cours de contrat pour la délivrance et le maintien des garanties. Ceci est d'autant plus aisé que la liberté contractuelle règne encore majoritairement sur les assurances privées. La généralisation d'une obligation d'assurance, si elle devait advenir, rebattrait sans doute les cartes sur ce point et bien d'autres, harmonisant une prise en compte du risque environnemental qui demeure hétérogène malgré des paramètres unifiés dans l'UE depuis la Directive du 21 avril 2004.