

**DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS
CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

S. Batakou, *Préjudices écologiques et assurance*, Dossier FDA n° 3, bjda.fr 2021.

Préjudices écologiques et assurance

Sylvie Batakou
Docteure en droit privé

Préjudice écologique – Dommage environnemental – Risque environnemental – Atteinte à l'environnement – Responsabilité civile – Responsabilité environnementale – Garantie environnementale.

« Assurance et préjudice écologique ». L'intitulé de cet article interpelle à plus d'un titre car au prime abord, on pourrait se demander quel est le lien existant entre l'assurance et le préjudice écologique ou mieux encore, quelle est la particularité attachée au préjudice écologique pour qu'intervienne l'assurance ? Longtemps considéré comme un préjudice causé aux tiers et résultant d'une atteinte à l'environnement, le préjudice écologique est aujourd'hui celui causé à l'environnement naturel. Si la jurisprudence Erika a donné corps à la notion du préjudice écologique, en le définissant clairement comme un préjudice causé à la nature, indépendamment de toute répercussion sur les personnes, l'existence des lois n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement¹ et n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages², constitue une preuve de légitimation de la reconnaissance des atteintes causées à l'environnement. La reconnaissance de la notion du préjudice écologique ainsi que son caractère réparable, aussi bien par la jurisprudence que par la loi, conduit ainsi à l'admission d'une obligation de réparation des atteintes causées à l'environnement *per se*, et mise à la charge de leur auteur. En ce sens, le préjudice écologique, vu du point de vue des entreprises, s'entend du risque de devoir assumer la responsabilité juridique des conséquences des phénomènes de pollution. Or, la spécificité liée au préjudice

¹ JORF n° 0179 du 2 août 2008.

² JORF n° 0184 du 9 août 2016.

écologique et tenant tant à sa nature, son ampleur qu'à son caractère irréversible peut mettre en péril la survie financière de l'entreprise qui en est responsable. Ainsi, en l'absence de programme efficace d'assurance environnementale, l'entreprise devra financer l'ensemble de ces mesures hors budget, ce qui impactera directement son bilan et ses résultats annuels, voire menacera son existence. En réalité, l'assurance en tant que technique³ se révèle être un outil qui joue un rôle certain dans la prévention et la réparation du préjudice écologique. Mais si l'assurance environnement telle qu'elle se présente aujourd'hui permet une couverture optimale du préjudice écologique, pendant longtemps, les assureurs l'envisageaient de manière plus classique. Du fait d'un manque de recul historique concernant ce préjudice, c'est uniquement sous l'angle de l'assurance de responsabilité civile de l'exploitant, telle que conçue traditionnellement, que l'assurance prenait indirectement en charge les atteintes à l'environnement. L'assurance n'intervenait que lorsqu'à la suite d'une atteinte à l'environnement, un dommage est causé au tiers⁴. Aussi, les assureurs préféraient limiter leur garantie à des événements fortuits. Seules faisaient donc l'objet de la garantie les pollutions « maîtrisables ». Mais l'évolution progressive de la responsabilité civile et environnementale a conduit les assureurs à redéfinir l'objet de leur garantie et à faire évoluer les contrats d'assurance existants en matière environnementale. L'offre d'assurance s'est donc construite en fonction de l'évolution de la responsabilité environnementale conduisant aux dommages environnementaux et au gré de la reconnaissance du préjudice écologique. Ces préjudices écologiques – dommage environnemental du Code de l'environnement et préjudice écologique du Code civil – sont la conséquence de ce qu'on pourrait appeler « un risque environnemental ». Ces termes doivent être pris dans le sens pur, autrement dit « relatif à l'environnement », qu'il s'agisse de la source du dommage ou du dommage lui-même⁵.

À l'évidence c'est indéniablement la responsabilité civile qui a façonné les préjudices écologiques et le rôle principal de l'assurance est de prendre en charge les conséquences financières d'engagement de responsabilité de l'auteur de ces préjudices. Schématiquement, l'assurance couvre les préjudices écologiques (I), et les indemnise une fois survenus (II).

I) La couverture des préjudices écologiques par l'assurance

L'assurance environnement ayant pour rôle la couverture des conséquences financières d'engagement de responsabilité de l'auteur du dommage, la détermination de cette responsabilité « environnementale ou écologique », objet de la garantie d'assurance doit être envisagée (A) avant la réception par l'assurance des préjudices écologiques (B).

³ En tant que technique, elle peut se définir comme « l'opération par laquelle une partie, l'assuré, reçoit l'engagement, moyennant une rémunération, la prime (ou cotisation), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, d'une prestation (pécuniaire ou en nature) par une autre partie, l'assureur (société d'assurance ou mutuelle d'assurance), qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique » Voir : J. HÉMARD, *Théorie et pratiques des assurances terrestres*, t.1, sans Éd., 1924, n°42, pp. 73 et s.

⁴ F. CHAUMET, Les assurances de responsabilité de l'entreprise, *Techniques Dommages*, 3^{ème} Éd., l'Argus de l'Assurance, p. 186 et s ; F. CHAUMET, « l'assurance du risque environnemental », *JCP*, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 1, 1999, p. 23 et s. ; S. LE DAMANY, « Les assurances et l'environnement », *Gaz. Pal.*, 20 février 1993, p. 163 et s ; A. ASTEGIANO-LA RIZZA, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, l'Argus de l'assurance, 6^{ème} Éd., 2014, p. 244 et s.

⁵ S. BATAKOU, « Le risque environnemental et l'assurance », thèse soutenue sous la direction de Axelle ASTEGIANO-LA RIZZA, Lyon, Université Jean-Moulin, 2021, p. 595.

A) La détermination de la responsabilité environnementale et civile couverte par l'assurance

La nécessité de la protection de l'environnement s'est traduite par l'existence, au-delà des conférences internationales, d'une réglementation abondante aussi bien sur le plan communautaire que national. Cette réglementation pose un cadre normatif incitant à la prévention et à la réparation des atteintes causées à l'environnement et donc à la préservation de l'environnement. Tel est le cas sur le plan national de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, transposant la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 « *sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux* »⁶. Cette loi qui prend corps dans le Code de l'environnement, pose réellement pour la première fois en droit français, le principe de responsabilité environnementale et met en place un mécanisme de réparation des « dommages causés à l'environnement », défini comme « *les détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement* »⁷. De même et d'un point de vue civil, c'est la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qui consacrera la notion de préjudice écologique, entendu comme le préjudice écologique pur, qu'elle définit comme une « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* »⁸. Les articles 1246 et suivants du Code civil posent l'obligation pour « toute personne » responsable de ce préjudice de le réparer et instituent un régime de réparation du préjudice écologique. Les nombreuses difficultés liées aux règles classiques de la responsabilité civile, qui constituaient un obstacle à la pleine reconnaissance du préjudice écologique, ont été dans un premier temps contournées puis abolies avant d'aboutir à l'élaboration d'un véritable cadre juridique de réparation des préjudices écologiques⁹. Cette réparation consiste en la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation en nature, prévues aussi bien par la loi sur la responsabilité environnementale que par la loi biodiversité. Mais cette dernière n'exclut pas une réparation par équivalent monétaire en cas d'impossibilité de réparation en nature.

Aujourd'hui, il existe pour la réparation des préjudices écologiques deux régimes de réparation qui peuvent se compléter¹⁰ ou être appliqués de manière indépendante avec certainement une prépondérance du régime de responsabilité civile¹¹. Cependant, le régime de la réparation du préjudice écologique par le Code civil pourrait absorber le régime administratif car il dispose d'un champ d'application assez large et la définition du préjudice écologique pur paraît plus souple que celle du dommage environnemental¹². L'existence d'un régime unique de prévention et de réparation des préjudices écologiques peut donc être envisageable¹³. Ceci rendrait d'ailleurs moins « lourde » la police d'assurance environnement dans laquelle cohabitent plusieurs garanties.

⁶ Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004, pp. 0056 – 0075.

⁷ C. envir., art. L161-1, I.

⁸ C. civ., art 1247.

⁹ S. BATAKOU, thèse *précit.*

¹⁰ Club des juristes, Rapport « Mieux réparer le dommage environnemental », janv. 2012, p. 23 ; M. BARY, « Responsabilité civile et préjudice écologique », *Resp. civ. et assur.*, n° 6, Juin 2016, étude 8 ; M. LUCAS, « Préjudice écologique et responsabilité : Pour l'introduction légale du préjudice écologique dans le droit de la responsabilité administrative », *Environnement* n° 4, Avril 2014, étude 6 ; F. NESI et D. GHIHAL, « L'articulation du nouveau dispositif de responsabilité environnementale avec le droit commun », Cour de cassation, Séminaire, « Risques, assurances, responsabilité » 2006-2007.

¹¹ S. BATAKOU, thèse *précit.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

Ces « préjudices écologiques », que j'entends de manière large, qu'il s'agisse du dommage environnemental de la loi sur la responsabilité environnementale ou du préjudice écologique de la loi biodiversité¹⁴, constituent aujourd'hui une réalité certaine, et toute personne physique ou morale qui en est responsable a l'obligation de prendre des mesures afin d'éviter leur survenance, limiter leurs conséquences dommageables ou les réparer. La mobilisation des mécanismes du droit de la responsabilité civile, pour la réparation des préjudices écologiques a donc pour conséquence l'augmentation de la potentialité d'engagement de la responsabilité des personnes physiques ou morales dont les activités constituent un danger pour l'environnement. Les fondements de responsabilité se sont multipliés pour la couverture de ces préjudices depuis la loi sur la responsabilité environnementale et récemment, la reconquête de la nature, des paysages et de la biodiversité sans qu'aucun texte n'impose une obligation d'assurance. La simple existence d'une menace ou d'un potentiel risque d'atteinte à l'environnement constitue un préjudice réparable. Au cœur du régime de réparation mis en place par ces lois, se trouve l'obligation de prévention du préjudice écologique. Cet objectif tout aussi important de la responsabilité civile qui très souvent est mis de côté au profit de l'objectif de réparation des préjudices subis par les tiers, retrouve tout son sens en matière environnementale. Aussi bien la menace imminente que le préjudice en lui-même sont considérés comme des préjudices réparables. Or, la conséquence directe du durcissement de la réglementation en matière environnementale est l'augmentation de la potentialité d'engagement de la responsabilité des exploitants. Cet état des choses les oblige *de facto* à recourir à l'assurance.

Les modalités légales de réparation du préjudice écologique mises à la charge des exploitants doivent pouvoir être couvertes par l'assureur, d'autant plus qu'une réparation intégrale du préjudice écologique survenu doit être opérée par le responsable¹⁵. Le cadre légal de responsabilisation de l'auteur du préjudice écologique justifie donc le soutien et l'accompagnement des assureurs. Aussi et surtout, les coûts engendrés par la survenance du préjudice écologique peuvent rapidement prendre des proportions considérables nécessitant l'intervention des assureurs.

Mais du fait de sa nature particulière, le préjudice écologique a été réceptionné et appréhendé de manière particulière par l'assurance (B).

B) La réception des préjudices écologiques par l'assurance

La réception du préjudice écologique par l'assurance est également complexe en raison de ses spécificités comme sa temporalité particulièrement longue, avec un certain délai qui peut s'écouler entre l'évènement et sa manifestation, ou encore sa nature irréversible. Sa fréquence et son intensité sont également particulières. Couvert avec parcimonie au titre des contrats responsabilité civile générale et incendie des entreprises et uniquement en cas dommages causés au tiers, le marché de l'assurance s'est structuré pour l'étude et la couverture de ce risque. La connaissance insuffisante de ce risque due à son caractère nouveau¹⁶ et l'absence de statistiques

¹⁴ Aussi bien le dommage causé à l'environnement que le préjudice écologique, tendent à la réparation des atteintes causées à la biodiversité et couvrent donc les mêmes réalités à la seule différence que la définition du préjudice écologique du Code civil est plus large que celle du dommage environnemental. Le préjudice écologique inclut donc le dommage environnemental.

¹⁵ La loi sur la responsabilité environnementale hiérarchise les modalités de réparation pour la remise en état de l'environnement dégradé. La loi biodiversité quant à elle prévoit non seulement une réparation en nature mais aussi une réparation par équivalent monétaire en cas d'impossibilité de fait ou de droit que soit mise en œuvre une réparation en nature.

¹⁶ Le préjudice écologique est un nouveau risque dans le sens où il présente des aspects nouveaux qui n'existaient pas dans le passé. Voir en ce sens : P.-H. DELVAUX, Rapport général, « assurances de responsabilité et nouveaux risques », in *l'indemnisation*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Québécoises Tome LIV, 2004,

significatives¹⁷ ont conduit les assureurs à l'appréhender au-delà de la sphère d'une seule entreprise d'assurance¹⁸. Ils ont compris que face à la spécificité du risque environnemental, l'intervention d'un troisième acteur dans la relation bilatérale assureur - assuré était nécessaire. Ainsi, ont-ils décidé dans les années 1970, plus précisément en 1977 de se regrouper sous forme de pools de coréassurance¹⁹, afin de développer et d'optimiser la connaissance technique des risques environnementaux, pour mieux asseoir leur mutualisation²⁰. Ce pool environnemental mis sur pied et appelé Garpol a été remplacé du fait de son succès limité en 1989²¹ par Assurpol²², spécialisé dans la couverture des atteintes à l'environnement et ayant pour but d'offrir aux entreprises d'assurance directes une bien meilleure couverture des risques environnementaux.

Parallèlement, et ce depuis 1996 certains acteurs notamment anglo-saxons ont élaboré et mis sur le marché des couvertures concurrentes à celles de Assurpol entraînant de ce fait une « *compétition positive* »²³. Si la plupart de ces acteurs proposent les mêmes offres que le pool environnemental Assurpol, il existe des différences qui peuvent être notées au niveau des garanties optionnelles et des services complémentaires, et surtout au niveau de la capacité financière qui influe sur le montant de la prime d'assurance et le montant des plafonds de garantie.

Le réalisme et le pragmatisme dont font preuve les assureurs face à la nature spécifique du préjudice écologique s'observent également au travers de la démarche préventive adoptée²⁴. Cette politique préventive du préjudice écologique passe par la remodelisation du risque environnemental²⁵, consistant dans un premier temps en l'analyse approfondie des risques environnementaux que présente l'entreprise, et dans un second temps, en la mise en place des mesures et plans de prévention susceptibles de les faire entrer dans le champ des risques assurables. L'élaboration et la mise en place de ces plans de prévention sont généralement conditionnées par diverses études effectuées. Tel est le cas du pool environnemental Assurpol qui accompagnent les entreprises d'assurance cédantes qui exigent des exploitants une analyse détaillée et minutieuse des risques à couvrir. Il leur est demandé de procéder à diverses études. L'audit environnemental qui, en réalité, est une obligation légale incombant très souvent aux

p. 689 et s ; L. MAYAUX, « La couverture du risque », in J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances. Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} Éd., 2014, n° 1604.

¹⁷ Les statistiques sont des données en fréquence et en coût moyen des événements passés qui, pour l'assureur constituent des « *instruments d'une prévision rationnelle et d'un calcul des primes pures, aussi proche que possible de la masse des sinistres qu'il devra garantir* ». H. GROUDEL, C.-J. BERR, *Droit des assurances*, Mémentos, Dalloz, 11^{ème} Éd., 2008, p. 44.

¹⁸ Les prestations fournies par l'assureur en cas d'un sinistre peuvent significativement dépasser le montant cumulé des primes perçues.

¹⁹ Les pools de coréassurance permettent la couverture des risques mal connus aux conséquences catastrophiques. Ils ne peuvent être pris en charge que par une action jointe. Pour plus de détails voir : Lamy Assurances 2020, n° 5160 et s.

²⁰ S. BÉCUE, D. DEHARBE, *Assurer le risque environnemental des entreprises*, coll. Les fondamentaux, Assurances de dommages, Éd., l'Argus de l'assurance 2019, pp. 130 à 134.

²¹ Les montants de garantie restaient faibles et ne couvrant qu'à concurrence de 30 millions de francs français par sinistre et par année d'assurance. Les entreprises industrielles étant moins sensibilisées aux risques environnementaux. De même, on pouvait noter l'absence de transfert des risques par les entreprises d'assurances directes et donc des capacités financières des assureurs directs au pool, ce qui limitait la capacité de réassurance des risques de ce dernier.

²² V. <http://assurpol.fr/fr/presentation/assurpol-en-bref>.

²³ A. ASTEGIANO LA RIZZA, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, op. cit., p. 246.

²⁴ S. BATAKOU, thèse précit.

²⁵ Rapport OCDE, Aspects fondamentaux des assurances, Assurance et risques environnementaux, une analyse comparative du rôle de l'assurance dans la gestion des risques liés à l'environnement, n°6, 2004, p. 47. En ligne : https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/assurance-et-risques-environnementaux-une-analyse-comparative-du-role-de-l-assurance-dans-la-gestion-des-risques-lies-a-l-environnement/le-risque-de-pollution-environnementale-et-l-assurance_9789264105539-4-fr

exploitants des installations classées²⁶ est l'étude exigée à certaines entreprises par Assurpol²⁷ et la plupart des entreprises d'assurance. Il peut également être réalisé lorsque l'assureur doit procéder à une reprise du passé. Aussi, l'étude d'impact²⁸ et l'étude de danger²⁹ font également partie des documents utiles communiqués à l'assureur. Si ces diverses études s'inscrivent dans une logique préventive de la réalisation du préjudice écologique, elles permettent également aux assureurs d'avoir une idée claire et précise du risque à tarifier et à assurer, compte tenu principalement de la dangerosité sur le plan environnemental du type d'activité exercée par l'exploitant.

Au-delà, des visites de sites sont effectuées par l'assureur aussi bien lors de la souscription qu'en cours d'exécution du contrat d'assurance environnement³⁰. Si celles faites lors de la souscription du contrat poursuivent les mêmes objectifs que l'audit environnemental élaboré par l'entreprise, c'est-à-dire procéder à la vérification des conditions d'assurabilité des risques environnementaux que présentent l'entreprise, l'analyse, l'évaluation et l'examen des différentes mesures de prévention mises en place par l'assuré ; celles en cours de contrat constituent pour l'assureur un moyen de pouvoir suivre le risque lors de l'exécution du contrat, afin de moduler et surtout orienter les plans et mesures de prévention³¹.

Très souvent, la mise en place de ces mesures de prévention est imposée par l'assureur mais elle peut être faite de manière volontaire et spontanée par l'exploitant. Dans ce dernier cas, l'assureur encourage l'assuré dans sa démarche préventive en procédant à une réduction de la prime d'assurance. Généralement, il incite les exploitants à mettre en place des mesures préventives et surtout, les respecter. Tel est le cas lorsque l'offre de garantie en cas de sinistre environnemental est conditionnée par le respect des mesures de prévention³². De même, la plupart des contrats d'assurance environnement prévoient la couverture des frais engagés par l'assuré afin de prévenir la survenance du préjudice écologique³³. Par ailleurs d'autres techniques contractuelles telles la stipulation des franchises³⁴ ou l'existence de certaines exclusions constituent autant de moyens permettant à l'assureur d'inciter l'assuré au respect des mesures de prévention.

Au-delà du cadre purement contractuel, la démarche préventive de l'assureur s'observe également lorsqu'il adopte des comportements plus « verts », et donc respectueux de la nature, en orientant ses grandes capacités d'investissement vers des projets responsables comme des

²⁶C. env., art., R 512-39-1 et s.

²⁷ Lamy Assurances 2020, n°2242.

²⁸ L'étude d'impact est régie par les articles L.122-1 et s et R.122-1 et s du Code de l'environnement.

²⁹ L'étude de danger est régie par les articles L. 551-1 à L. 551-6 et les articles R.551-1 du Code de l'environnement.

³⁰ L'étude d'impact est régie par les articles L.122-1 et s et R.122-1 et s du Code de l'environnement

³¹ Lamy Assurances 2020, n° 2245.

³² L. MAYAUX , « La couverture du risque » in *Traité de droit des assurances. Le contrat d'assurance, précit.*, pp. 842 à 843, n° 1698, p. 857, n° 1718 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, coll. précis, Éd., 12^{ème} p. 319, n° 418. Voir aussi ma thèse.

³³ Conformément à l'article 1250 du Code civil, ces frais de prévention s'entendent des « dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences ». De même, l'article L162-3 du Code de l'environnement prévoit qu' « en cas de menace imminente de dommage, l'exploitant prend sans délai et à ses frais des mesures de prévention afin d'en empêcher la réalisation ou d'en limiter les effets. Si la menace persiste, il informe sans délai l'autorité visée au 2° de l'article L165-2 de sa nature, des mesures de prévention qu'il a prises et de leurs résultats ».

³⁴ En matière environnementale, la stipulation des franchises revêt une importance particulière dans la mesure où non seulement elles permettent à l'assureur de contrôler l'étendue de son engagement comme dans le cas des plafonds, mais aussi et surtout incite l'assuré à adopter des attitudes préventives. Elles ont une finalité moralisatrice d'autant plus que l'assureur peut être amené à augmenter son coût en cas de non-respect des mesures de prévention. Le respect strict des mesures de prévention peut donc amener l'assureur à réduire le montant de la franchise laissée à la charge de l'assuré. La franchise favorisant la prévention, les assureurs pourraient l'augmenter afin de susciter chez les acteurs économiques plus de vigilance dans l'exercice de leur activité.

obligations vertes ou les green bonds³⁵. Ce faisant, les plus grandes industries pourvoyeuses de pollution seront dans l'obligation de suivre les lignes directrices des investisseurs. Ainsi, les différentes activités menées auront moins d'impact négatif sur l'environnement. L'accompagnement de ces projets dits verts par l'assureur va forcément limiter la survenance des préjudices écologiques³⁶.

Il faut donc observer que l'engagement plus accru de assureurs quant à la couverture du préjudice écologique se traduit également par la démarche préventive adoptée, et qui permet d'éviter la réalisation du préjudice écologique ou tout au moins réduire sa survenance. La spécificité du préjudice écologique liée aussi bien à sa nature, son ampleur qu'à son caractère irréversible appelle donc une « *philosophie moderne de l'assurance écologique {qui} nécessite une évaluation et une classification extrêmement soigneuses du risque à transférer* »³⁷. Il s'ensuit donc que l'assurance ne peut couvrir tous les risques environnementaux que présente une entreprise car ceux-ci font l'objet d'une « remodelisation » grâce aux différents plans de prévention mis en place. Par exemple, ne sont transférés à l'assureur que les circonstances ou risques environnementaux empreints d'aléa.

La plupart des contrats d'assurance environnement existants sur le marché exigent que la réalisation du sinistre environnemental et donc du préjudice écologique soit consécutive à une « atteinte à l'environnement » définie largement³⁸, mais qui doit revêtir un caractère fortuit « *consistant en toutes sortes de phénomènes dont l'effet se manifeste soit immédiatement, soit de façon différée* »³⁹. Assurpol couvre par exemple les atteintes accidentelles⁴⁰ ou graduelles⁴¹ à la seule condition que le fait ou l'évènement leur ayant donné naissance revête un caractère fortuit. Certains acteurs du marché couvrent également les atteintes historiques surtout dans le cadre de la vente des sites pollués. Dans tous les cas, l'assureur n'actionne sa couverture qu'en cas d'atteinte dont le caractère aléatoire est certain.

Une fois le préjudice écologique survenu, l'assureur doit indemniser l'assuré à travers l'offre de garanties existante et prévue par le contrat (II).

II) L'indemnisation des préjudices écologiques par l'assureur

Conformément à l'obligation légale d'indemnisation mise à sa charge⁴², l'assureur est tenu d'une obligation de règlement lorsque le risque se réalise. En matière environnementale, cette indemnisation se traduit par la mise en œuvre des diverses garanties prévues par le contrat (A'). Toutefois, elle reste perfectible car présentant nombre de limites (B').

³⁵ B. De MAZIÈRES, « Les obligations vertes », *Risques* 2016, n° 104, p. 117.

³⁶ S. BATAKOU, thèse *précit.*

³⁷ Rapport OCDE, *précit.* p. 48.

³⁸ L' « atteinte à l'environnement » s'entend de « *l'émission, la dispersion, le rejet, ou le dépôt de toute substance solide, liquide ou gazeuse diffusée par l'atmosphère, le sol ou les eaux ; la production d'odeurs, bruits, vibrations, variations de température, ondes, radiations, rayonnements excédant la mesure des obligations ordinaires de voisinage* ». voir : Lamy Assurances 2020, n° 2173, a et b.

³⁹ Lamy Assurances, 2020, n° 2197, c.

⁴⁰ Ibid. n° 2198

⁴¹ Ibid. n°2113.

⁴² C. assur., art L113-5 « *Lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat et ne peut être tenu au-delà* ».

A') Les principales garanties environnementales existantes et mises en œuvre en cas de survenance de préjudice écologique

La meilleure connaissance du risque d'atteinte à l'environnement grâce à la mutualisation et la mise en commun des expériences par les assureurs a facilité l'élaboration de diverses garanties environnementales, lesquelles n'ont cessé d'évoluer en fonction de l'évolution de la notion du préjudice écologique. Elles vont être mises en œuvre par l'assureur en cas de survenance du sinistre environnemental. Cette mise en œuvre se traduira par la prise en charge des modalités et mesures particulières définies par l'autorité administrative dans le cadre des dommages environnementaux⁴³, et par le juge judiciaire en cas de préjudice écologique⁴⁴. Il s'agit plus précisément de l'indemnisation de l'assureur qui va permettre à l'assuré d'assumer le coût que peut engendrer la survenance d'un dommage environnemental ou d'un préjudice écologique.

Comme déjà mentionné, l'offre d'assurance s'est construite en fonction de l'évolution de la responsabilité environnementale et civile. Ce n'est donc qu'à partir de 2008, à la suite de la transposition de la directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale qui mettait à la charge des exploitants l'obligation de réparation en nature de l'environnement pollué, que le pool environnemental Assurpol mit en place un modèle de contrat d'assurance « multirisque » environnement nommé Contrat d'Assurance des Risques Environnementaux « CARE »⁴⁵. Ce contrat proposait, en plus de la garantie « atteinte à l'environnement », une garantie « responsabilité environnementale »⁴⁶ couvrant les frais de prévention et de réparation des dommages environnementaux tels que prévu par la directive. Puis, après la transposition de la directive du 1^{er} août 2008, le pool environnemental élaborait le contrat CARE-SITE 2009. Ce contrat était également un contrat multirisque environnement qui garantissait en plus des couvertures déjà existantes, les pertes d'exploitation subies par l'assuré. À la suite de la consécration du préjudice écologique pur par la jurisprudence, un avenant intégra sa prise en charge dans la garantie responsabilité civile sauf exclusion formelle et limitée. La refonte des conditions générales en 2013 (CARE 2013) reprit cette extension et fut également l'occasion d'intégrer une garantie des pertes d'exploitation ainsi qu'une annexe portant sur la couverture de la responsabilité personnelle des dirigeants⁴⁷. Enfin, en 2017, Assurpol modifia encore ses conditions générales afin de tenir compte de la nouvelle définition du préjudice écologique posée par le Code civil.

Aujourd'hui, il existe toute une typologie de garanties. Le marché de l'assurance environnement étant essentiellement dominé par le pool Assurpol, j'exposerai les principales garanties d'assurance élaborées par ce groupement et qui sont d'ailleurs celles prévues par la plupart des acteurs du marché de l'assurance environnement. Ce pool environnemental a donc opéré une différence entre les garanties de responsabilité civile et les garanties couvrant les dommages environnementaux qui sont des garanties de pertes pécuniaires relevant des assurances de choses⁴⁸. Les premières ont pour objet la couverture des conséquences

⁴³ C. envir, art. R162-15.

⁴⁴ La loi biodiversité n'a pas défini les différents types de mesures ou procédé à une hiérarchisation des mesures de réparation en nature comme dans le cas de la loi sur la responsabilité environnementale. Il appartient donc au juge d'édicter des mesures de réparation et les imposer à l'auteur du dommage afin que soient réparées les différentes atteintes subies par l'environnement. voir : S. BATAKOU, thèse *précit* ; S. BAHÉ, « Dommage écologique - Micro-synthèse des interventions du thème « État des vœux » », *Envir.* n°10, Oct. 2014, doss. 13.

⁴⁵ Ce contrat CARE (Contrat d'Assurance des Risques Environnementaux) était décliné en garanties « Chantier » et « Étude de travaux ».

⁴⁶ Lamy Assurances 2020, n° 2199.

⁴⁷ A. ASTEGIANO-LA RIZZA, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise, précit.*, pp. 248 et s.

⁴⁸ Sur la notion de l'assurance de pertes pécuniaires voir L. MAYAUX, « le risque de responsabilité » in J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances. Les assurances de dommages*, LGDJ, 2017, n°1373 et s., pp. 530 et s.

pécuniaires de la responsabilité civile de l'assuré, en raison des dommages corporels⁴⁹ matériels⁵⁰ et immatériels⁵¹ consécutifs ou non subis par les tiers⁵², et résultant d'une atteinte à l'environnement ou d'un préjudice écologique. Il s'agit de la garantie responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE) qui est une garantie principale ou originelle⁵³. Y sont annexés les frais de prévention ou d'urgence occasionnés par les différentes mesures mises en œuvre par l'assuré pour neutraliser, isoler ou éliminer une menace réelle et imminente de dommages garantis, c'est-à-dire ceux causés aux tiers⁵⁴. Sont également couverts dans le cadre des garanties responsabilité civile le préjudice écologique tel que prévu par la loi biodiversité ainsi que les frais de prévention.

S'agissant de la garantie des autres dommages environnementaux qui sont des garanties de pertes pécuniaires, elles ont pour objet le remboursement à l'assuré des frais qu'il engage du fait de l'atteinte à l'environnement. Sont garanties par l'assureur aussi bien les frais mis à la charge de l'assuré au titre de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux prévues la loi sur la responsabilité environnementale du Code de l'environnement⁵⁵, que des frais liés à la dépollution⁵⁶. La garantie « frais de dépollution » se décompose en la garantie de l'« atteinte à l'environnement causée par l'assuré »⁵⁷ et la garantie « atteinte à l'environnement subie par l'assuré »⁵⁸.

Au-delà de ces principales garanties, il existe sur le marché de l'assurance environnement d'autres garanties et services hors réassurance Assurpol développés et proposés par des acteurs concurrents. Ainsi de la garantie « gestion de crise » mise en place par certains acteurs du marché, permettant de couvrir les coûts que peut engendrer la gestion en urgence d'une crise environnementale tant sur ses aspects techniques que de communication, et qui très souvent peuvent s'avérer exorbitants. La garantie du passif environnemental prévue par la plupart des acteurs sur le marché tels AIG, Marsh et Chubb⁵⁹ est une garantie qui est souvent actionnée dans le cadre des opérations de fusion/acquisition, voire du développement de promotion immobilière⁶⁰. Délivrée aussi bien en assurance de responsabilité civile qu'en pertes pécuniaires⁶¹, la garantie du passif environnemental fait partie de catégorie des offres assurantielles ayant révolutionné le marché de l'assurance environnement. L'accent doit également être mis sur la garantie « cost-cap »⁶², encore nommée garantie de prise en charge

⁴⁹ Lamy Assurances 2020, n° 2196, a.

⁵⁰ Ibid., n° 2196, b.

⁵¹ Ibid., n° 2196, c.

⁵² Sur la définition de la notion de tiers en assurance voir : A. ASTEGIANO-LA RIZZA, *L'assurance et les tiers : Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, Thèse, éd. Defrénois, p. 13 à 30, spé. p. 20 à 21. Il peut aussi être défini comme : « toute autre personne que le souscripteur, les autres assurés mentionnés aux conditions particulières, les groupements ou associations dont les assurés sont membres dans le cadre de leurs activités garanties, les membres de la proche famille (ascendants, descendants, conjoint de l'assuré personne physique), les mandataires sociaux des assurés personnes morales, les préposés et salariés des assurés » voir également : Lamy Assurances 2020, n°2171.

⁵³ CARE 2017, art., 2-1-1; voir aussi : Lamy Assurances 2020, n° 2194.

⁵⁴ Lamy Assurances 2020, n° 2202.

⁵⁵ Ibid., n° 2199 à 2020.

⁵⁶ Ibid., n° 2205 à 2206.

⁵⁷ CARE 2017, art., 2-3-1.

⁵⁸ CARE 2017, art., 2-3-2.

⁵⁹ Ne peuvent faire l'objet de cette garantie les pollutions historiques des sites dits « orphelins ».

⁶⁰ S. BÉCUE, D. DEHARBE, *précit.* pp. 188 à 189.

⁶¹ Les cessionnaires peuvent également bénéficier de cette garantie pour les atteintes à l'environnement s'étant produites sur le site cédé mais dont l'identification était impossible lors de la cession. Aussi, en cas de pollutions déterminées mais dont la nécessité de remise en état a été prouvée après l'acquisition, la garantie du passif environnemental peut intervenir pour couvrir le cessionnaire

⁶² S. BÉCUE, D. DEHARBE, *précit.* p. 189.

des surcoûts de dépollution. Hors réassurance Assurpol, elle a pour objet la couverture du risque de surcoût de pollution.

Il faut donc observer que le champ d'intervention de l'assurance environnement a été étendu afin de couvrir de manière complète les entreprises dont les responsabilités sont engagées en cas de préjudice écologique. La diversification des garanties proposées et qui n'ont eu de cesse de s'adapter aux différentes mutations juridiques répondent au mieux aux besoins des entreprises.

Aussi et par ailleurs, l'avantage principal pour les assurés est que les garanties environnementales existantes sur le marché sont rarement des garanties « prêt à l'emploi » car elles peuvent se négocier afin d'être adaptées à la particularité de chaque entreprise. D'ailleurs une meilleure prise en charge du préjudice écologique dépend aussi de l'adéquation entre les risques exposés par le souscripteur et les garanties proposées.

L'assurance est donc aujourd'hui en mesure d'indemniser les préjudices écologiques . Pour autant, cette indemnisation se heurte à certaines limites (B').

B') Les limites liées à l'indemnisation des préjudices écologiques par l'assurance

Il existe nombre de limites à l'indemnisation des préjudices écologiques par l'assurance. Les différentes polices d'assurance environnement existantes sur le marché exigent que la réalisation du préjudice écologique soit consécutive à une atteinte à l'environnement ayant un caractère fortuit et donc empreinte d'aléa⁶³. Or, la caractérisation de l'aléa dans la réalisation du préjudice écologique n'est pas aisée, surtout lorsque l'atteinte à l'environnement n'a pas une origine fortuite. Tel est par exemple le cas de la corrosion ou l'altération lente d'une cuve à essence causant par la suite une pollution. À l'inverse, la détermination de l'aléa ne pose guère de difficultés en ce qui concerne le préjudice écologique né d'une atteinte accidentelle.

Il en résulte donc que les préjudices écologiques ne répondant pas au caractère aléatoire du fait qui leur a donné naissance ne sont pas couverts par l'assurance comme les pollutions chroniques et historiques qui constituent une sorte d'« *héritage environnemental* »⁶⁴.

Aussi, il existe des limites prévues par le contrat d'assurance environnement. Il s'agit des limites aussi bien substantielles, temporelles que financières. Les limites substantielles ont trait aux différentes exclusions prévues par le contrat et l'assureur n'offre sa garantie que lorsque le préjudice écologique ne fait pas l'objet d'une exclusion. Elles tiennent tant au comportement de l'assuré qu'à l'absence de connaissances suffisantes du risque. Sont généralement exclus les préjudices écologiques qui résultent du non-respect par l'assuré des mesures de préventions mises en place et conditionnant la garantie, des comportements fautifs de l'assuré dès l'instant que l'assureur arrive à en donner une définition suffisamment précise. Il s'agit plus précisément de l'inobservation volontaire de la réglementation et le défaut d'entretien. Au-delà, tous les contrats d'assurance environnement prévoient l'exclusion de la faute intentionnelle et les risques marqués par des incertitudes scientifiques et techniques restent généralement exclus de la garantie car l'assureur ne peut leur affecter une valeur probabiliste.

S'agissant des limites temporelles, l'assureur ne couvre que les préjudices écologiques dont les conditions de déclenchement et d'expiration des garanties sont respectées, qu'il s'agisse des garanties de responsabilité civile ou des garanties de pertes pécuniaires (autrement dit une assurance de choses). Conformément à l'article L 124-5 du Code des assurances, les assurances de responsabilité civile en matière environnementale se réfèrent au critère de la réclamation de la victime. Ce système tente d'offrir une couverture optimale dans le temps car

⁶³ Lamy Assurances 2020, n° 2173, a et b.

⁶⁴ Lamy Assurances 2009 n°1944.

le critère « réclamation » déclenchant la garantie entraîne de manière automatique une reprise du passé inconnu et l'adjonction d'une garantie subséquente subsidiaire⁶⁵. En revanche, le critère traditionnel retenu pour la garantie pertes pécuniaires semble moins optimal. En effet, l'exigence de « la première constatation vérifiable » des dommages dans la période de validité des garanties avec un fait dommageable survenant dans la même période limite considérablement la possibilité pour les exploitants de bénéficier d'une couverture d'assurance. Ce critère est ainsi inadapté aux préjudices écologiques évolutifs.

Quant aux limites financières, tant la manière dont sont pris en charge les préjudices écologiques que leur évaluation – aussi bien dans le cadre de la réparation en nature qu'en ce qui concerne la réparation par équivalent monétaire – font apparaître des insuffisances de l'indemnité d'assurance et au-delà, la juste mise en place des mesures de réparation ou de prévention de l'environnement. L'existence de flous liés à l'identification des préjudices écologiques, leur évaluation – pour une réparation en nature ou par équivalent monétaire – ,et à la détermination des différentes mesures de réparation conduisent les assureurs à plus de prudence et donc à renforcer la limitation de leur engagement financier. S'il peut être reconnu que la nomenclature des préjudices environnementaux proposée par la doctrine⁶⁶ sert de guide à l'assureur quant à la classification des préjudices résultant d'une atteinte à l'environnement, ce outil laisse en revanche sur le tapis la question de la juste évaluation des préjudices écologiques. Or, à l'évidence, l'indemnisation par l'assurance est fonction de cette évaluation. Cette mission d'évaluation des préjudices écologiques étant confiée aux juges⁶⁷, espérons que l'institution des juridictions spécialisées dans le contentieux civil de l'environnement par l'article 17 de la loi du 24 décembre 2020 sur le parquet européen, justice environnementale et justice spécialisée⁶⁸, implique réellement non seulement l'effectivité mais aussi la cohérence de la réparation des atteintes causées à l'environnement.

Par ailleurs, il existe des limites tenant à la définition même du préjudice écologique. Cette définition étant large car englobant l'atteinte à toute la biodiversité, il n'est pas raisonnable de penser que la garantie responsabilité civile pour préjudice écologique puisse couvrir tout le préjudice écologique pouvant être causé. En effet, il existe aujourd'hui trop d'incertitudes liées à l'assurabilité de certaines atteintes à l'air, à l'atmosphère ainsi qu'à leurs fonctions. Or, la plupart des activités menées à grande échelle impactent directement la biodiversité, le climat et participent à la survenance de certains risques naturels. D'ailleurs, récemment, le tribunal administratif de Paris a reconnu l'existence du préjudice écologique au sens de l'article 1247 du Code civil du fait du non-respect de l'engagement climatique de l'État⁶⁹. Cette atteinte aux éléments et aux fonctions de l'atmosphère n'est que la conséquence du surplus illégal d'émission de gaz à effet de serre (GES). La reconnaissance de ce préjudice par le tribunal administratif s'entend également de son caractère réparable même si dans le cas d'espèce, le contour des mesures de réparation à mettre en œuvre n'a pas encore été défini. Il n'est donc pas de doute que la réparation du préjudice écologique lié au dérèglement climatique

⁶⁵ On pourrait avancer que l'existence de ces clauses temporelles constitue un premier gage d'une bonne prise en charge des préjudices écologiques par l'assureur.

⁶⁶ L. NEYRET et G.- J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

⁶⁷ Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650, JurisData n° 2016-005341 ; JCP 2016, n° 647, note M. BACACHE, JCP 2016, n° n° 648, note B. PARANCE ; AJ pénal 2016. 320, note J.-B. PERRIER ; RTD Civ. 2016 p.634, note P. JOURDAIN. Voir également : Cass. crim., 25 octobre 2005, Bull. crim., n° 322. La Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme le pouvoir d'appréciation souverain des juges des préjudices résultant d'une atteinte à l'environnement et qui ne sont pas tenus de préciser leurs bases de calculs.

⁶⁸ JO du 26 décembre 2020.

⁶⁹ TA Paris, 3 fév. 2021, n° 1904967, 1904972, 1904976. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 6, 8 Février 2021, act. 103, L. ERSTEIN.

apparaît difficile à mettre en œuvre. C'est pourquoi certains assureurs n'hésitent pas à expressément exclure les atteintes à l'atmosphère⁷⁰.

Au-delà des limites ayant trait au contrat d'assurance et celles stipulées par lui, il faut souligner que la superposition et la cohabitation des différentes garanties existantes dans une même police d'assurance environnement ne facilite pas une meilleure couverture du préjudice écologique. Les nouvelles garanties créées au gré des évolutions législatives et qui sont venues se rajouter à celles préexistantes complexifient leur application. Leur empilement est de nature à alourdir le processus d'indemnisation des préjudices écologiques car hormis le fait évident qu'il ne peut y avoir de double indemnisation, les garanties n'ont pas le même mode de déclenchement, ne répondent pas à la même philosophie et ne sont pas soumises aux mêmes plafonds d'indemnisation⁷¹. Il est peut-être tant qu'une réflexion d'ensemble sur la couverture du préjudice écologique au sens large, c'est-à-dire englobant tant les dommages environnementaux du Code de l'environnement que le préjudice écologique du Code civil soit menée pour une meilleure prise en charge des préjudices écologiques.

Dans tous les cas, la couverture par l'assurance des préjudices écologiques telle qu'elle se présente aujourd'hui est le mécanisme d'indemnisation le plus apte à favoriser une réparation adéquate des atteintes causées à l'environnement. Son rôle quant à la prévention et la réparation des préjudices écologiques une fois survenus n'est pas à négliger. Le mécanisme assurantiel permet aux entreprises de financer les mesures de prévention et de réparation des préjudices écologiques causés ou qu'elles subissent à travers de garanties d'assurance répondant à leurs besoins spécifiques. De ce fait, l'exploitant doit considérer l'assureur comme « *un allié dans la mise en place de sa politique de prévention des risques notamment du fait de sa connaissance en matière d'accidentologie et des mécanismes pour les prévenir et les réparer* »⁷².

Mais pour que l'assurance soit pleinement efficace, une véritable obligation d'assurance environnementale devrait être créée (afin d'avoir une plus forte mutualisation du risque) car elle constitue un gage de l'effectivité de la prévention et de la réparation des préjudices écologiques⁷³. Présente aussi bien en amont qu'en aval de la gestion du risque environnemental, l'assurance est indispensable pour la réparation des préjudices écologiques et donc pour la préservation de l'environnement. Néanmoins, elle ne peut tout, toute seule. Les limites que présente l'indemnisation des préjudices écologiques par le mécanisme assurantiel peuvent être comblées par l'utilisation de manière alternative et complémentaire d'autres mécanismes d'indemnisation⁷⁴.

⁷⁰ J.-B. POPOT, responsable pôle ingénierie, des risques et environnement de Gras Savoye in G. ALLAIRE, « La sous-assurance chronique des PME », *La tribune de l'assurance*, n°232, févr. 2018, p. 50.

⁷¹ S. BATAKOU, thèse *précit.*

⁷² A. COHEN-JONATHAN, C. HUGO, « Risques industriel : la nécessaire évolution de la directive Seveso », *l'Argus de l'Assurance*, n°7510, 9 juin 2017, p. 43.

⁷³ Pour plus de détails voir : S. BATAKOU, thèse *précit.*

⁷⁴ *Ibid.*

