

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Assurance et garantie des
risques engendrés par les
sols contaminés

par
Bernard DUBUISSON

Doc. 95/8

*Rapport présenté lors du colloque "sols contaminés,
sols à décontaminer" organisé le 19 mai 1995 à
Bruxelles par les Facultés de droit des Facultés
universitaires Saint-Louis et de Louvain-la-Neuve*

ASSURANCE ET GARANTIE DES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES SOLS CONTAMINÉS

par Bernard DUBUISSON,
Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

INTRODUCTION

1. Les frais engendrés par l'obligation de procéder à la décontamination des sols posent à l'entreprise des problèmes évidents qui peuvent aller jusqu'à mettre en danger sa survie économique. Confrontée à cette insécurité accrue par un contexte législatif extrêmement mouvant et complexe, l'exploitant se tourne assez naturellement vers son assureur. Le législateur, contraint par les nécessités budgétaires, est souvent pris du même réflexe. On constate en effet que le traitement de ces risques nouveaux pour l'entreprise se satisfait généralement d'une référence laconique à l'assurance ou à une garantie financière de même nature. Le récent décret de la Communauté flamande relatif à l'assainissement du sol en offre un exemple.

Or, sur ce terrain, les garanties se révèlent soit inexistantes, soit à tout le moins partielles, car les dommages consécutifs à la pollution industrielle se situent aux limites de l'assurabilité. La technique de l'assurance connaît en effet des contraintes certaines que les assureurs ne manquent pas de rappeler avec insistance sans toujours être entendus. L'insuffisance des données statistiques relatives à la fréquence et au coût moyen des sinistres, la capacité de sinistres élevée, l'incertitude et le développement rapide du contexte législatif, la difficulté d'identifier et de maîtriser l'aléa dont dépendra l'indemnisation sont autant de facteurs qui incitent les assureurs à la prudence.

2. S'il est clair que les assureurs ne peuvent pas remédier à tous les maux de la terre, il n'en demeure pas moins qu'ils ont une place à prendre dans ce débat, oserait-on dire ce marché, pour fournir à leurs clients habituels, dans les limites de leurs moyens, de leur capacité et de leur technique, des garanties répondant à leurs besoins.

A cet égard, il est incontestable que les garanties insérées pour l'instant dans les polices belges d'assurance RC exploitation sont largement insuffisantes et inadaptées au regard de l'ensemble des risques courus par l'entreprise en matière d'atteintes à l'environnement. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle entretient les entreprises, surtout petites ou moyennes, dans une fausse impression de sécurité. De plus, les arguments d'inassurabilité avancés par les compagnies ne permettent pas toujours de rendre compte des restrictions couramment insérées dans les polices.

Pour étayer cette affirmation, on procédera en guise d'introduction à une description sommaire du marché européen (section 1), nous tenterons de définir ensuite dans quelles limites et à quelles conditions l'assureur de responsabilité peut fournir une réponse aux besoins des entreprises assurées, confrontées en particulier à la nécessité de décontaminer les sols pollués (section 2). Au-delà des limites de l'assurable, des mécanismes alternatifs d'indemnisation devront enfin être envisagés pour la couverture des risques réellement inassurables (section 3). Nous ne traiterons qu'incidemment du décret de la Communauté flamande relatif à l'assainissement du sol du 22 février 1995 (*M.B.* du 29 avril 1995, p. 11536), qui fait l'objet d'un rapport distinct.

SECTION 1. ÉTAT DU MARCHÉ BELGE ET EUROPÉEN DE L'ASSURANCE ENVIRONNEMENT

3. Dans le cadre limité de cette étude, nous ne pouvons évidemment que brosser à grands traits la physionomie du marché européen de l'assurance en matière d'atteintes à l'environnement ¹.

§ 1. Belgique

4. En l'état actuel des polices, lorsque les dommages causés par la pollution ne sont pas exclus purement et simplement de la couverture, ceux-ci font l'objet d'une garantie particulière insérée dans les conditions générales de la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises industrielles et commerciales et, plus particulièrement, dans les conditions relatives à la responsabilité civile exploitation ². Dans le cadre de cette garantie, les dommages consécutifs aux atteintes à l'environnement ne sont couverts que lorsque ceux-ci sont la conséquence d'un accident (sur la notion d'accident, voy. *infra* n° 21) ^{3 4}.

¹ Pour plus de détails, voy. récemment H.D. SELLSCHOP, *La responsabilité civile en matière de pollution et son assurance; Evolution de la R.C. pollution sur le plan international*, Münchener Rück, 1994, pp. 1 à 10; A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *Situation générale de la R.C. pollution et son assurance en Europe et dans le reste du monde*, Münchener Rück, 1994, pp. 11 à 38; M. AMBACHER, "L'assurance des risques de pollution en Europe", *Ass. Fr.*, 1993, pp. 689-693; K. MOUSTIE, "Assurance de responsabilité en cas d'atteinte à l'environnement. Garanties octroyées dans quelques pays européens", *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1993, pp. 501-521; A. HELLEBUYCK, "Assurance et environnement. Un aperçu international de l'expérience vécue par les assureurs en matière de responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement", *A.I.G. Europe*, 1993, 38 pp.; *Insurance Technical Report*, States of play, April 1994.

² Pour une description des garanties disponibles en Belgique, voy. G. HUPIN, "La pollution, risque assurable", in *Les assurances de l'entreprise*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 243-263; J. ROGGE, *L'assurance et la réparation des dommages à l'environnement*, U.L.B., 4 août 1992, 44 p.; H. BOCKEN, "L'assurance responsabilité civile pour les dommages causés par la pollution", in *Les assurances de l'entreprise*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 239-279; J. ROGGE, "Verzekering van Milieuschade", *Rechtspraktijk en Milieubescherming*, C.B.R., Kluwer, Antwerpen, 1991, p. 192.

³ Exemple de clause classiquement insérée dans les polices belges :
"La garantie est acquise pour les dommages causés par les atteintes à l'environnement résultant

- de la pollution,
- de l'émission, du rejet ou du dépôt de substances solides, liquides ou gazeuses,
- de bruits, odeurs, fumées, vibrations, ondes, radiations, rayonnement ou modification de température.

Cette garantie ne produit ses effets que dans le cas où les dommages sont la conséquence d'un accident.

ASSURANCE ET GARANTIE DES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES SOLS CONTAMINÉS

par Bernard DUBUISSON,
Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

INTRODUCTION

1. Les frais engendrés par l'obligation de procéder à la décontamination des sols posent à l'entreprise des problèmes évidents qui peuvent aller jusqu'à mettre en danger sa survie économique. Confrontée à cette insécurité accrue par un contexte législatif extrêmement mouvant et complexe, l'exploitant se tourne assez naturellement vers son assureur. Le législateur, contraint par les nécessités budgétaires, est souvent pris du même réflexe. On constate en effet que le traitement de ces risques nouveaux pour l'entreprise se satisfait généralement d'une référence laconique à l'assurance ou à une garantie financière de même nature. Le récent décret de la Communauté flamande relatif à l'assainissement du sol en offre un exemple.

Or, sur ce terrain, les garanties se révèlent soit inexistantes, soit à tout le moins partielles, car les dommages consécutifs à la pollution industrielle se situent aux limites de l'assurabilité. La technique de l'assurance connaît en effet des contraintes certaines que les assureurs ne manquent pas de rappeler avec insistance sans toujours être entendus. L'insuffisance des données statistiques relatives à la fréquence et au coût moyen des sinistres, la capacité de sinistres élevée, l'incertitude et le développement rapide du contexte législatif, la difficulté d'identifier et de maîtriser l'aléa dont dépendra l'indemnisation sont autant de facteurs qui incitent les assureurs à la prudence.

2. S'il est clair que les assureurs ne peuvent pas remédier à tous les maux de la terre, il n'en demeure pas moins qu'ils ont une place à prendre dans ce débat, oserait-on dire ce marché, pour fournir à leurs clients habituels, dans les limites de leurs moyens, de leur capacité et de leur technique, des garanties répondant à leurs besoins.

A cet égard, il est incontestable que les garanties insérées pour l'instant dans les polices belges d'assurance RC exploitation sont largement insuffisantes et inadaptées au regard de l'ensemble des risques courus par l'entreprise en matière d'atteintes à l'environnement. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle entretient les entreprises, surtout petites ou moyennes, dans une fausse impression de sécurité. De plus, les arguments d'inassurabilité avancés par les compagnies ne permettent pas toujours de rendre compte des restrictions couramment insérées dans les polices.

Pour étayer cette affirmation, on procédera en guise d'introduction à une description sommaire du marché européen (section 1), nous tenterons de définir ensuite dans quelles limites et à quelles conditions l'assureur de responsabilité peut fournir une réponse aux besoins des entreprises assurées, confrontées en particulier à la nécessité de décontaminer les sols pollués (section 2). Au-delà des limites de l'assurable, des mécanismes alternatifs d'indemnisation devront enfin être envisagés pour la couverture des risques réellement inassurables (section 3). Nous ne traiterons qu'incidemment du décret de la Communauté flamande relatif à l'assainissement du sol du 22 février 1995 (*M.B.* du 29 avril 1995, p. 11536), qui fait l'objet d'un rapport distinct.

SECTION 1. ÉTAT DU MARCHÉ BELGE ET EUROPÉEN DE L'ASSURANCE ENVIRONNEMENT

3. Dans le cadre limité de cette étude, nous ne pouvons évidemment que brosser à grands traits la physionomie du marché européen de l'assurance en matière d'atteintes à l'environnement ¹.

§ 1. Belgique

4. En l'état actuel des polices, lorsque les dommages causés par la pollution ne sont pas exclus purement et simplement de la couverture, ceux-ci font l'objet d'une garantie particulière insérée dans les conditions générales de la police d'assurance de la responsabilité civile des entreprises industrielles et commerciales et, plus particulièrement, dans les conditions relatives à la responsabilité civile exploitation ². Dans le cadre de cette garantie, les dommages consécutifs aux atteintes à l'environnement ne sont couverts que lorsque ceux-ci sont la conséquence d'un accident (sur la notion d'accident, voy. *infra* n° 21) ^{3 4}.

¹ Pour plus de détails, voy. récemment H.D. SELLSCHOP, *La responsabilité civile en matière de pollution et son assurance; Evolution de la R.C. pollution sur le plan international*, Münchener Rück, 1994, pp. 1 à 10; A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *Situation générale de la R.C. pollution et son assurance en Europe et dans le reste du monde*, Münchener Rück, 1994, pp. 11 à 38; M. AMBACHER, "L'assurance des risques de pollution en Europe", *Ass. Fr.*, 1993, pp. 689-693; K. MOUSTIE, "Assurance de responsabilité en cas d'atteinte à l'environnement. Garanties octroyées dans quelques pays européens", *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1993, pp. 501-521; A. HELLEBUYCK, "Assurance et environnement. Un aperçu international de l'expérience vécue par les assureurs en matière de responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement", *A.I.G. Europe*, 1993, 38 pp.; *Insurance Technical Report*, States of play, April 1994.

² Pour une description des garanties disponibles en Belgique, voy. G. HUPIN, "La pollution, risque assurable", in *Les assurances de l'entreprise*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 243-263; J. ROGGE, *L'assurance et la réparation des dommages à l'environnement*, U.L.B., 4 août 1992, 44 p.; H. BOCKEN, "L'assurance responsabilité civile pour les dommages causés par la pollution", in *Les assurances de l'entreprise*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 239-279; J. ROGGE, "Verzekering van Milieuschade", *Rechtspraakelijk en Milieubescherming, C.B.R.*, Kluwer, Antwerpen, 1991, p. 192.

³ Exemple de clause classiquement insérée dans les polices belges :
"La garantie est acquise pour les dommages causés par les atteintes à l'environnement résultant

- de la pollution,
- de l'émission, du rejet ou du dépôt de substances solides, liquides ou gazeuses,
- de bruits, odeurs, fumées, vibrations, ondes, radiations, rayonnement ou modification de température.

Cette garantie ne produit ses effets que dans le cas où les dommages sont la conséquence d'un accident.

L'encaissement total du marché belge en terme de primes pour la garantie des atteintes à l'environnement est estimé à plus ou moins 100 millions FB, somme dérisoire si on la rapporte aux limites de responsabilité qui découlent, par exemple, de la proposition de directive communautaire relative à la responsabilité du fait des déchets (3,2 milliards de francs belges) ⁵.

L'état du marché paraît donc largement embryonnaire. Il est caractérisé par l'absence de polices destinées spécialement à la couverture des risques de l'environnement, par des garanties limitées aux dommages causés par la pollution accidentelle, par un encaissement modeste et une capacité de souscription elle-même assez réduite ⁶.

5. Cette situation ne peut être imputée exclusivement à un excès de prudence des assureurs. Il est clair que sur plusieurs marchés européens, les assureurs n'ont encore ni la technologie ni la capacité indispensables pour offrir des couvertures très étendues. Il faut se rappeler en outre que certaines compagnies belges, qui se disposaient à commercialiser des polices environnement spécifiques couvrant notamment la pollution graduelle, ont été échaudées par un certain nombre de dispositions légales préoccupantes insérées dans la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Celles-ci ont contraint les compagnies, sous la pression des réassureurs, à reporter leur initiative jusqu'à la modification des textes légaux ⁷.

Sans préjudice des exclusions prévues à l'article 6, ne sont pas couverts les dommages imputables au non-respect des normes et règlements de sécurité relatifs à l'activité de l'entreprise assurée ou à l'inobservation de la réglementation concernant la protection de l'environnement dans la mesure où ces violations sont tolérées par le preneur d'assurance, ses organes, ses dirigeants ou par les responsables techniques notamment ceux chargés de prévenir les atteintes à l'environnement."

⁴ Dans le cadre des conditions propres à l'assurance R.C. produits (fourniture de citernes, filtres, canalisations ...), les dommages causés par la pollution ne sont pas toujours expressément exclus et des limites spécifiques en montants sont rarement prévues. Certaines polices prévoient toutefois cette exclusion ou limitent la couverture aux dommages causés par la pollution résultant d'un événement involontaire, imprévisible et donc accidentel. Voy. à cet égard, J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 30; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 512.

⁵ *J.O.C.E.*, n° C 192 du 23 juillet 1971; *J.O.C.E.*, n° C 190 du 22 juillet 1991.

⁶ Voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 4.

⁷ On songe à l'article 52 qui, dans sa version initiale, obligeait les assureurs à couvrir les frais de sauvetage même au-delà des montants assurés et à l'article 78 qui rendait illicite l'usage des clauses définissant l'étendue de la garantie dans le temps par rapport à la réclamation de la victime. Pour une critique de ces articles, voy. J.L. FAGNART et J. ROGGE, Les assurances de responsabilité dans la loi du 25 juin 1992, in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Bull. Ass. (Dossier), 1993, pp. 101-119; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 240; du même auteur, H. BOCKEN, "La couverture des risques liés à la gestion des déchets", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, p. 355, n° 35.

La loi du 16 mars 1994 et l'arrêté royal du 29 décembre 1994 sont venus corriger les effets pervers d'une réglementation jugée trop contraignante⁸. Ces amendements attendus impatiemment par le marché devraient permettre d'envisager sous un jour nouveau la commercialisation de garanties indépendantes et spécifiques. Il serait néanmoins illusoire d'attendre des assureurs qu'ils puissent fournir immédiatement des garanties étendues et une large capacité d'assurance. Le risque devra être testé dans un premier temps au travers d'engagements limités et modestes.

§ 2. France

6. Depuis le mois de janvier 1994, sous la pression des réassureurs, les assureurs français procèdent à l'exclusion systématique du risque de pollution des polices RC générale des entreprises. Une couverture spécifique ne peut plus guère être obtenue à l'heure actuelle qu'auprès du groupement *Assurpol*, qui renforce ainsi sa position de monopole conformément au souhait implicite des réassureurs.

Dès 1987 en effet, plusieurs assureurs et réassureurs se sont regroupés dans un pool de co-réassurance des risques de pollution. De façon générale, le pool présente l'avantage d'augmenter la capacité de souscription et de permettre l'octroi de garanties plus larges, tout en améliorant la connaissance technique du risque⁹. Succédant au *Garpol* en 1989, le nouveau groupement appelé *Assurpol*, qui regroupe 50 assureurs directs et 15 réassureurs, peut prendre des engagements allant jusqu'à 165 voire 190 millions de FF par sinistre et par année d'assurance. Cette capacité peut encore être augmentée grâce au concours du pool italien *Inquinamento*, sous forme de rétrocessions. Le groupement *Assurpol* a mis au point des conditions générales spécifiques, dont les plus récentes datent du 17 janvier 1994¹⁰.

⁸ Sur ces nouvelles dispositions, voy. M. FONTAINE et P.-H. DELVAUX, "Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre", *J.T.*, 1995, pp. 329-339.

⁹ On sait que la couverture en commun de certains types de risques fait l'objet d'une exemption par catégories aux règles du Traité de Rome sur la concurrence, aux conditions définies par le Règlement n° 3932/92 du 21 décembre 1992 (*J.O.C.E.*, n° L398 du 31 décembre 1992).

¹⁰ Conditions générales du 17 janvier 1994, "Assurances des risques atteintes à l'environnement accidentelles au titre de l'exploitation d'installations terrestres fixes"; pour un commentaire de ces conditions et sur le pool en général, voy. outre les références citées en note 1, G. HUSSON, L'assurance pollution; second essai, *Risques*, 11/92, pp. 43-47; B. PASQUIER et L. BARBAGLI, "Coverage of Environment Impairment. Liability in addition to Assurpol", *Association internationale pour l'étude de l'économie de l'assurance*, 22 et 23 novembre 1994; F. LEPICAR, *Assurpol France*, *Association internationale pour l'étude de l'économie de l'assurance*, 22 et 23 novembre 1994; C. DELPOUX, "Responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement"; Les réponses actuelles de l'assurance, *Gaz. Pal.*, 4 et 5 mai 1994, pp. 21-25.

Bien que le portefeuille du pool soit en forte croissance, il semble qu'il ne couvre pas encore la majorité des installations françaises soumises à autorisation administrative en application de la loi du 19 juillet 1976. Il faut savoir que près de 30 % des demandes sont refusées en raison du non-respect des obligations préventives de l'exploitant, notamment pour l'inobservation délibérée de la législation et le manque d'entretien des installations. Les sites figurant sur l'inventaire des sites pollués dressés par le ministère de l'Environnement sont, quant à eux, automatiquement écartés de la garantie.

§ 3. Autres pays européens

7. Les polices italiennes couvrant la responsabilité de l'entreprise excluent généralement le risque de pollution. Une police spécifique rédigée par l'association italienne des assureurs (*ANIA - Polizza de Assicurazione della Responsabilita civile Inquinamento*), qui couvre la pollution accidentelle et graduelle (sur ces notions, voy. *infra*, n° 21), peut être souscrite auprès du pool *Inquinamento*. Le pool gère plus de 1200 polices (usines de transformation de déchets, industries métallurgiques et industries pétrolières). Créé en 1979, il dispose d'une capacité de 50 milliards de liras dont 20 milliards sont pris en charge sous forme d'assurance directe par 78 compagnies et 30 sous forme de réassurance.

8. Aux Pays-Bas, les polices RC générale couvrent, comme en Belgique, la pollution accidentelle mais excluent de façon systématique la pollution graduelle (sur ces notions, voy. *infra*, n° 21). Celle-ci n'est assurable que par le pool *MAS (Milieu Aansprakelijkheid Samenwerkingsverband)* dans le cadre d'une section particulière de la police RC générale. Ce pool, qui s'est formé en 1985, rassemble une cinquantaine d'entreprises d'assurance. Sa capacité est estimée à 55 millions Dfl. Le pool s'adresse principalement aux P.M.E. et aux entreprises agricoles. C'est pourquoi son portefeuille s'est jusqu'à présent concentré sur les petites affaires. Si l'encaissement reste pour l'instant assez modeste, le pool peut se prévaloir de bons résultats. Un projet de garantie couvrant les frais de décontamination du site propre de l'assuré est actuellement à l'étude.

9. En Espagne, le marché de l'assurance n'a que rarement accordé des couvertures dépassant la pollution accidentelle. Or, depuis peu, l'exercice de certaines activités dangereuses est soumise, en vertu de dispositions légales récentes, à une assurance obligatoire comprenant la couverture de la pollution graduelle. Un pool spécialisé dans la couverture des risques de pollution a donc été créé en mars 1993 sur le modèle *Assurpol*. La souscription est ouverte depuis le

mois de juillet 1994. Sa capacité devrait évoluer pour atteindre 1000 millions Ptas ¹¹.

10. Au Royaume-Uni, depuis l'introduction de l'*Environmental Protection Act* en 1990, les garanties RC générale accordées en matière de pollution (*CGL policies*) se fondent sur une définition très restrictive de l'événement assuré qui cantonne le plus souvent la couverture à la pollution accidentelle, à l'exclusion de la pollution graduelle ¹². Le marché des grands risques industriels exclut lui aussi traditionnellement la pollution graduelle, et même parfois toute forme de pollution. Curieusement, la demande pour des polices spécifiques couvrant la pollution graduelle (*EIL policies*) est virtuellement inexistante ¹³. On attribue ce manque d'intérêt tantôt à la fausse impression de sécurité donnée par les polices générales, tantôt à la lourdeur et au coût de la procédure de souscription (examens préalables, audit ...), tantôt au niveau très élevé de la prime. Une police spéciale (*Ceilif*) existe en vue de couvrir la pollution graduelle, mais uniquement au bénéfice des entreprises chimiques. Cette police exclut cependant les pollutions héritées du passé et celles qui résultent des activités normales de l'entreprise.

11. Les couvertures spécifiques contre les risques de pollution ne sont commercialisées sur une grande échelle qu'en Allemagne. Depuis le 1er janvier 1991, la plupart des installations industrielles (96 types d'installations sont visées) sont en effet soumises à une responsabilité objective du chef des dommages causés à l'environnement (loi du 10 décembre 1990) ¹⁴. L'exploitant est même rendu responsable des dommages occasionnés par le fonctionnement normal et autorisé de ses installations. La loi elle-même impose aux exploitants cités en annexe, de prendre les dispositions nécessaires pour pouvoir répondre à une éventuelle obligation d'indemnisation. Cette couverture peut résulter d'une garantie d'assurance, d'une garantie de l'Etat ou d'une garantie bancaire équivalente. Les

¹¹ A propos de ce nouveau pool, voy. E. PAVELEK, The Spanish Environmental Risks Pool, Association internationale pour l'étude de l'économie de l'assurance, 22 et 23 novembre 1994.

¹² La clause d'exclusion proposée par l'association britannique des assureurs est ainsi formulée "The policy excludes all liability in respect of pollution or contamination other than caused by a sudden identifiable unintended and unexpected incident which takes place in its entirety at a specific time and place during the period of insurance".

¹³ Voy. Insurance technical Report, *op. cit.*, note 1, p. 6; M. CLARKE, Liability Insurance on Pollution Damage : Market Meltdown or Grist to the Mill ?, *Journ. Bus. Law*, 1994, p. 546.

¹⁴ Sur cette loi et ses implications pour l'assurance, voy. W.C. HOFFMANN, "La responsabilité civile pollution et son assurance en Allemagne", *R.G.A.T.*, 1992, pp. 459-478; R. DOTZEL, "La responsabilité en matière d'atteintes à l'environnement et l'assurance RC pollution en Allemagne", *Münchener Rück*, 1994, pp. 39-50; W. PFENNIGSTORF, "The New Model Policy and the difficulty of defining Compulsory Insurance", *Victor House News Special Briefing*, February 1993; J. SIEVERS, "Le droit allemand et la responsabilité civile en matière d'environnement. La loi du 10 décembre 1990", *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 1994, pp. 35-39.

assureurs les plus importants disposent d'une capacité de souscription évaluée à 40 millions de dollars. Cette loi générale a évidemment posé de nombreux problèmes au secteur de l'assurance. Un nouveau modèle de police a été mis au point par l'association des assureurs allemands (*HUK Verband*) pour cinq catégories d'installations spécifiées dans la police. Cette police, sur laquelle on aura l'occasion de revenir, ne fait aucune distinction entre pollution graduelle ou accidentelle, mais exclut le dommage qui doit être nécessairement attendu à la suite de l'activité normale de l'entreprise, sauf preuve de l'ignorance invincible de l'exploitant (risque de développement).

SECTION 2. L'ASSURANCE COMME TECHNIQUE DE GARANTIE DES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES SOLS CONTAMINÉS

12. La commercialisation de couvertures d'assurance de la responsabilité pour les atteintes à l'environnement en général et pour l'assainissement des sols contaminés en particulier passe par un certain nombre d'exigences à la fois techniques et juridiques. Ces exigences peuvent être regroupées autour de trois paramètres dont l'énoncé même relève de l'évidence mais dont l'interprétation est loin d'être uniforme : l'existence du risque (§ 1), l'existence d'une responsabilité (§ 2) et la maîtrise du risque (§ 3). La première est une condition essentielle de validité du contrat d'assurance. La seconde est inhérente à la technique de l'assurance responsabilité. La troisième apparaît davantage comme une règle de bonne gestion, en vue de maîtriser les engagements et de maintenir l'équilibre financier des opérations d'assurances.

§ 1. L'existence du risque

13. L'article 24 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre rappelle une évidence parfois perdue de vue par les candidats à l'assurance : le risque, c'est-à-dire l'événement incertain dont dépend la prestation de l'assureur, ne peut s'être déjà réalisé lors de l'entrée en vigueur du contrat.

Dans le domaine des assurances de l'environnement, l'incontournable exigence d'un aléa lors de la souscription du contrat d'assurance est fréquemment rappelée dans la littérature professionnelle pour justifier l'inassurabilité de la

pollution dite "historique" ou de la pollution "graduelle" par opposition à la pollution "accidentelle".

La notion d'accident utilisée encore actuellement dans la plupart des polices couvrant la responsabilité générale de l'entreprise traduirait adéquatement cette volonté de préserver le caractère aléatoire de la couverture. On verra cependant que l'interprétation qui en est donnée dépasse largement le cadre strict de l'assurabilité pour servir de fondement à de nombreuses exclusions de garantie implicites.

A. La pollution historique ou l'impossible reprise du passé

14. La "pollution historique" désigne la pollution héritée d'activités passées, souvent exercées en toute légalité et qui se révèlent aujourd'hui dommageables. La possibilité de couvrir la pollution historique par le biais de l'assurance est d'un intérêt déterminant pour notre sujet, car la grande majorité des atteintes à l'environnement liées à la contamination des sols est la conséquence de comportements remontant à plusieurs années, sinon à plusieurs décennies. Les dommages constatés concernent souvent des sites industriels abandonnés ou des décharges sauvages.

Les dommages causés par la pollution historique et le financement de l'assainissement des sites pollués posent manifestement un problème majeur tant au regard du droit de la responsabilité qu'au regard du droit des assurances. Dans un ordre logique, les questions relatives à la responsabilité doivent d'abord être évoquées, car il est clair qu'un assureur de responsabilité n'accepte de couvrir un sinistre que si la responsabilité de son assuré est susceptible d'être engagée dans ce sinistre. Les limites du droit de la responsabilité se répercutent donc inmanquablement sur l'étendue de la garantie d'assurance.

1. Les limites inhérentes à l'action en responsabilité

15. La responsabilité civile étant traitée dans d'autres rapports, nous ne nous y attarderons pas. La difficulté majeure dans l'hypothèse d'une pollution historique sera bien entendu d'identifier l'origine de la pollution et le responsable potentiel de la contamination. Il n'est pas rare en effet que l'exploitant ait disparu ou ne puisse être identifié. Si ce premier obstacle est franchi, le délai de prescription de l'action civile en réparation du dommage ne manquera pas de contrecarrer la demande des victimes ¹⁵. Il est vrai que l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1994 ¹⁶ et

¹⁵ Sur ce problème, voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, "Le régime des atteintes à l'environnement", *Ass. Fr.*, décembre 1994, p. 37; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 255, n° 23.

¹⁶ Cass., 13 janvier 1994, *R.W.*, 1994/95, p. 157; *J.T.*, 1994, p. 291; *R.G.A.R.*, 1994, n° 12308. La Cour admet dans cet arrêt que le délai de prescription de l'action civile

plus encore le récent arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 1995¹⁷ ont considérablement modifié les données du problème pour ce qui relève tout au moins de la prescription quinquennale de l'action civile découlant d'une infraction pénale.

Comme le fait remarquer le professeur Bocken, le délai de prescription de l'action en responsabilité ne fournit cependant aucune échappatoire au pollueur, lorsque les frais liés à des mesures d'assainissement effectués par des pouvoirs publics sont déclarés récupérables par la loi sur la base d'une disposition introduisant une responsabilité objective pour les dommages causés par la pollution, qui ne distingue pas selon le caractère historique ou non de l'émission¹⁸. Dans cette hypothèse en effet, la prescription de l'action en remboursement des frais commencent à courir au plus tôt à partir du moment où les travaux d'assainissement ont débutés.

16. L'on comprend que les assureurs soient particulièrement attentifs à ce que des actes qui n'étaient pas considérés comme fautifs ou illicites à l'époque où ils ont été commis ne soient pas considérés comme tels à la faveur de lois ultérieures dont l'effet serait rétroactif¹⁹. Il existe en effet bon nombre de pollutions correspondant à des pratiques passées qui n'étaient pas perçues à l'époque comme une atteinte potentielle à l'environnement. L'un des nombreux reproches adressés à la loi américaine *CERCLA (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act)* consiste précisément dans l'instauration d'une responsabilité rétroactive. La Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement²⁰ et la loi allemande du 10 décembre 1990 ont, quant à elles, évité cet écueil en renonçant à instaurer une responsabilité rétroactive pour les pollutions héritées du passé. Encore faut-il remarquer qu'une solution contraire, aussi critiquable soit-elle sous l'angle

résultant d'un délit de coups et blessures involontaires ne prend cours qu'à partir de l'apparition du dommage et non à dater du jour où l'infraction a été commise.

¹⁷ Cour d'arbitrage, 21 mars 1995, n° 25/95, *J.T.*, 1995, p. 261. La Cour d'arbitrage a considéré dans cet arrêt que l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale violait les articles 10 et 11 de la Constitution en introduisant une discrimination injustifiée entre les victimes selon que le dommage résulte ou non d'une infraction pénale.

¹⁸ H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 255, n° 23.

¹⁹ Comité Européen des Assurances, Prise de position sur le livre vert de la Commission des C.E. relatif à la réparation des dommages causés à l'environnement, *Rapport annuel*, 1993-1994, pp. 51-54.

²⁰ Sur la Convention de Lugano du 21 juin 1993, voy. récemment en doctrine N. DE SADELEER, "La convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement", *R.G.A.R.*, 1994, n° 12367; C. LARROUMET, "La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes", *Dall.*, 1994, pp. 101-107; P. THIEFFRY, "La responsabilité civile du pollueur : les projets communautaires et la Convention du Conseil de l'Europe", *Gaz. Pal.*, 5 août 1993, pp. 965-976; C. LARROUMET et C. FABRY, "Le projet de Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement", *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 1994, pp. 17-20.

de l'opportunité, ne l'est pas nécessairement sous l'angle de la légalité. Le principe de non-rétroactivité interdit en effet au législateur de revenir sur des situations définitivement acquises sous l'empire de la loi ancienne, mais non sur des situations dont les conséquences se prolongent dans l'avenir. Dès lors que le fondement de la responsabilité repose sur l'exercice d'une activité dangereuse pour l'environnement ou même sur l'acquisition d'un droit de propriété sur le terrain contaminé (théorie du risque profit), le principe de non-rétroactivité n'est pas mis à mal par une législation nouvelle qui viserait à imputer à un agent économique la réparation des dommages constatés après l'entrée en vigueur de la loi ou dont les conséquences se prolongeraient après cette date ²¹. La tentation est donc grande pour le législateur de recourir à ce genre d'expédient afin de financer les travaux d'assainissement effectués ou imposés par l'autorité publique ²².

En ce qui concerne les polices en cours, le libellé des conditions contractuelles protège généralement l'assureur contre toute mauvaise surprise à cet égard. Au titre des responsabilités couvertes, les polices énumèrent limitativement les fondements de responsabilité qui peuvent susciter l'intervention de l'assureur, ou bien prévoient une faculté de résiliation en cas de modification des règles de responsabilité ou, plus fréquemment, excluent de la couverture toute responsabilité engagée en l'absence de faute en vertu d'une législation ou réglementation postérieures au 1er mars 1992 ²³. Cette précision confère aux assureurs une maîtrise complète du risque engendré par une responsabilité nouvelle. Sous réserve d'une improbable obligation de couverture qui serait imposée à l'assureur par la loi elle-même, les inquiétudes exprimées par les professionnels de voir une réglementation nouvelle affecter et altérer après coup la base des contrats ne paraissent donc pas totalement fondées.

²¹ La solution énoncée par la Cour de cassation selon laquelle une loi qui modifie une règle de responsabilité civile ou établit une responsabilité nouvelle ne régit pas la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur doit, selon nous, être nuancée chaque fois que le dommage continue à évoluer ou se révèle après l'événement dommageable. En ce sens, voy. P.-H. DELVAUX, "Le droit transitoire, Champ d'application dans le temps du nouveau droit des assurances terrestres", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 126, n° 5. La solution de la Cour suprême repose implicitement sur l'idée qu'un événement dommageable se consomme au moment même de sa naissance en sorte que sa survenance fixe définitivement tous les droits à réparation qu'il engendre (Cass., 5 février 1970, *Pas.*, 1970, I, 490; Cass., 20 mars 1981, *Pas.*, 1981, 782; *Pas.*, 1982, I, 858; Cass., 9 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 317).

²² Le législateur flamand n'a pas, semble-t-il, succombé à cette tentation. Voy. à cet égard l'article 32 du décret de la Communauté Flamande du 22 février 1995 qui soumet la responsabilité en cas de pollution historique aux règles applicables avant l'entrée en vigueur du décret.

²³ Voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 14; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 266, n° 37.

2. Les limites inhérentes à l'assurabilité

17. Un raisonnement similaire peut-être tenu sous l'angle de l'assurabilité. L'on affirme en effet que les dommages résultant de la pollution héritée d'activités passées seraient juridiquement inassurables dans la mesure où le risque serait déjà réalisé et le sinistre déjà survenu au moment de la conclusion du contrat ²⁴. Cette affirmation doit être nuancée à la lumière de la notion de sinistre en assurance de la responsabilité civile. L'on sait que cette question reste largement débattue en doctrine particulièrement lorsque le déroulement du sinistre, depuis le fait générateur jusqu'à la réclamation de la victime, s'étend sur une période de temps relativement longue. Particulièrement pour les dommages de pollution, la réclamation censée mettre en œuvre le droit à réparation de la victime peut être formulée longtemps après le fait générateur.

Nous reviendrons en détail sur cette difficulté propre à l'assurance de responsabilité (voy. *infra* n° 54), mais de prime abord, il nous semble difficile d'affirmer que le sinistre se réaliserait dès le moment du fait générateur, alors même que toutes les conditions de la responsabilité, notamment l'apparition du dommage, ne sont pas réunies à ce moment. L'article 77 de la loi du 25 juin 1992, tel que modifié par la loi du 16 mars 1994, confirme ce point de vue, lorsqu'il affirme que "le présent chapitre est applicable aux contrats d'assurance qui ont pour objet de garantir l'assuré contre toute demande en réparation fondée *sur la survenance du dommage prévu au contrat*, et de tenir, dans les limites de la garantie, son patrimoine indemne de toute dette résultant d'une responsabilité établie" (c'est nous qui soulignons).

18. Selon cette analyse, la couverture des dommages causés par la pollution historique conserverait un caractère aléatoire pour autant que les dommages ou l'étendue des dommages inhérents aux activités du passé ne se soient pas encore révélés aux tiers. Le moment à partir duquel la contamination d'un site industriel constitue une menace imminente pour la santé publique, les propriétés voisines ou les nappes phréatiques serait donc constitutif d'un aléa assurable, de même que l'injonction éventuelle d'une autorité administrative qui serait adressée à l'assuré. Dès lors, la pollution historique relèverait moins d'une question d'assurabilité au sens juridique, que d'une question de maîtrise du risque d'antériorité. On vise par là le risque qui ne s'est pas encore réalisé au moment de la souscription, mais dont les premières conditions sont déjà présentes à ce moment.

Dans ce contexte, il est clair que les dommages issus de pollutions héritées du passé ne seront pas pris en charge si la police prend pour base de la définition de la garantie dans le temps, la survenance de l'événement dommageable ou du fait générateur durant la période de garantie. Le risque d'antériorité apparaît en revanche

²⁴ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, "Le régime des atteintes à l'environnement", *Ass. Fr.*, 1994, p. 40.

pour l'assureur lorsque le critère est celui de la survenance du dommage, celui de la première manifestation du dommage ou celui de la réclamation de la victime pendant la période de garantie ²⁵. Dans ce cas, il appartient à l'assureur, s'il le souhaite, de se prémunir contractuellement soit en refusant purement et simplement ce risque, soit en limitant sa couverture aux faits dommageables survenus pendant la période de couverture, soit en excluant uniquement les faits dommageables survenus avant la conclusion du contrat dont l'assuré avait ou devait avoir connaissance à ce moment.

19. Une sélection des risques efficace permet d'atténuer le risque d'antériorité. La méthode la plus classique consiste à soumettre au candidat un questionnaire détaillé relatif à la nature des produits utilisés, aux modes de stockage, à la qualité des effluents ainsi qu'aux caractéristiques principales de l'environnement du site. Ce questionnaire permettra à l'assureur d'accepter ou de refuser le risque en connaissance de cause. Si la garantie demandée est importante, il conviendra en outre de procéder à un examen concret et approfondi des installations et des activités exercées par l'entreprise éventuellement sous la forme d'une visite des lieux par un ingénieur ou un inspecteur technique voire d'un audit environnemental ²⁶. Si des traces de contamination sont découvertes à cette occasion, l'assureur refusera bien entendu de couvrir partiellement ou totalement le risque. Une omission ou une fausse déclaration du preneur seront passibles des sanctions prévues par les articles 6 et 7 de la loi du 25 juin 1992.

20. Lorsqu'on envisage l'assurabilité de la pollution historique, il y a donc lieu de distinguer les dommages hérités du passé qui sont déjà survenus et qui sont par principe inassurables sous peine de nullité du contrat d'assurance, et les risques

²⁵ Voy. H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 256, n° 25.

²⁶ L'audit d'environnement, qui vise à établir un bilan exhaustif de l'ensemble des impacts d'une activité industrielle sur l'environnement, permet un diagnostic très utile des risques environnementaux. L'audit doit être traité par une équipe pluridisciplinaire et se fonder avant tout sur des observations de terrain. L'examen des seules pièces administratives paraît insuffisant.

Le problème crucial de l'audit résulte de la prise en charge de son coût. Il semble que les assureurs ne disposent pas actuellement des moyens internes nécessaires pour procéder à des audits dont le coût est sans commune mesure avec le montant actuel des primes. En outre, l'audit auquel il serait procédé ne se conclut pas nécessairement par la conclusion du contrat. Une reconnaissance d'orientation du sol, qui aurait déjà été effectué dans le cadre d'une demande d'autorisation d'exploiter, d'un transfert de propriété ou d'un arrêt d'activité pourrait être utilisée à cet effet (voy. à ce sujet, le décret flamand du 22 février 1995, art. 3). Afin d'encourager les entreprises à procéder à l'évaluation des risques environnementaux sur une base volontaire, la Communauté européenne a adopté un règlement permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit (Règlement n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993, *J.O.C.E.*, n° L 168 du 10 juillet 1993, p. 1). Sur l'audit environnemental, voy. entre autres P. BARNES, "The environmental audit scheme, EIU European Trends, 3rd quarter", 1994, pp. 80-86; C.C., "Green shield stamp of approval", *Corporate Cover*, Feb. 1995, p. 16.

résultant d'activités exercées dans le passé dont les conséquences dommageables pour les tiers ne se sont pas encore révélées ou se poursuivent, qui sont assurables moyennant examen du site avant la souscription du contrat ²⁷.

Une couverture limitée des risques – non des dommages – hérités du passé est d'ailleurs offerte sur certains marchés européens. Le pool français *Assurpol* garantit les atteintes à l'environnement *accidentelles* ayant débuté antérieurement à la prise d'effet du contrat, à condition que l'assuré n'en ait pas eu connaissance à cette date (art. 5, alinéa 3). Le modèle de police proposé en Allemagne depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 décembre 1990 exclut en revanche les demandes relatives à un dommage qui trouve son origine dans un fait antérieur à la prise d'effet de la garantie ²⁸. Il en va de même aux Pays-Bas pour la couverture accordée par le *MAS pool*. Bien que la police proposée par le pool italien ne comporte aucune exclusion de la pollution historique, il est d'usage de l'exclure dans une clause particulière. Moyennant un audit préalable, une garantie d'antériorité de deux ou trois ans peut néanmoins être accordée.

Même dans le respect des limites de l'assurabilité, la disponibilité de l'assurance reste donc extrêmement limitée. Il paraît par conséquent nécessaire de sortir du cadre classique de l'assurance de la responsabilité pour résoudre de façon satisfaisante ce problème ²⁹ (voy. *infra* section 3).

B. La pollution accidentelle ou l'improbable couverture de la pollution chronique, graduelle ou résiduelle

21. La notion d'accident constitue une référence constante des polices d'assurance couvrant la responsabilité générale de l'entreprise pour les atteintes à l'environnement. Elle est censée préserver le caractère aléatoire de la couverture et déterminer les frontières de l'assurabilité des risques de pollution. En réalité, la portée de ce concept clé est loin d'être claire. Il justifie à lui seul un nombre impressionnant d'exclusions que le sens premier du terme ne laisse pas percevoir à un lecteur non averti.

Bien que les conditions contractuelles soient loin d'être concordantes à ce sujet, les polices belges définissent généralement l'accident comme un événement soudain et qui est involontaire et imprévu dans le chef du preneur d'assurance, de

²⁷ En ce sens, C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 22; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 269, n° 45; A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 8 et s. Voy. également en ce sens Cass. fr., 8 juillet 1994, *Dall.*, 1995, Jur., p. 217, note S. PORCHY. La Cour de cassation retient l'existence d'un aléa lorsque le risque n'est pas déterminable dans son étendue. L'incertitude peut donc également porter sur les conséquences dommageables.

²⁸ W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 467.

²⁹ Voy. E. FRENEAUX, "La pollution des sols et la responsabilité contractuelle", *Gaz. Pal.*, 4-5 mai 1994, p. 29; A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 9.

ses organes ou préposés dirigeants ³⁰. Le caractère fondamentalement ambigu de la notion d'accident a conduit les assureurs belges à écarter ce concept des conditions générales de leur police responsabilité civile exploitation, pour en définir ponctuellement les applications sous forme d'exclusions de couverture. Écartée dans les conditions générales applicables à la R.C. exploitation, la notion d'accident réapparaît pourtant dans les garanties particulières des atteintes à l'environnement, ce qui témoigne de l'extrême réserve des assureurs en la matière ³¹. La solution n'est cependant guère heureuse car elle a suscité et suscite encore de nombreux litiges.

1. La soudaineté

22. Par le terme "soudain", on entend habituellement un événement fortuit tel que la rupture d'une canalisation, le bris d'une machine, une fausse manœuvre, le dérèglement d'un mécanisme ... Le critère de soudaineté comporte en lui-même une ambiguïté, car la plupart du temps les polices d'assurance omettent de préciser si la référence à l'accident s'applique à l'origine de la pollution (fait générateur) ou à sa manifestation (dommage). Elles ne disent pas davantage s'il doit exister une simultanéité ou une quasi-simultanéité entre le dommage et l'événement dommageable.

Le dommage doit-il se manifester immédiatement après le fait générateur pour être couvert ? De cette question apparemment anodine dépend la couverture de la pollution graduelle. La pollution graduelle est en effet celle qui consiste en une émission lente, continue ou répétée de polluants qui, au bout d'une période plus ou moins longue, conduisent à des dommages par accumulation ou par synergie (fuite, suintement, infiltration provenant de réservoirs souterrains ou de canalisations ...) ³². Elle résulte généralement de l'accumulation progressive de substances qui conservent longtemps leurs propriétés nocives.

A l'évidence, la pollution doit à tout le moins présenter un caractère fortuit pour que le dommage qui en résulte puisse être couvert par l'assurance, mais une pollution graduelle progressive dans sa manifestation peut très bien avoir une origine accidentelle ³³. On songe à une fuite ou à la rupture d'une canalisation ou d'un réservoir souterrain entraînant des émissions toxiques dont les conséquences dommageables ne se manifestent qu'à plus long terme. Si la rupture est imprévue et inattendue, si elle ne résulte pas d'une corrosion généralisée consécutive à un défaut

³⁰ Voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 18; en jurisprudence française, voy. S. LE DAMANY, "Les assurances et l'environnement", *Gaz. Pal.*, 20 février 1993, pp. 163-167.

³¹ K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 503.

³² J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 19; S. LE DAMANY, *op. cit.*, note 30, p. 163; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 504.

³³ S. LE DAMANY, *op. cit.*, note 30, pp. 163-164; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 504; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 20, p. 18

d'entretien (sur ces restrictions, voy. *infra* n° 28), elle conserve à n'en pas douter un caractère accidentel.

23. L'on affirme généralement que les assureurs belges ne rapportent pas l'exigence du caractère accidentel à la survenance ou à la manifestation du dommage mais aux événements qui sont à l'origine du dommage ³⁴. Pour autant qu'ils soient la conséquence d'un événement fortuit, les dommages qui se sont développés progressivement seraient donc couverts.

Les clauses insérées dans les polices R.C. générale anglaises et américaines ont suscité des difficultés d'interprétation similaires. L'enjeu du débat était aussi la couverture de la pollution graduelle, précisément dans le cas de sols contaminés. Certaines juridictions ont simplement rapporté le critère de soudaineté au fait générateur, d'autres, adoptant une interprétation plus favorable à l'assureur, l'ont rapporté à la brièveté du délai séparant les causes et les effets de la pollution. Une troisième tendance, qui emporte davantage notre adhésion, consiste à constater l'ambiguïté de la clause pour l'interpréter dans le sens de la couverture ³⁵.

Si une simultanéité ou une quasi-simultanéité doit exister entre le fait générateur et le dommage, il est certainement préférable que la clause le dise explicitement. Les nouvelles conditions générales *Assurpol* précisent par exemple que la contamination accidentelle suppose une simultanéité entre l'événement soudain et inattendu qui cause la contamination (explosion, incendie, bris de machine ...) et le premier signe de la contamination (art. 1.3). Le pool espagnol couvre, quant à lui, la pollution accidentelle dont les effets sont constatés au plus tard dans les 72 heures qui suivent le fait générateur.

24. Quelle que soit l'interprétation retenue, les tribunaux se sont généralement accordés pour écarter les conséquences dommageables d'émissions régulières ou routinières d'agents polluants. Cette restriction paraît rencontrée par l'exigence de fortuité du fait générateur ³⁶.

En effet, il ne peut être question pour les assureurs de couvrir sans discernement les conséquences des pollutions graduelles. Associée à la condition de fortuité, la pollution graduelle paraît assurable dans son principe, moyennant une analyse technique minutieuse du risque lors de la souscription accompagnée d'un

³⁴ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 20; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 504.

³⁵ Voy. à cet égard, M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 556 et les références citées; B. ROZNOWSKI, "Coverage issues presented by clean-up claims", in *Leading developments in international reinsurance and pollution insurance*, Lloyds of London Press Ltd., 1991, p. 80 et les références citées.

³⁶ M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, pp. 556-557.

contrôle durant l'exécution ³⁷. Pour le surplus, l'assurabilité paraît dépendre d'une définition adéquate de l'étendue de la garantie dans le temps, dans l'espace et en montants (voy. *infra*, § 3).

Une telle extension de garantie est d'ailleurs accordée dans le cadre de la nouvelle police allemande RC pollution, non cependant sans avoir suscité une raréfaction de la réassurance et une diminution des possibilités de rétrocession par les réassureurs allemands. La couverture fait toutefois l'objet de conditions restrictives par le biais d'une définition très précise des risques couverts et d'une énumération de 13 catégories d'exclusions. Ainsi la garantie n'est-elle octroyée que pour les dommages causés par des substances dangereuses infiltrées dans le sol ou dans l'eau résultant d'un dérèglement ou d'une perturbation des opérations ³⁸. La plupart des pools constitués en Europe acceptent, eux aussi, de couvrir la pollution accidentelle et la pollution graduelle, sans cependant abandonner la condition de fortuité du fait qui est à l'origine de l'atteinte à l'environnement (pool *Ceilif* au Royaume-Uni, pool espagnol, *Assurpol* en France, *MAS* pool aux Pays-Bas, pool *Inquinamento* en Italie).

2. L'imprévisibilité

a) L'imprévisibilité et la faute de l'assuré

25. L'exigence du caractère involontaire et imprévu de l'événement dommageable dans le chef de l'assuré n'est pas moins importante que celle de la soudaineté. Ces mots apparemment clairs sont aussi source de confusion. En effet, à première lecture, ces deux exigences paraissent difficilement conciliables avec l'existence même d'une faute de l'assuré. Si la prévisibilité du dommage est bien un élément constitutif de la faute, une assurance de la responsabilité qui ne couvrirait que le dommage imprévisible n'aurait guère de portée.

Or, il convient de rappeler que la couverture des conséquences d'une faute de l'assuré conçue comme un manquement à un devoir de diligence n'est nullement incompatible avec l'existence d'un aléa assurable, quelle que soit d'ailleurs la nature de la garantie. Comme l'indique le professeur Groutel, la notion d'accident n'exclut pas que les dommages aient pour origine une faute de l'homme, laquelle ne supprime en principe pas l'obligation de garantie de l'assureur ³⁹.

Il faut dès lors donner une portée différente à l'exigence d'imprévisibilité. Celle-ci semble indiquer que l'événement dommageable doit être indépendant de la

³⁷ En ce sens, H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 269, n° 45; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 24.

³⁸ W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 465.

³⁹ H. GROUTEL, "La notion d'accident : notion unique ou multiple", *Resp. civ. et assur.*, janvier 1995, p. 1; également en ce sens, S. LE DAMANY, *op. cit.*, note 30, p. 165.

volonté consciente et délibérée de l'assuré ou, en d'autres termes, que cet événement ne peut être le résultat d'un comportement volontaire de sa part ⁴⁰. Rapportée à l'assurance des atteintes à l'environnement, la notion d'accident exclurait donc les dommages résultant d'activités polluantes exercées de manière consciente et délibérée de même que les dommages de pollution dont la survenance est rendue quasiment certaine par les conditions de l'exploitation. On sait que les pollutions intentionnelles sont particulièrement fréquentes dans le secteur des déchets ⁴¹.

26. Selon la jurisprudence anglaise et américaine, un dommage ne peut être attendu et prévu (*expected and intended*) que si l'assuré savait ou devait savoir que par son comportement, il augmentait sensiblement les probabilités de survenance du sinistre (*substantial probability*) ⁴². Cette jurisprudence observe à juste titre que la négligence n'entraîne pas la préconnaissance : seuls les dommages dont il était hautement probable qu'ils surviendraient à la suite du comportement volontaire de l'assuré sont exclus ⁴³.

Sous cet angle, la notion d'accident rejoint manifestement les concepts de faute intentionnelle et de faute lourde visés par l'article 8 de la loi du 25 juin 1992. On sait que la faute lourde (anciennement faute grave) est généralement définie en droit belge des assurances comme une faute caractérisée assimilable à un fait intentionnel entraînant une aggravation du risque au-delà des prévisions normales du contrat, aggravation dont l'assuré avait ou devait avoir conscience ⁴⁴. En droit belge, une difficulté nouvelle naît du fait que l'article 8 oblige désormais l'assureur à énumérer formellement et limitativement dans son contrat les cas de faute lourde qui peuvent l'exonérer de sa garantie ⁴⁵. La notion d'accident comprise comme un événement involontaire et imprévu aboutit en réalité à contourner ces exigences légales. Les applications qu'on voudrait en faire aux fins de refuser la garantie à la victime pourraient donc être écartées comme illégales.

⁴⁰ G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, pp. 244 et 248; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 40.

⁴¹ Voy. H. BOCKEN, "La couverture des risques liés à la gestion des déchets", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 333, n° 3.

⁴² M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 553 et les références citées.

⁴³ M. CLARKE, *ibid.*

⁴⁴ Voy. récemment sur la notion de faute lourde H. DE RODE, "Les clauses d'exclusions et de faute lourde", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 81, n° 5 et s. On se rappellera que la faute lourde ne peut entraîner le rejet de la couverture que si elle est la cause du sinistre. La preuve du lien causal incombe traditionnellement à l'assureur.

⁴⁵ Dans ces conditions, la question se pose de savoir si l'élément objectif et subjectif de la faute lourde devront encore être établis par l'assureur. Sur cette question, voy. H. DE RODE, *op. cit.*, note 43, p. 101, n° 29 et s., qui se prononce pour la négative. Cette solution semble logique, mais elle suppose que le comportement érigé en faute lourde soit défini de façon précise, ce qui n'est pas toujours le cas.

A supposer même que le comportement incriminé puisse être rapporté à une exclusion formelle et limitée prévue dans les conditions générales, la question de l'opposabilité à la victime de la faute lourde expressément définie ou de la faute intentionnelle commise par l'assuré reste posée. L'article 87 de la loi du 25 juin 1992 impose à cet égard de distinguer les assurances obligatoires et les assurances non obligatoires. Dans la première hypothèse, la faute lourde comme la faute intentionnelle paraissent inopposables à la victime, sous réserve d'un recours ultérieur de l'assureur contre son propre assuré en remboursement de tout ou partie des sommes décaissées (art. 87, § 1). Telle est la solution appliquée de longue date en assurance R.C. automobile. Dans la seconde, les mêmes fautes seraient en revanche opposables à la victime si elles trouvent leur cause dans un fait antérieur au sinistre (art. 87, § 2). Or, on peut poser en principe que le fait générateur précède toujours, ne fût-ce qu'un bref instant, la survenance du dommage ⁴⁶.

27. L'approche de la notion d'accident sous l'angle subjectif suscite de nombreuses autres questions auxquelles a été confrontée la jurisprudence américaine ⁴⁷. Ces questions conservent une actualité en droit belge dans le contexte de l'appréciation de la faute lourde ou intentionnelle de l'assuré. Comment faut-il apprécier le comportement de l'assuré ? Quel type de conduite ou de connaissance doit être démontrée pour établir que l'événement dommageable était attendu et prévisible ? Dans le chef de qui cette connaissance doit-elle être appréciée et par rapport à quoi, par rapport à l'émission ou par rapport au dommage ? Si c'est par rapport au dommage, qu'en sera-t-il lorsque l'émission provoque des réactions en chaîne ? Toute la séquence doit-elle être prévisible pour donner lieu à un refus de garantie ?

La jurisprudence américaine paraît opter pour une appréciation subjective du comportement de l'assuré, ce qui paraît compatible avec l'interprétation que l'on donne généralement de la faute lourde en droit belge ⁴⁸. La question de l'imputation est, quant à elle, résolue explicitement par les polices belges : l'accident est généralement défini comme un événement soudain qui est involontaire, fortuit et imprévu dans le chef du *preneur*, de *ses organes* ou *préposés dirigeants* ⁴⁹. On pourrait songer à ajouter à cette énumération les agents de l'entreprise qui seraient spécialement chargés des questions d'environnement.

La question de savoir si c'est seulement le déversement, l'enfouissement ou la décharge qui doivent être connus et acceptés par l'assuré ou également l'atteinte à l'environnement qui pourrait s'ensuivre et, de façon plus large encore, l'ensemble des conséquences dommageables qui en résultent reste largement ouverte. Certaines

⁴⁶ En ce sens, H. DE RODE, *op. cit.*, note 44, p. 111, n° 38.

⁴⁷ M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 554 et les références citées.

⁴⁸ M. CLARKE, *ibid.* et les références citées.

⁴⁹ K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, pp. 504-505. Sur l'imputabilité de la faute lourde en général, voy. H. DE RODE, *op. cit.*, note 44, p. 89, n° 14 et s.

juridictions américaines ont estimé que l'assuré devrait effectivement savoir que l'acte posé était dommageable pour l'environnement. D'autres ont considéré que l'attente ou l'intention pouvaient se déduire de la seule connaissance des actes dommageables ⁵⁰. La seconde interprétation réduit davantage la portée de la garantie que la première, qui présente par ailleurs le risque de détourner l'assuré de ses obligations de prévention.

b) L'imprévisibilité et l'obligation de prévention

28. Selon certains commentateurs, l'exigence d'imprévisibilité permettrait également d'écarter de la garantie tous les dommages consécutifs à un manque d'entretien, à la défectuosité ou à l'usure des installations, et plus généralement encore les dommages que l'assuré était en mesure d'empêcher ou dont il pouvait soit prévenir, soit arrêter les conséquences ⁵¹. Si l'on peut comprendre que l'assureur n'ait pas à couvrir les conséquences de l'impéritie de son assuré, il serait préférable, selon nous, que ces restrictions figurent dans une liste d'exclusions ou de déchéances formelle et précise, plutôt que d'être ainsi noyées dans un concept générique à contenu variable ⁵². Elles sont d'ailleurs généralement répétées dans les polices au titre des exclusions ou des déchéances de garantie ce qui ne manque pas de créer une certaine ambiguïté sous l'angle de la charge de la preuve.

Pour ce qui relève de la prévention, il est certain que la couverture ne doit pas inciter le preneur à laisser s'installer une situation dommageable pour les tiers. Le droit de l'assurance offre cependant des moyens plus adéquats pour lutter contre ce genre de comportements. Une déchéance partielle ou totale du droit à la prestation d'assurance peut frapper l'assuré qui, avant la réalisation du sinistre, n'aurait pas adopté un comportement déterminé imposé par le contrat. Conformément à l'article 11 de la loi du 25 juin 1992, c'est à l'assureur qu'il appartiendra de prouver le lien causal entre le manquement à cette obligation contractuelle déterminée et le dommage ⁵³. Au cas où cette déchéance ne serait pas opposable à la victime en raison des règles qui régissent l'action directe dans les assurances de responsabilités, l'indemnité payée à la victime pourrait faire l'objet

⁵⁰ Sur cette question en jurisprudence américaine, voy. M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 554 et les références citées; B. ROZNOWSKI, *op. cit.*, note 35, p. 76.

⁵¹ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, pp. 19-20; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 22

⁵² Les conditions générales proposées par Assurpol comprennent une clause d'exclusion plus précise ainsi libellée (art. 3, 12°) "sont une cause d'exclusion des garanties : les dommages qui résultent : ...

- du mauvais état, de l'insuffisance ou de l'entretien défectueux des installations dès lors que ce mauvais état, cette insuffisance ou cet entretien défectueux était connu ou ne pouvait pas être ignoré par l'assuré avant la réalisation desdits dommages".

⁵³ Sur la notion de déchéance, voy. H. DE RODE, *op. cit.*, note 43, p. 82, n° 6, p. 108, n° 36 et s. Bien que la loi soit muette à ce sujet, la déchéance se définit, selon nous, comme la privation du droit à la garantie résultant d'un manquement à une obligation déterminée imposée par le contrat. Aux termes de l'article 11, cette sanction ne pourra être appliquée que si le manquement est en lien causal avec le sinistre.

d'un recours en remboursement contre l'assuré (loi 25 juin 1992, art. 88 de la loi du 25 juin 1992).

Si le sinistre a déjà commencé, l'article 20 de la même loi oblige l'assuré à prendre toutes mesures raisonnables pour prévenir et atténuer ses conséquences. La sanction de cette obligation est réglée de façon impérative par l'article 21 sous forme d'une réduction de la prestation à concurrence du préjudice subi par l'assureur. Toute autre sanction qui viserait à pénaliser plus lourdement l'assuré serait donc illégale.

3. L'anormalité

29. La condition d'anormalité n'est guère plus évocatrice que les autres éléments constitutifs de la notion d'accident. Elle est censée fonder l'exclusion de tous les dommages de pollution qui seraient le résultat normal, anticipé et accepté des activités de l'entreprise. Entreraient notamment dans le cadre des activités industrielles normales, toutes les atteintes à l'environnement autorisées ou tolérées par les pouvoirs publics pour les besoins de l'exploitation. Ce seuil de tolérance évoque sans doute celui qui est également admis dans le cadre de la théorie des troubles du voisinage.

Le souci majeur est ici de distinguer les dommages qui relèvent à proprement parler du risque d'entreprise et des enjeux économiques inhérents à son activité, de ceux qui résultent d'événements accidentels sur lesquels l'entrepreneur ou l'exploitant n'ont pas une complète maîtrise ⁵⁴. Seuls les seconds relèvent d'une matière assurable, car il n'appartient pas à l'assureur de se substituer ni de supporter les conséquences de décisions ou d'actes délibérément posés dans le cadre de la gestion de l'entreprise. C'est ici sans doute que la condition d'anormalité rejoint celle d'imprévisibilité, puisqu'elles permettent toutes deux d'écarter les dommages qui résultent de la pollution chronique. La pollution chronique est le résultat d'actes s'étalant dans le temps mais qui n'ont aucun caractère fortuit, puisqu'ils sont délibérément posés, parfois même programmés, et que le niveau d'émission qu'ils produisent est le plus souvent toléré par les autorités publiques ⁵⁵.

⁵⁴ G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, p. 244; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 248, n° 12; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 502; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 22; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 20, p. 103.

⁵⁵ En ce sens, H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 267, n° 41; C. LARROUMET et C. FABRY, *op. cit.*, note 20, p. 20; C. LARROUMET, *op. cit.*, note 20, pp. 102-103.
Comme le fait remarquer M. Larroumet "les dommages de pollution chronique présentent la particularité d'être progressif et diffus. La progressivité affecte la détermination du moment de la naissance du dommage. En effet, une pollution chronique est d'abord neutralisée par les mécanismes naturels d'absorption des pollutions et n'a des conséquences dommageables que lorsque la capacité d'absorption du milieu est saturée, sans que l'on puisse déterminer avec précision dans le temps le moment à partir duquel le dommage est constitué ... Quant à la diffusion du dommage résultant d'une pollution chronique, elle tient à ce que la pollution

L'impossibilité d'identifier et d'isoler dans le temps le ou les événements générateurs, de même que l'impossibilité de leur imputer une quantité mesurable de pollution rend très improbable l'engagement d'une responsabilité pour ce genre de pollution. A défaut de relever du domaine de la responsabilité et de l'assurance, la pollution chronique relève d'un régime de prévention ou de restauration dont l'organisation dépend des pouvoirs publics (voy. *infra* section 3).

30. Si sous l'angle de l'assurance, la condition d'anormalité pose le problème de l'assurabilité des dommages engendrés par les activités exercées en toute légalité conformément aux seuils de tolérance admis, elle pose aussi la question de la responsabilité de l'exploitant pour ces mêmes activités. La loi allemande de décembre 1990, on le sait, conçoit la responsabilité indépendamment de la légalité de la situation qui est à l'origine du préjudice. L'autorisation accordée par les pouvoirs publics ne dispense pas de l'obligation de réparer le dommage dans les conditions fixées par la loi.

En dépit de cette responsabilité extrêmement rigoureuse pour l'exploitant, le modèle de police proposé par les assureurs allemands confirme néanmoins l'exclusion de tous les dommages qui sont la conséquence inévitable, nécessaire et acceptée du fonctionnement normal de l'entreprise (*Normal betrieb*), sauf si l'assuré peut prouver qu'en l'état de la technique au moment de l'émission dommageable et compte tenu de toutes les circonstances, il ne pouvait avoir connu ou entrevu la possibilité de tels dommages ⁵⁶. En d'autres termes, les assureurs allemands n'accordent la couverture des conséquences dommageables des activités normales de l'entreprise que si elles résultent d'un risque de développement. On songe par exemple à un abaissement des valeurs limites à la suite de l'évolution des connaissances scientifiques. Cette originalité mérite d'être soulignée car le risque de développement est lui-même généralement considéré comme inassurable par la plupart des assureurs européens. C'est, semble-t-il, la coopération très étroite entre le milieu industriel et le secteur des assurances allemand qui a permis de racheter cette exclusion classique. Une telle couverture reste et restera probablement isolée. On notera que les conditions générales proposées par *Assurpol* ne couvrent ni le risque de développement ni la pollution résultant des activités normales de l'entreprise (art. 3, 18°).

s'étend dans l'espace, ce qui empêche d'établir avec certitude l'origine exacte du dommage et, par conséquent de désigner un responsable. Au surplus, progressivité et diffusion se combinent en ce que la saturation du milieu, dont résulte le dommage de pollution chronique, est due, dans le temps et dans l'espace, à de multiples facteurs."

⁵⁶ Voy. à cet égard, W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 467; J. SIEVERS, *op. cit.*, note 14, p. 36; R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 36.

4. Le respect des normes et règlements

31. Outre les exclusions de garantie qui découlent implicitement de la notion d'accident, les polices commercialisées en Belgique excluent de façon explicite les dommages imputables au non-respect conscient des normes et règlements de sécurité relatifs à l'activité de l'entreprise assurée ou à l'inobservation de la réglementation concernant la protection de l'environnement, à condition que ces violations soient tolérées par le preneur d'assurance, ses organes, ses dirigeants ou par les responsables techniques, notamment ceux chargés de prévenir les atteintes à l'environnement⁵⁷. Une telle clause justifie tout d'abord l'exclusion des dommages qui résultent du mauvais état, du fonctionnement manifestement défectueux ou du manque d'entretien des installations. Cette restriction, bien que formulée comme une exclusion de garantie, rejoint donc, elle aussi, la notion d'accident. La même exclusion rend peu probable en pratique l'intervention de l'assureur pour le remboursement des frais résultant des mesures prises d'office par l'autorité administrative.

32. Certaines polices, heureusement plus rares, élargissent l'exclusion à l'ensemble des dommages résultant de la violation *involontaire ou inconsciente* de la réglementation relative à l'environnement, voire même des normes élémentaires de prudence et de sécurité applicables à ces secteurs. Lorsqu'on sait la complexité croissante du droit de l'environnement, une exclusion aussi largement définie réduit considérablement l'intérêt de la couverture. Beaucoup de pollutions sont en effet le résultat d'une violation consciente ou inconsciente de la législation relative à la protection de l'environnement (déchets abandonnés ou traités illégalement ...). Curieuse assurance de la responsabilité que celle qui ne garantit que les cas dans lesquels l'assuré a respecté parfaitement toutes ses obligations légales et réglementaires. Accompagnée de clauses d'exclusion aussi extensives, la garantie ne paraît pouvoir bénéficier qu'à l'exploitant diligent et respectueux de toutes ses obligations, c'est-à-dire finalement à celui qui ne commet pas de faute! On en vient à se demander si de telles clauses ne vident pas la couverture de toute substance, auquel cas leur caractère illicite ou abusif pourrait sans doute être invoqué sur la base de l'article 14 de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général au contrôle des entreprises d'assurance^{58 59}.

⁵⁷ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 22 et s.; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 505; G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, p. 250.

⁵⁸ La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information du consommateur semble ici hors de propos, puisque les rapports entre l'assureur et l'assuré ne peuvent pas ici s'analyser comme des rapports de consommation. Ph. COLLE a récemment mis en doute la possibilité qui existait antérieurement pour le juge d'annuler une clause qui ne répondrait pas aux exigences de l'article 14, au motif que cette sanction n'est plus explicitement prévue ni par la loi, ni par le règlement d'exécution (voy. Ph. COLLE, "La protection du consommateur d'assurance: loi impérative et clauses abusives", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 11, n° 24; *contra* H. DE RODE, *op. cit.*, note 44, qui se réfère à l'article 19bis de la loi de contrôle).

Pour éviter un tel reproche, les polices ne devraient sanctionner que les infractions délibérées à la réglementation commises par des assurés dirigeants, ou des experts en matière d'environnement. Il serait souhaitable, par ailleurs, d'énumérer en conditions particulières les textes dont la violation entraîne l'exclusion de façon à rendre celle-ci précise et limitée (textes fondamentaux relatifs à la prévention des dommages à l'environnement et au permis d'exploiter ...) ⁶⁰. Telle est la formule adoptée par *Assurpol* ⁶¹. Enfin, sur le fondement de l'article 11 de la loi du 25 juin 1992, il devrait appartenir à l'assureur, s'agissant du manquement à une obligation contractuelle, d'établir la relation causale entre l'infraction commise à la loi ou au règlement et le dommage ⁶².

5. Conclusion

33. Les implications de la notion d'accident dans le domaine des assurances sont innombrables. En réalité, cette notion sert autant à rappeler légitimement le caractère nécessairement aléatoire de l'événement qui fait l'objet de la couverture, qu'à dissimuler de façon plus critiquable de multiples causes d'exclusion ou de déchéance de garantie.

Trois reproches peuvent être adressés à la clause relative à l'accident. D'une part, elle ne permet pas de délimiter clairement l'étendue de la garantie accordée à l'assuré. Sous ce premier aspect, la clause ne paraît pas conforme à l'article 14 de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances, selon lequel les conditions des contrats doivent être rédigées en termes clairs et précis. Elles ne peuvent, d'après le même article, contenir aucune clause de nature à porter atteinte à l'équivalence entre les engagements de l'assureur et du preneur. D'autre part, sous certains aspects, elle aboutit à contourner les nouvelles exigences légales en matière de faute lourde ou de déchéance. Sous ce second aspect, sa légalité pourrait être mise en doute au regard des articles 8 et 11 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

S'agissant d'une réglementation impérative, voire d'ordre public, la sanction paraît s'imposer naturellement sans qu'une disposition explicite soit nécessaire.

⁵⁹ H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 264, n° 22.

⁶⁰ Comp. Mons, 7 novembre 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, p. 366. En France, Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 40. On sait que le Code français des assurances ne valide les exclusions conventionnelles que si elles sont formelles et limitées.

⁶¹ L'exclusion prévue par les conditions générales (art. 3, 12°) est formulée de la façon suivante : "sont toujours une cause d'exclusion des garanties, les dommages qui résultent d'une inobservation des textes légaux mentionnés aux conditions particulières ou des textes qui leur seraient substitués et des mesures édictées par les autorités compétentes en application de ces textes, dès lors que cette inobservation était connue ou ne pouvait pas être ignorée par l'assuré avant la réalisation desdits dommages".

⁶² Voy. en ce sens, G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, p. 250.

L'usage de la notion d'accident conduit enfin à un renversement critiquable de la charge de la preuve ⁶³. En effet, alors que la réalité des clauses de déchéance et de faute lourde doivent normalement être établies par l'assureur en tant qu'exceptions à la couverture, la charge de la preuve du caractère accidentel de l'événement dommageable, en tant que condition de la garantie, repose traditionnellement sur l'assuré ⁶⁴.

Sur la base de clauses formulées, il est vrai, de façon différente des nôtres, les juridictions américaines ont partagé plus équitablement, nous semble-t-il, le fardeau de la preuve. Si l'origine soudaine de l'événement dommageable doit certes être établie par l'assuré de manière à conférer à sa demande, à tout le moins, une apparence de fondement, c'est à l'assureur qu'il appartient d'établir le caractère volontaire ou prévisible de cet événement ⁶⁵.

Tout en conservant l'exigence de fortuité du fait générateur qui paraît incontournable, il serait préférable sans doute d'abandonner la notion d'accident pour en traduire les différentes implications dans des clauses d'exclusion ou de déchéance formelles et limitées, comme on l'a fait pour les garanties générales R.C. exploitation.

§ 2. L'existence d'une responsabilité engagée par l'assuré à l'égard d'un tiers

34. Les difficultés inhérentes à l'engagement de la responsabilité de l'exploitant en cas d'atteinte à l'environnement se répercutent automatiquement sur la couverture d'assurance. Si la responsabilité n'est pas légalement établie, l'assureur de la responsabilité n'est pas tenu d'indemniser. L'équation est simple, mais elle justifie les préoccupations souvent exprimées par les assureurs à l'égard de l'évolution du droit de la responsabilité ⁶⁶. Les questions posées par les responsabilités liées à la décontamination des sols sont évoquées dans d'autres rapports. On ne les abordera

⁶³ Comp. Bruxelles, 10 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 367, note A. DELVAUX. Selon cet arrêt, la clause excluant les dommages dont la survenance était facilement prévisible ou dont l'assuré a accepté délibérément la survenance, dans le but de réduire les frais ou d'accélérer les travaux, n'est qu'une explicitation de la faute grave prévue par l'article 16, et ne doit pas être appliquée si les faits ne révèlent pas que l'assuré a délibérément accepté la survenance du dommage.

⁶⁴ S. LE DAMANY, *op. cit.*, note 30, p. 165; J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 20; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 505. H. DE RODE, *op. cit.*, note 44, p. 90, n° 17 et s. La solution est moins certaine pour les clauses d'exclusion que certains assimilent à des cas de non-assurance et dont la preuve incomberait donc à l'assuré. En dépit de deux arrêts rendus par la Cour de cassation, la jurisprudence des juges du fond ne va toutefois pas en ce sens. Pour un état récent de la question, voy. H. DE RODE, *ibid.*

⁶⁵ M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 555 et les références citées.

⁶⁶ H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 265, n° 36 et 37.

donc pas ici, sauf à rappeler que l'intervention de l'assureur du responsable est subordonnée à l'existence d'un dommage réparable (A) subi par un tiers (B).

A. Nécessité d'un dommage réparable

35. Le droit de la responsabilité dans son état actuel rend délicate la réparation du dommage écologique. Le dommage écologique au sens strict est constitué par une atteinte à l'intégrité des ressources naturelles et des biens non susceptibles d'appropriation (faune, nappe phréatique, air, écosystème ...) ⁶⁷. En l'absence d'un intérêt personnel à obtenir réparation d'un tel dommage, l'action en réparation se trouve bloquée ⁶⁸. L'objection n'est toutefois pas déterminante, car si le dommage résultant de l'altération de l'environnement n'est pas réparable en tant que tel, il n'exclut pas une réparation sous la forme du remboursement du coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront, soit par un particulier, soit par une autorité publique. La récente Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement le confirme clairement (art. 2.7). L'article 11 du décret flamand relatif à l'assainissement du sol en fournit un autre exemple.

Même si l'on admet dans cette limite, le principe de la réparation du dommage écologique, les méthodes et les techniques de réparation utilisées en vue de restaurer le site contaminé continuent à poser problème : quel degré de restauration doit être atteint ? Pour l'assureur, cette question est essentielle car elle relève de la maîtrise de ses coûts. Tant sous l'angle de la responsabilité que sous l'angle de l'assurance, il importe de définir précisément par qui et comment sont fixés les objectifs de la décontamination. Certes, les principes généraux de la réparation des dommages peuvent servir de guide, la décontamination pouvant être considérée comme une réparation en nature, mais il ne faut pas sous-estimer les spécificités de la matière. Il paraît préférable que la réglementation adoptée en matière de pollution des sols définisse l'objectif des dépollutions, non pas globalement en fonction de normes rigides, mais en fonction du risque d'atteinte à la santé publique et de l'utilisation future du site ⁶⁹. On peut aussi se demander dans quelle mesure l'action en réparation ne devrait pas être purement et simplement écartée ou limitée à des restrictions d'utilisation lorsque la restauration n'apparaît pas possible ⁷⁰.

⁶⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 14, p. 37; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 9, p. 334, n° 5.

⁶⁸ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 16; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 248, n° 11.

⁶⁹ A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 32. Le décret flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol donne l'exemple d'une approche pragmatique de l'obligation de remise en état. Voy. en particulier les art. 2, 15°; 8, § 2 et 30.

⁷⁰ C. LARROUMET et C. FABRY, *op. cit.*, note 20, p. 20. Voy. à cet égard, l'article 8, § 3 du décret de la Communauté Flamande relatif à l'assainissement du sol.

36. En l'état actuel, les assureurs estiment que le dommage écologique parce qu'il est collectif et non quantifiable est inassurable. Comme la réparation s'étend nécessairement dans le temps, un problème supplémentaire naît de la constitution des réserves. Tant que le dommage écologique ne sera pas davantage précisé et tant que les modalités de remise en état ne seront pas réglementées dans un sens satisfaisant pour toutes les parties concernées, la disponibilité d'assurance restera extrêmement réduite ⁷¹.

Pour l'instant, le dommage écologique reste largement exclu des couvertures d'assurance, y compris de celles offertes par les pools. Ainsi, les conditions générales *Assurpol* excluent-elles par principe les dommages subis par les éléments naturels (air, eau, sol, faune, flore) dont l'usage est commun à tous, ainsi que les préjudices d'ordre esthétique ou d'agrément qui s'y rattachent (art. 3, 6°) ⁷². Cette exclusion paraît à la fois très générale et très imprécise, car le sol et le sous-sol, problèmes essentiels pour les sites industriels contaminés, sont en principe susceptibles d'appropriation (art. 522 C. civ.). Une réserve est cependant prévue lorsqu'il s'agit d'opérations destinées à prévenir les dommages garantis ou à éviter l'aggravation de ces dommages. Ces opérations peuvent en effet porter sur des éléments naturels si elles sont destinées à prévenir ou réduire d'autres dommages garantis en vertu de la garantie principale.

Le nouveau modèle de police allemande ne couvre les pertes financières que si elles résultent de la privation de droits d'appropriation (droits de pêche ou de chasse...), du droit de poursuivre une activité commerciale existante et des droits d'utilisation accordés par la législation sur les ressources en eaux ⁷³.

B. Nécessité d'un dommage assuré subi par un tiers victime

1. Le défaut de couverture des frais de décontamination relatifs au site propre de l'assuré

37. L'affirmation selon laquelle il n'y a de responsabilité qu'à l'égard d'un tiers écarte du domaine de la responsabilité, fautive ou non fautive, les dépenses résultant de la dépollution du site propre de l'exploitant tenu pour responsable, alors même que cette dépollution peut paraître nécessaire soit pour prévenir un dommage futur, soit pour faire cesser un dommage actuel ⁷⁴.

⁷¹ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 16; voy. également Comité Européen des Assurances, Rapport annuel 1993-1994, Prise de position sur le Livre vert relatif à la réparation des dommages causés à l'environnement, p. 51; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 22.

⁷² C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 24.

⁷³ R. DOTZEL, *op. cit.*, note 13, p. 39; W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 13, p. 468.

⁷⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 37 et 38; K. MOUSTIE, "Ontwerp van Decreet betreffende bodem sanering en de aansprakelijkheidsverzekering", in *Het nieuwe decreet op de bodemsanering*, Gent, 14 et 15 december 1994, p. 1.

Or, les frais qui sont consentis pour éviter une émission, la dispersion des polluants ou l'exposition des populations environnantes peuvent constituer une part importante des dommages consécutifs à cette émission polluante. Ces frais peuvent être exposés soit par le pollueur lui-même, volontairement ou sur injonction, soit par les autorités publiques en cas de carence du pollueur.

Lorsque ces frais se rapportent à des travaux effectués sur le terrain du pollueur lui-même, leur prise en charge par l'assureur se heurte à une objection fondamentale : l'assurance de la responsabilité ne peut servir à remettre en état le site propre de l'assuré; elle ne peut en aucun cas constituer un instrument de financement des travaux exécutés par le pollueur ou un tiers sur son propre terrain ⁷⁵. C'est pourquoi les polices d'assurance excluent systématiquement les dommages matériels subis par les choses dont l'assuré ou les personnes dont il est responsable sont propriétaires ainsi que les dommages immatériels consécutifs à des dommages matériels non couverts. Sous la seule réserve de la prise en charge des frais de sauvetage que nous examinerons ci-après, l'assurance R.C. présente à ce titre une lacune fondamentale ⁷⁶.

38. Outre cette objection fondamentale qui concerne le site propre de l'assuré, les assureurs estiment plus largement que les frais de décontamination doivent être tenus pour des dommages immatériels purs généralement non couverts par les conditions générales d'assurance de la responsabilité civile de l'entreprise. Selon cette conception, les dépenses exposées pour les travaux d'assainissement résulteraient d'une perte de jouissance du personnel affecté à l'opération et devraient être classés pour cette raison parmi les immatériels purs ^{77 78}. L'argumentation ne

⁷⁵ H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 258, n° 27 et 28; A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 11; B. ROZNOWSKI, *op. cit.*, note 34, p. 84; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 507.

⁷⁶ La jurisprudence américaine a également, pour une large part, souscrit à l'exclusion des dommages causés aux biens qui appartiennent à l'assuré ou qui sont sous son contrôle ou sous sa surveillance. Certaines décisions réservent cependant le cas où il existe une menace actuelle ou imminente de contamination hors du site. En effet, les coûts de décontamination du site de l'assuré ont parfois été tenus pour une part des dommages couverts parce que ces coûts sont apparus nécessaires pour prévenir des dommages qui seraient certainement subis par les tiers, si ces mesures n'avaient pas été prises. On voit poindre ici la notion de frais de sauvetage qui, aux Etats-Unis, semble s'être développée à partir de l'interprétation de la notion de dommage assuré. Toutes les décisions ne vont pas dans ce sens. Certaines juridictions estiment que des considérations de justice distributive ne permettent pas de justifier une interprétation de la police inconciliable avec ses termes clairs. Voy. M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, pp. 549-551 et les références citées; B. ROZNOWSKI, *op. cit.*, note 34, p. 84 et les références citées.

⁷⁷ Le dommage immatériel est généralement défini comme tout préjudice pécuniaire résultant de la privation d'avantages liés à l'exercice d'un droit, à la jouissance d'un bien et notamment : les pertes de marché, de clientèle, de renommée commerciale, de profits, le chômage mobilier ou immobilier, l'arrêt de production et autres préjudices similaires. Le dommage immatériel est dit "pur" lorsqu'il n'est pas la conséquence de dommages corporels ou matériels couverts par le contrat. En général, la garantie n'est accordée pour les

nous paraît pas convaincante car les frais de décontamination visent précisément à restaurer un bien immobilier endommagé, donc à réparer un dommage matériel au sens des conditions générales. Si le bien contaminé appartient à un tiers et si la contamination est consécutive à un péril assuré (événement fortuit), les frais, qui constituent la mesure de la réparation du dommage, sont en principe couverts par le contrat à condition qu'ils soient considérés comme récupérables à charge du responsable en vertu du droit commun ou du texte qui fonde la responsabilité ⁷⁹.

La garantie des frais de sauvetage permet de couper court à ces difficultés. Dans les limites et les conditions qu'elle fixe, la loi sur le contrat d'assurance terrestre impose en effet à l'assureur de prendre en charge les frais de sauvetage sans que ceux-ci doivent nécessairement se rapporter aux biens propres de l'assuré et sans qu'il soit besoin de se demander si ces frais entrent dans une des catégories de dommages assurés par le contrat.

2. La couverture des frais de décontamination des sols au titre des frais de sauvetage

39. Sous le titre II consacré aux assurances de dommages, l'article 52 récemment amendé par la loi du 16 mars 1994 met impérativement à charge de l'assureur les frais de sauvetage, même au-delà du montant assuré et même si ces frais ont été exposés sans résultat. Dans sa formulation initiale, l'alinéa 2 du même article prévoyait que pour les entreprises répondant à certains critères comptables, le Roi pouvait néanmoins fixer des limites au-delà desquelles l'assureur ne serait plus tenu de supporter les frais de sauvetage. Ces critères, qui introduisaient des

dommages immatériels purs que lorsqu'ils sont la conséquence de dommages matériels ou corporels couverts. Sur ces notions, voy. J.L. FAGNART, "L'étendue de la garantie", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 45, n° 28; J.M. HAUFERLIN, "Les dommages immatériels", in *Les assurances de l'entreprise*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 161 et ss.

⁷⁸ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 15; *contra* K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 1, p. 507, pour qui les frais de nettoyage engagés chez les tiers sont indemnisables dans la mesure où ils se rapportent à un dommage matériel au sens de la police et à condition que les coûts puissent être récupérés auprès de l'assuré par ceux qui ont effectué ce nettoyage.

⁷⁹ Si l'autorité publique n'est intervenue que pour suppléer à la carence fautive du responsable initial, le droit au remboursement reste acquis en vertu de l'article 1382 C. civ. en dépit de l'interposition juridique propre. (Cass., Audience plénière, 13 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, 943; Cass., 9 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1206; Cass., 8 septembre 1988, *Pas.*, 1988, I, 19; Cass., 11 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11867; Cass., 15 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 866, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12137.). La question a, il est vrai, perdu beaucoup de son intérêt car la plupart des textes récents adoptés en matière d'environnement prennent soin de réserver le recours en remboursement contre le responsable du dommage. Cette solution paraît conforme au principe du pollueur-payeur. H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 262, n° 32. Voy. à cet égard les articles 2, 15° et 8, § 2 et 30 du décret de la Communauté Flamande relatif à l'assainissement du sol. (Loi du 22 juillet 1974 relative aux déchets toxiques, (Mon. b., 1er mars 1975); Décret flamand du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets (Mon. b., 25 juillet 1981); Décret wallon du 5 juillet 1985 relatif aux déchets (Mon. b., 14 décembre 1985); Décret wallon du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface (Mon. b., 10 janvier 1986).

distorsions de concurrence injustifiables entre les entreprises, ont été abandonnés et remplacés par une large délégation de pouvoirs au Roi lui permettant de plafonner les frais visés par l'alinéa 1er dans toutes les assurances de choses et les assurances de responsabilité, hormis l'assurance de la responsabilité civile automobile ⁸⁰.

Il est peu probable cependant que l'on puisse fonder sur cet article 52 et sur l'article 4, § 1er de l'arrêté d'exécution du 24 décembre 1992 tel qu'amendé par l'arrêté royal du 29 décembre 1994, une garantie efficace des frais de décontamination du site propre de l'assuré. D'une part, la prise en charge des frais de sauvetage est subordonnée à une série de conditions légales qui ne manqueront pas d'être interprétées restrictivement. D'autre part, les limites en montant qui peuvent, dans l'état le plus récent des textes, assortir la prise en charge de ces frais risquent d'être largement insuffisantes pour garantir le remboursement intégral des frais de décontamination.

a) Conditions de prise en charge des frais de sauvetage

40. L'article 52, alinéa 1er, vise deux types de mesures dont les frais sont également supportés par l'assureur : les mesures demandées par l'assureur aux fins de prévenir ou d'atténuer les conséquences du sinistre sont distinguées des mesures urgentes et raisonnables prises d'initiative par l'assuré pour prévenir le sinistre en cas de danger imminent ou si le sinistre a commencé, pour en prévenir ou en atténuer les conséquences. La distinction principale s'opère donc selon que l'assuré a agi de sa propre initiative ou sur demande de l'assureur. Dans le premier cas, et non dans le second, les mesures qui peuvent être prises comprennent également celles qui visent à prévenir le sinistre en cas de danger imminent, c'est-à-dire à un moment où le sinistre ne s'est pas encore réalisé. Cette différence, assez étrange à première vue, s'explique sans doute par le fait qu'en l'absence de danger imminent, l'assuré disposera du temps nécessaire pour consulter son assureur, de sorte que si des mesures doivent être prises, celles-ci le seront sur demande ou, à tout le moins, en concertation avec l'assureur.

Si la garantie des frais de sauvetage peut permettre de couvrir les frais de décontamination découlant de mesures prises sur le site propre de l'assuré, celle-ci est subordonnée, d'après les termes de la loi, à des conditions tenant à la fois à la source, à la nature et à l'objectif des mesures prises.

41. *Source* : quant à l'initiative des mesures, on observera que l'article 52 ne vise pas explicitement les frais engagés à la suite de mesures prises sur injonction des autorités publiques. L'article 52 ne paraît pas viser non plus les frais engagés d'office par l'autorité publique, dans l'hypothèse d'une carence de l'assuré. Si la

⁸⁰ Pour une critique sévère des anciens critères, voy. J. ROGGE et J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 7, p. 114.

première objection peut être aisément écartée, puisque les frais en question restent néanmoins consentis par l'assuré, la seconde semble plus difficilement contournable, car l'article 52 voit son domaine d'application limité aux relations contractuelles entre l'assureur et l'assuré et ne peut donc bénéficier aux tiers. L'autorité publique ne pourra donc prétendre au remboursement des frais consentis qu'en se prévalant de sa qualité de victimes d'un dommage assuré par le contrat. Or, les polices excluent fréquemment ces frais de la couverture.

42. Nature : les frais découlant des mesures prises d'initiative par l'assuré en vue de prévenir le sinistre ne doivent être pris en charge par l'assureur que si les mesures en question apparaissent urgentes et raisonnables et si les frais qui ont été exposés par l'assuré l'ont été en bon père de famille. Enfin, l'assuré n'est habilité à prendre des mesures de prévention d'un sinistre sans l'approbation de l'assureur, que pour parer à un danger imminent.

La notion de danger imminent est généralement précisée dans les polices, conformément à l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 22 janvier 1976, à propos de l'article 17 de l'ancienne loi du 11 juin 1874 ⁸¹ : il y a danger ou menace imminente, s'il est certain qu'à défaut pour l'assuré de prendre ces mesures de prévention, un sinistre se produira immédiatement ou dans un laps de temps très bref ⁸². La notion comporte donc à la fois une exigence temporelle et une exigence de causalité, qui doivent toutes deux s'apprécier par rapport à la survenance du dommage (voy. l'article 77 de la loi du 25 juin 1992 tel que modifié par la loi du 16 mars 1994). En matière de pollution, ceci suppose qu'à moins que les mesures ne soient prises rapidement, la dispersion des agents polluants entraînera inévitablement des dommages pour les tiers dans un laps de temps limité.

Bien que les définitions contractuelles de notions légales ne s'imposent pas au juge, les conditions générales précisent souvent la notion d'urgence qui conditionne la possibilité pour l'assuré d'intervenir sans avertissement ni accord préalable de la compagnie. Les mesures ne sont urgentes que si l'assuré est contraint de les prendre sans délai sous peine de nuire aux intérêts de la compagnie. Ces mesures doivent aussi être raisonnables. Le terme n'est généralement pas défini contractuellement mais il signifie, à n'en pas douter, que les mesures prises doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi et aux dommages qui pourraient s'ensuivre pour les tiers. Par exemple, le coût ne pourrait être supérieur à celui des

⁸¹ Cass., 22 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, 583; *R.G.A.R.*, 1977, n° 9752. Sur cet arrêt, voy. F. MARCHAL, "Application de l'article 17 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances : frais exposés pour prévenir et atténuer le dommage", *Bull. Ass.*, 1983, pp. 311-313; J. RUTSAERT, "Le débat sur l'article 17 de la loi du 11 juin 1874", *Bull. Ass.*, 1984, pp. 43-53; G. VERNIMMEN, "Obligation de prévention et de sauvetage et prise en charge des frais par l'assureur", *R.G.A.R.*, 1977, n° 9432.

⁸² La notion de danger imminent indique que l'on se situe aux portes de la garantie, plus précisément à un moment qui précède la survenance du dommage. C'est d'ailleurs sous l'angle de la notion de dommage assuré que la jurisprudence américaine aborde la question de la couverture des frais de sauvetage (voy. *supra*, note 78).

dommages qui se seraient produits sans ces opérations. La façon dont les mesures ont été exécutées et les frais exposés sera appréciée par rapport au critère classique du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances concrètes. Les frais devront donc être exposés de manière prudente, circonspecte et diligente en évitant toute dépense excessive et somptuaire. A défaut, ils ne pourront pas être considérés comme des frais de sauvetage à supporter par l'assureur. En revanche, il n'importe pas que les diligences qui ont été faites l'aient été avec ou sans résultat.

43. *Objectif* : une troisième et importante limite à la garantie des frais de sauvetage provient des objectifs que le texte légal assigne implicitement aux mesures prises par l'assuré. Dans les assurances de responsabilité, le remboursement des frais de sauvetage et de prévention par l'assureur sera strictement limité à la part des frais effectivement destinés à prévenir ou atténuer les dommages causés ou susceptibles d'être causés *aux tiers* (atteinte à la santé, à la propriété, au patrimoine ...) ⁸³. Comme la nuance paraît difficile à établir en pratique, elle devra sans doute être déterminée à dire d'experts. De telles exigences empêcheront selon toute vraisemblance que la garantie légale des frais de sauvetage puisse servir de base à une remise en état complète du site propre de l'assuré. Seul le coût des mesures destinées à stopper ou ralentir le processus de pollution dans la mesure nécessaire à la protection des tiers seront assimilés à des frais de sauvetage. Toutefois, certains spécialistes ne manquent pas de faire remarquer que, dans beaucoup de cas, les mesures prises pour éviter ou limiter les dommages aux tiers ne peuvent être réellement efficaces que si le sol affecté en premier lieu par les polluants est assaini ⁸⁴. Les discussions risquent donc d'être longues ...

b) Le plafonnement des frais de sauvetage

44. La garantie des atteintes à l'environnement fait partie des garanties pour lesquelles la loi modifiée sur le contrat d'assurance terrestre autorise le plafonnement des frais de sauvetage.

L'article 4, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992, récemment modifié par l'arrêté royal du 29 décembre 1994, indique tout d'abord, que les frais de sauvetage sont supportés intégralement par l'assureur pour autant que le montant total du dédommagement et des frais de sauvetage ne dépassent pas, par preneur d'assurance et par sinistre, la somme totale assurée. Le principe, pour les assurances de responsabilité hormis l'assurance RC automobile, est donc exactement l'inverse de celui énoncé par l'article 52, alinéa 1er, *in fine*.

⁸³ Voy. en ce sens, A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 37; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note, p. 2.

⁸⁴ H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 259, n° 29.

Au-delà de la somme totale assurée l'article 4, § 1er, alinéa 2 prévoit que l'assureur peut limiter les frais de sauvetage à :

- 20 millions de francs lorsque la somme totale assurée est égale ou inférieure à 100 millions de francs.
- 20 millions de francs plus 20 % de la partie de la somme totale assurée comprise entre 100 millions et 500 millions de francs
- 100 millions de francs plus 10 % de la partie de la somme totale assurée qui excède 500 millions avec un maximum de 400 millions comme frais de sauvetage.

La formulation n'est guère heureuse : au lieu des termes "peut limiter" qui laissent croire à une simple faculté pour l'assureur, il eût été préférable d'utiliser les termes "doit couvrir", de façon à indiquer clairement que l'assureur est tenu de garantir les frais de sauvetage à concurrence des montants indiqués, lorsque la somme assurée est épuisée. Il reste que les montants qui doivent être garantis au titre des frais de sauvetage permettront rarement de couvrir l'intégralité des coûts suscités par des opérations de décontamination ⁸⁵.

c) La couverture des frais de décontamination en Europe

45. Seuls certains pools ou certains assureurs européens offrent actuellement une couverture des frais de décontamination du site propre de l'assuré, mais toujours en lien étroit avec la garantie principale responsabilité civile. Le risque ne semble donc pas inassurable, mais dans un but évident de maîtrise du risque et des coûts, les garanties sont strictement délimitées. En vérité, elles ne paraissent guère aller au-delà de ce que l'article 52 impose impérativement aux assureurs belges.

La police *Assurpol* couvre, par exemple, les dépenses de nettoyage et de dépollution. Dans le cadre de cette police, l'assuré qui met en œuvre – en accord avec sa compagnie ou sur injonction administrative – les moyens nécessaires pour éviter la propagation de la pollution envers les tiers peut se faire rembourser les dépenses de neutralisation et d'élimination (décapage des sols, nettoyage et pompage des nappes phréatiques) par l'assureur (art. 2, II, A et 2, II, B) ⁸⁶. L'intérêt de cette garantie est bien entendu de permettre la prise en charge du coût des opérations concernant le site même dont l'assuré a la propriété ou la garde. La garantie s'exerce cependant dans la limite du montant prévu aux conditions particulières (généralement 20 % des montants assurés).

En outre, pour ce qui relève des frais de prévention, la police ne garantit que le remboursement des frais engagés pour procéder aux opérations visant à

⁸⁵ En ce sens, H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 260, n° 31.

⁸⁶ Voy. C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 24; Reinsurance Technical Report, *op. cit.*, note 1, April 1994, p. 8.

neutraliser, isoler ou éliminer une menace *réelle et imminente* de dommages garantis résultant d'une atteinte à l'environnement *accidentelle* d'origine *fortuite* qui se produit dans le cadre de l'exercice par l'assuré des *activités définies aux conditions particulières dans l'enceinte de son établissement* (c'est nous qui soulignons). L'intervention est de surcroît limitée aux frais nécessaires et suffisants pour éviter ces dommages, leur coût ne pouvant être supérieur à celui des dommages qui se seraient produits sans ces opérations. Les pools italien, espagnol et néerlandais couvrent également les frais de dépollution, mais dans des limites similaires ⁸⁷.

46. Le modèle de police allemand prévoit, lui aussi, une garantie limitée des frais de prévention des dommages (*Rettungskosten*). En Allemagne, cette garantie constitue, comme en Belgique, le prolongement logique de l'obligation qui pèse sur l'assuré de prendre les mesures immédiates en vue d'éviter ou de réduire le dommage (§§ 62 et 63 de la loi allemande sur le contrat d'assurance) ⁸⁸. La police garantit dès lors le remboursement des frais résultant des mesures prises d'urgence, y compris celles demandées par l'administration, en vue de prévenir ou de réduire les dommages corporels ou matériels assurés ou les pertes financières assurées, qui seraient survenus inévitablement à défaut de telles mesures. Sauf si l'assuré a informé rapidement l'assureur et a obtenu son consentement, l'engagement de l'assureur se limite aux mesures objectivement nécessaires pour éviter la survenance des dommages ou en réduire l'étendue. En outre, la couverture est subordonnée à la constatation préalable d'une perturbation des activités de l'entreprise ou à la publication d'un arrêté de l'administration imposant de telles mesures. Elle n'est généralement accordée qu'à concurrence de 10 % du montant de la garantie ⁸⁹.

Une limitation spécifique concerne en outre les frais relatifs à la restauration du site propre de l'assuré. Alors qu'en 1979, un amendement avait été introduit en vue de garantir l'indemnisation des frais de prévention des dommages matériels propres de l'assuré (*Eigenschaden*), le nouveau modèle de police supprime presque totalement cette couverture qui fut la source de déboursements considérables. Les frais de prévention relatifs à des biens appartenant en propre à l'assuré ne sont indemnisés aux termes de la nouvelle police, que si les biens en question ne sont pas eux-mêmes contaminés ni affectés par un impact sur l'environnement et si leur endommagement ou leur destruction est rendue indispensable en vue de prévenir ou de réduire des dommages corporels ou matériels qui seraient sans cela inévitablement causés aux tiers. On songe, par exemple, à la destruction partielle d'un bâtiment appartenant à l'assuré, qui serait rendu nécessaire pour atteindre un réservoir ou une conduite souterraine à l'origine d'une émission polluante. La

⁸⁷ Le pool italien *Inquinamento* soumet les frais de prévention à une sous-limite de 10 % de la somme assurée. Le pool espagnol prévoit également des sous-limites. Le pool hollandais inclut au contraire les frais de prévention dans les limites en montant prévues pour le garantie principale.

⁸⁸ Voy. R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 43; W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, pp. 474-475.

⁸⁹ Voy. R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 43; W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 466.

décontamination du site appartenant en propre à l'assuré est donc radicalement exclue de la couverture.

d) Conclusion

47. Les considérations qui précèdent démontrent à suffisance que la garantie des frais de sauvetage, telle qu'elle est organisée par la loi ou le contrat, ne peut fournir un fondement solide à une couverture des frais d'assainissement du site propre de l'assuré.

La pratique des marchés est d'indemniser le coût des opérations réalisées sur le terrain propre de l'assuré uniquement si elles sont destinées à réduire l'importance des dommages et pour la part des frais effectivement destinée à protéger les intérêts des tiers. Outre les limites financières qui assortissent la garantie, la décontamination du sol appartenant à l'assuré peut difficilement être envisagée sur cette base. Les polices R.C. environnement, que certaines compagnies belges s'apprêtent à mettre sur le marché, continuent d'ailleurs à exclure les frais de décontamination du site propre de l'assuré, sous réserve bien sûr de la couverture des frais de sauvetage.

Si les garanties responsabilité n'offrent aucune réponse satisfaisante à ce problème, y compris dans leur composante frais de sauvetage, il faut songer à d'autres couvertures. Celle-ci ne peut être envisagée que sous la forme d'une assurance de frais connexe ou indépendante de la garantie responsabilité civile (assurance du type *first party*).

48. Certes, il ne faut pas négliger l'appoint des assurances incendie. Le remboursement des frais de décontamination du site propre de l'assuré pourrait en effet être pris en charge par l'assureur incendie au titre des dégâts matériels causés aux biens assurés par les secours et moyens d'extinction, par la fumée, la chaleur ou les vapeurs, ou encore au titre des frais de déblais, de démolition ou de sauvetage ⁹⁰. Ces garanties connaissent cependant, elles aussi, leurs limites, notamment financières, qui contribuent à en réduire l'intérêt. La garantie des frais divers énumérés par la police dépend tout d'abord de la survenance d'un péril assuré par le contrat (incendie, explosion, implosion, dégâts des eaux) ⁹¹. De plus,

⁹⁰ J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 30; A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 37; K. MOUSTIE, *op. cit.*, note 76, p. 2. Les conditions générales d'assurance incendie des risques spéciaux couvrent les frais d'enlèvement, de déversement et de traitement des déchets, mais pas la décontamination du site propre de l'assuré. D'après nos informations, les assureurs néerlandais envisageraient d'indemniser la décontamination à la surface dans le cadre des polices d'assurance-incendie, et celle constatée en sous-sol dans le cadre des polices R.C. environnement.

⁹¹ La division dégât des eaux inclut généralement parmi les périls assurés l'écoulement d'huile minérale par suite de rupture des installations (réservoir et canalisation).

l'assurance incendie ne couvre en principe que les dommages matériels causés aux biens désignés assurés par le contrat. Enfin, et surtout, la garantie s'étend rarement au sol et au sous-sol ⁹². Dans ce cas, la couverture des frais de décontamination d'une propriété assurée contre l'incendie se limiterait, dans le meilleur des cas, à ceux qui se rapportent à des biens se trouvant au-dessus du sol.

Remarquons enfin que la remise en état des biens appartenant à des tiers pourrait être prise en charge par la garantie du recours des tiers contenue dans les assurances incendie risques simples ou risques spéciaux, mais l'on retombe alors dans les difficultés propres aux assurances de la responsabilité déjà évoquées ⁹³. En plus, l'indemnisation est elle-même subordonnée à la survenance d'un péril assuré affectant un bien assuré et se propageant aux biens de tiers ⁹⁴

49. Comme les assurances de responsabilités classiques ne couvrent qu'imparfaitement les risques afférents à la pollution des sols, une solution utile pourrait consister dans la souscription d'une couverture qui garantirait à titre principal le remboursement des frais de décontamination du site propre de l'assuré. A notre connaissance, ces garanties n'existent pas sur le marché à l'heure actuelle, mais il n'est pas exclu qu'elles puissent voir le jour. Elles pourraient être conçues sur le modèle des garanties frais de retrait de produits, qui commencent à être commercialisées en Europe ⁹⁵.

La gestion de ce type d'assurances impliquerait évidemment une grande technicité ainsi qu'une coopération très étroite entre l'assureur et l'assuré, depuis la souscription du contrat jusqu'au règlement du sinistre. Préalablement à la souscription, l'utilisation d'un questionnaire détaillé et adapté ainsi que la mise en œuvre de moyens d'investigation performants paraissent indispensables. Dans l'éventualité d'un sinistre, il serait utile de disposer d'un plan de décontamination indiquant à l'avance les mesures à prendre et les moyens à mettre en œuvre.

Comme la technique de l'assurance ne se conçoit pas indépendamment d'un aléa, il importe que le risque dont la réalisation entraînera la prestation de l'assureur soit défini de façon précise. L'assureur ne peut être soumis à l'arbitraire de l'assuré à cet égard. Il ne peut par exemple accepter d'endosser le risque inhérent à la gestion de l'entreprise. Subordonner l'intervention de l'assureur à l'injonction

⁹² Il s'agit là d'une tendance générale du marché en Europe. Voy. A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 38.

⁹³ Voy. à cet égard J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 32; A. KEMPKENS et ML. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 37.

⁹⁴ Il est question actuellement de supprimer la garantie du recours des tiers des polices d'assurance incendie pour la transférer dans des contrats d'assurance de la responsabilité. Certains sont cependant en faveur de l'insertion d'une garantie pollution dans la police d'assurance incendie, qui couvrirait à la fois le recours des tiers en cas d'atteinte à l'environnement accidentelle et les dommages subis par l'assuré (sol et sous-sol).

⁹⁵ Voy. à cet égard, l'étude du Comité Européen des Assurances, *L'assurance des frais de retrait de produits, Pratiques des marchés européens*, 18 juillet 1994.

d'une autorité administrative permettrait sans doute de préserver le caractère aléatoire de la couverture. De même, celui-ci serait préservé si la prestation dépendait de la survenance d'un danger ou d'une menace réelle et effective que la contamination ferait peser sur la sécurité, sur la santé des tiers ou sur l'écosystème en général ou encore d'un dépassement des normes d'assainissement ⁹⁶.

§ 3. *La maîtrise du risque*

50. L'assurance des atteintes à l'environnement connaît des limites certaines inhérentes à la technique de l'assurance en général (existence d'un aléa) et de l'assurance de la responsabilité en particulier (existence d'une responsabilité engagée à l'égard d'un tiers victime). A l'intérieur même des limites de l'assurable, les atteintes à l'environnement présentent des caractéristiques propres qui doivent être parfaitement maîtrisées par l'assureur, s'il veut préserver l'équilibre technique de ses opérations.

A. Le temps et l'espace

51. - *L'espace* : La délimitation de l'étendue de la garantie dans l'espace ne pose guère de problèmes. Elle est résolue de façon similaire dans la plupart des polices européennes. Les garanties couvrent généralement toutes les conséquences dommageables résultant des activités des sièges d'exploitation de l'entreprise établis dans le pays du souscripteur, y compris les dommages qui se produisent à l'étranger. Les pollutions transfrontalières sont donc en principe couvertes, sauf exclusions prévues en conditions particulières.

52. - *Le temps* : La délimitation de l'étendue de la garantie dans le temps est infiniment plus délicate. Un laps de temps considérable peut en effet s'écouler entre l'émission des polluants, leur dispersion, la survenance du dommage, la constatation de ses effets sur l'homme, les biens appropriés ou la nature et, au terme du processus, la réclamation de la victime. Lequel ou lesquels de ces éléments (fait générateur, survenance, première manifestation du dommage, réclamation de la victime) doivent-ils se situer pendant la période de garantie pour que le sinistre soit couvert ? La question revêt une importance déterminante pour l'assurance des atteintes à l'environnement vu les effets à retardement des phénomènes de pollution.

⁹⁶ Comp. l'article 7, § 1er du décret de la Communauté flamande relatif à l'assainissement du sol, qui prévoit que les normes d'assainissement correspondent à un degré de pollution du sol dont le dépassement peut avoir des effets préjudiciables graves pour l'homme et l'environnement, vu les caractéristiques du sol et les fonctions qu'il remplit.

Les assureurs et les réassureurs considèrent unanimement et à juste titre, selon nous, qu'il existe une impossibilité à la fois technique et financière de fournir des couvertures d'assurance R.C. environnement sur la base de l'événement dommageable (*act committed basis*)⁹⁷. Deux raisons, également convaincantes, sont avancées. D'un point de vue pratique tout d'abord, le fait générateur de la pollution ne se laisse pas facilement localisé dans le temps, spécialement en cas d'action lente et progressive. Dans la majorité des cas, il sera même impossible de l'identifier à défaut de pouvoir établir le lien de causalité entre l'activité de l'assuré et le dommage subi. D'un point de vue technique, le délai important qui peut s'écouler entre le fait générateur et la manifestation du dommage rend très délicate, sinon impossible, la constitution et le calcul pour un exercice déterminé, de réserves financières suffisantes afin de prendre en charge les conséquences dommageables d'événements qui se sont produits durant cet exercice, mais dont les effets pourraient ne se révéler que bien plus tard. En outre, plus la période de garantie est longue, moins les sommes assurées sont adéquates⁹⁸. En réalité, seule la garantie des dommages d'origine accidentelle, dont la manifestation est concomitante à l'événement soudain et imprévu qui les ont provoqués pourrait être offerte sur la base de l'événement dommageable⁹⁹.

Les assureurs et surtout les réassureurs, qui font pression sur les premiers, préconisent par conséquent l'utilisation du critère de la réclamation de la victime (*claims made basis*), qui seule permettrait la couverture de la pollution graduelle. En réalité, il faut reconnaître que la généralisation de ces clauses contribue à réduire considérablement l'étendue de la garantie octroyée par l'assureur. Pour que le sinistre soit pris en charge sur la base d'une clause *claims made*, la réclamation de la victime doit en effet être formulée pendant la période de garantie. La plupart du temps, ce critère est combiné avec celui de la survenance du dommage qui doit aussi être vérifiée pendant la même période. La réclamation de la victime présente bien entendu l'avantage d'être facilement identifiable dans le temps et de permettre à la victime de déterminer aisément le contrat concerné, tout en lui assurant le bénéfice des garanties offertes par le contrat le plus récent. Elle peut toutefois donner lieu à des manipulations de la part de l'assuré qui entendrait, par exemple, bénéficier d'une période d'assurance subséquente. En outre, elle expose l'assuré au danger d'une résiliation prématurée du contrat, si l'assureur a connaissance d'un dommage survenu, mais qui ne lui a pas encore été notifié. Cette difficulté peut cependant être

⁹⁷ Voy. H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 250, n° 15; S. LE DAMANY, *op. cit.*, note 30, p. 165; A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 16; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 22.

⁹⁸ Un tel critère laisse aussi ouverte la question de l'identification des garanties en cas de fait continu. Dans cette hypothèse, les montants assurés par plusieurs contrats peuvent-ils se cumuler (*horizontal stacking*) ? Sur cette question voy. en jurisprudence américaine, M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 558; B. ROZNOWSKI, *op. cit.*, note 34, p. 85.

⁹⁹ L'utilisation du critère du fait générateur ou de l'événement dommageable a suscité de nombreux litiges en jurisprudence anglaise et américaine à propos des polices R.C. générale (*C.G.L. policy*). Les clauses contractuelles ont donné lieu à des interprétations en sens divers (*exposure theory, manifestation theory, continuous trigger theory, injury in fact theory*...). Voy. à cet égard, M. CLARKE, *op. cit.*, note 13, p. 558 et les réf. citées; B. ROZNOWSKI, *op. cit.*, note 35, pp. 76 et ss.

évitée par la stipulation de garanties subséquentes, d'une durée limitée, pour les incidents susceptibles d'engendrer des dommages signalés à l'assureur pendant la période de garantie, mais qui n'ont pas donné lieu à une réclamation à ce moment ¹⁰⁰.

53. Vu la ferveur avec laquelle les réassureurs défendent la clause *claims made*, on imagine aisément l'émoi qu'ont suscité les arrêts de la Cour de cassation française du 19 décembre 1990 ¹⁰¹ et ceux de la Cour de cassation espagnole du 20 mars 1991 et du 23 avril 1992 ¹⁰² réputant non écrites ou non avenues les clauses de ce type ¹⁰³. L'article 78 de la loi belge du 25 juin 1992 qui, dans sa formulation initiale, obligeait impérativement l'assureur à couvrir les réclamations formulées après la fin du contrat pour des dommages survenus pendant la période de garantie a lui aussi été soumis aux feux de la critique ¹⁰⁴.

Se rangeant aux arguments de la profession, le législateur belge a finalement atténué la rigueur de l'article 78 par la loi du 16 mars 1994. Même si le paragraphe 1er maintient le principe de la couverture des réclamations formulées après la fin du contrat, le paragraphe 2 indique désormais que pour les branches de responsabilité civile générale que le Roi détermine ¹⁰⁵, à l'exception de la responsabilité civile afférente aux véhicules automoteurs, les parties peuvent convenir que la garantie d'assurance portera uniquement sur les demandes en réparation formulées par écrit

¹⁰⁰ Sur les avantages et les inconvénients de cette clause, voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 24; Comité Européen des Assurances, Prise de position concernant le mode de déclenchement de la garantie dans le temps en assurance responsabilité civile, *Rapport annuel*, 1993-1994, p. 55; G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, p. 251; B. DESCHAMPS, "Claims made : l'alternative ?", *R.G.A.R.*, 1988, n° 11335.

¹⁰¹ Cass. fr., 19 décembre 1990, 7 arrêts, *R.G.A.T.*, 1991, p. 155; *J.C.P.*, 1991, II, 21656, note J. BIGOT. Sur ces arrêts et la clause *claims made*, voy. C. DELPOUX, "Le juge, l'assureur et le temps", *Risques*, avril 1991, p. 211; H. GROUTEL, "L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité", *Resp. civ. et ass.*, février 1991, p. 1; Y. LAMBERT-FAIVRE, "La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité", *Dall.*, 1992, Chron., p. 13.

¹⁰² Cass. esp., 20 mars 1991, *Reportorio de Jurisprudencia*, 1991, n° 2267; Cass. esp., 23 avril 1992, *Reportorio de Jurisprudencia*, 1992, n° 3323.

¹⁰³ Alors que la position de la Cour de cassation française paraissait s'être infléchie en 1991, celle-ci a confirmé le principe de l'illicéité des clauses *claims made* par deux arrêts du 3 juin 1992 et du 23 juin 1993. Cette clause, estime la Cour, aboutit en effet à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie.

¹⁰⁴ Pour une critique de l'article 78 dans sa version initiale et en faveur de la clause *claims made*, voy. J. ROGGE et J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 7, pp. 102 à 108; J.L. FAGNART, "L'étendue de la garantie", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Edt. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp. 38 à 41, n° 20 à 24.

¹⁰⁵ Il s'agit selon l'article 4 de l'arrêté royal du 29 décembre 1994 de tous les risques de responsabilité civile à l'exception du risque responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée, du risque responsabilité civile en matière d'assurance incendie risques simples, ainsi que des risques de même nature qui sont couverts à titre complémentaire ou accessoire dans un autre contrat d'assurance.

à l'encontre de l'assuré ou de l'assureur pendant la durée du contrat pour un dommage survenu pendant cette même durée.

Afin d'éviter les abus, la loi oblige néanmoins l'assureur à couvrir les demandes en réparation formulées par écrit à l'encontre de l'assuré ou de l'assureur dans un délai de trente six mois à compter de la fin du contrat (garantie de postériorité). Ces demandes en réparation doivent cependant se rapporter soit à un dommage survenu pendant la durée du contrat si, à la fin de ce contrat, le risque n'a pas été pris en charge par un autre assureur, soit à des actes ou des faits pouvant donner lieu à un dommage, survenus et déclarés à l'assureur pendant la durée du contrat ¹⁰⁶.

54. Il ne convient sans doute pas ici de rouvrir un débat qui paraît clos, tout au moins en Belgique. On se permettra cependant quelques observations car la question de l'étendue de la garantie dans le temps ne peut être dissociée de la notion de sinistre en assurance de la responsabilité. Cette question, qui reste largement débattue en doctrine, est en effet la première qui se pose dans l'ordre logique ¹⁰⁷.

Il nous paraît qu'un sinistre en assurance de la responsabilité civile ne peut logiquement exister avant que toutes les conditions de la responsabilité civile soient réunies. Or, l'obligation de réparer à charge du responsable ne peut naître au plus tôt qu'au jour de la survenance du dommage, et, plus précisément encore au jour où le dommage est apparu. C'est donc au moment de la première manifestation du dommage que naît, selon nous, le droit à la réparation de la victime. Le sinistre en assurance de la responsabilité ne peut de la même façon exister avant que se soit formé le lien obligatoire entre la victime et l'assuré responsable ¹⁰⁸.

Cette solution condamne à n'en pas douter le critère du fait générateur ou de l'événement dommageable. Sous cet angle, la clause *claims made* n'échappe pas non plus à la critique. D'une part, elle réduit l'étendue de la garantie en contrariant les attentes légitimes de l'assuré. Comme le souligne Mme Lambert-Faivre, un assuré en responsabilité est en effet en droit d'attendre de la garantie d'assurance qu'elle le couvre dès lors que le dommage est apparu pendant la période de garantie et ce, pendant toute la durée du délai de prescription de l'action en responsabilité. Ceci suppose évidemment que la durée des délais de prescription soit fixée de façon

¹⁰⁶ Pour un commentaire de ces dispositions nouvelles, voy. J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 104, p. 42, n° 24; M. FONTAINE et P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, note 8, p. 335, n° 49.

¹⁰⁷ Sur la notion de sinistre en assurance de responsabilité civile, voy. J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 104, p. 38, n° 20 et ss.; R.O. DALCQ, Les assurances de responsabilité, Questions générales, in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, M. FONTAINE et J.M. BINON (Ed.), Academia - Bruylant, 1993, p. 188.

¹⁰⁸ En ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 40; Comp. A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 26.

raisonnable, ce qui est loin d'être toujours le cas ¹⁰⁹. Il est certain qu'un délai trentenaire, comme celui que l'on trouve dans la récente Convention du Conseil de l'Europe, ne peut pas être raisonnablement géré par les assureurs (17, § 2). Ceux-ci ne peuvent s'engager sur de trop longues périodes dès le moment où, le contrat d'assurance étant résilié, la mutualité n'encaisse plus aucune contribution ¹¹⁰.

55. La clause utilisant pour critère la réclamation de la victime paraît au surplus difficilement conciliable avec le point de départ du délai de prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur. Selon l'article 34, § 2 de la loi du 25 juin 1992, l'action résultant du droit propre que la personne lésée possède contre l'assureur se prescrit par cinq ans à compter du fait générateur du dommage ou, s'il y a infraction pénale à compter du jour où celle-ci a été commise. Toutefois, poursuit l'alinéa 2, lorsque la personne lésée prouve qu'elle n'a eu connaissance de son droit envers l'assureur qu'à une date ultérieure, le délai ne commence à courir qu'à cette date, sans pouvoir excéder dix ans, à compter du fait générateur du dommage ou, s'il y a infraction pénale, du jour où celle-ci a été commise.

Nul doute que le délai de prescription de l'action directe doive lui aussi être revu à la lumière de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 1995 (voy. *supra* n° 15). Il n'en reste pas moins que la clause qui définit l'étendue de la garantie par rapport à la réclamation pourrait priver la victime de la garantie alors même que l'action qui résulte de son droit propre ne serait pas encore prescrite ¹¹¹.

Le critère de la première manifestation du dommage permettrait au contraire de concilier la définition de l'étendue de la garantie dans le temps avec le point de départ du délai de prescription de l'action directe et avec celui de l'action civile découlant d'une infraction pénale (voy. *supra* n° 15).

56. Bien que les polices R.C. pollution restent largement fondées à l'heure actuelle sur la clause *claims made* ¹¹², le critère de la première manifestation du dommage trouve une confirmation implicite dans le nouveau libellé de l'article 77 de la loi du 25 juin 1992. Des conditions générales d'assurance récentes en font application dans le domaine des atteintes à l'environnement.

¹⁰⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *ibid.*

¹¹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 40; J. ROGGE et J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 7, p. 106.

¹¹¹ Ceci suppose bien entendu que la clause soit opposable à la victime par l'assureur. Nous pensons qu'elle l'est tant dans les assurances obligatoires que non obligatoires, comme toute clause qui tend à définir la portée de la garantie; il ne s'agit en effet ni d'une exception, ni d'une nullité ni d'une déchéance dérivant de la loi ou du contrat, dont la loi organise l'inopposabilité à la personne lésée (loi du 25 juin 1992, art. 87).

¹¹² Voy. R. KEMPKENS et H. SCHULTZ, *op. cit.*, note 1, p. 11.

Les conditions générales *Assurpol* rédigées en 1994 et celles proposées par le pool espagnol se fondent en effet sur la première constatation vérifiable du dommage : la garantie proposée par *Assurpol* est acquise lorsque le dommage résultant de l'atteinte à l'environnement a donné lieu à une première constatation vérifiable pendant la période de validité du contrat, quel que soit le nombre des tiers lésés et l'échelonnement des dommages dans le temps, ou lorsqu'est constatée pendant la période de validité du contrat une menace imminente de dommages garantis (art. 1.9.). La première constatation vérifiable de dommages garantis est définie comme tout fait objectif (témoignage, constat, mise en cause ...) attestant pour la première fois de la réalisation physique ou de l'existence d'un dommage corporel, matériel ou immatériel garanti (art. 1.10.)¹¹³. Pour être couverts, les dommages doivent résulter d'une atteinte à l'environnement accidentelle ayant débuté pendant la même période (art. 5, alinéa 1er)¹¹⁴.

En cas de résiliation du contrat pour cessation définitive de l'activité de l'assuré, les garanties restent applicables aux sinistres qui se produisent dans un délai de cinq ans à compter de la résiliation, dès lors qu'ils résultent d'une atteinte à l'environnement accidentelle ayant débuté pendant la période de validité du contrat. Cette garantie subséquente automatique est plafonnée au montant de la garantie restant disponible pour la dernière période d'assurance précédant la résiliation (art. 5, alinéa 4).

57. Face aux réticences de l'industrie à l'égard de la clause *claims made*, les assureurs allemands ont accepté d'introduire dans leur modèle de police un concept comparable à celui utilisé dans les conditions générales *Assurpol*. Le critère retenu, qui était déjà utilisé dans le cadre de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile pour les produits pharmaceutiques, est celui de la première découverte objectivement vérifiable de la survenance d'un dommage corporel ou matériel garanti (*Nachprüfbare erste Feststellung*)¹¹⁵. Afin d'écarter le risque de résiliation anticipée lorsqu'une menace de sinistre se précise, la police prévoit une période de garantie subséquente de trois ans après la date de résiliation. Les dommages survenus pendant la période de garantie et qui se manifesteraient durant la période subséquente ne sont cependant couverts qu'à concurrence du montant de garantie restant disponible pendant la période d'assurance en cours au moment de la résiliation.

¹¹³ Voy. G. HUSSON, *op. cit.*, note, p. 43; C. DELPOUX, *op. cit.*, note 10, p. 24.

¹¹⁴ Ces conditions ne permettent donc pas la reprise systématique du passé. Toutefois, après audit du site, l'assureur peut accepter une reprise partielle du passé pour les atteintes accidentelles ayant débuté antérieurement à la date d'effet du contrat, à la condition que l'assuré n'en ait pas eu connaissance à cette date (art. 5, al. 3). Les pools italien et néerlandais continuent, quant à eux, à fonctionner sur une base réclamation sans reprise du passé. Ils ne fournissent donc guère de solutions au problème des sols contaminés particulièrement préoccupant aux Pays-Bas.

¹¹⁵ Voy. sur ce critère R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 43; W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 467 et pp. 470 et 472.

La première découverte se situe au moment où une personne constate pour la première fois l'existence du dommage. Ce moment doit pouvoir être attesté par un ou plusieurs faits objectifs. La première découverte vérifiable du dommage peut être le fait du preneur d'assurance, de la victime ou d'un tiers. Elle doit avoir lieu pendant la période de garantie, mais il n'est pas nécessaire que l'étendue du dommage puisse être appréciée à ce moment là.

58. En conclusion, la délimitation de l'étendue de la garantie dans le temps au moyen du critère de la première manifestation du dommage permet, selon nous, d'incorporer adéquatement le problème du temps à la couverture, sans compromettre la sécurité financière des opérations d'assurance ni négliger l'intérêt des assurés et des victimes. Par rapport au critère de l'événement dommageable, il présente non seulement l'avantage d'être aisément identifiable, mais de donner à l'assuré la possibilité de recourir à des montants de garantie actualisés. Pour l'assureur, il a en même temps le mérite de réduire considérablement le risque de sinistres tardifs, puisque dans la plupart des cas, la réclamation de la victime suivra de peu la manifestation du dommage ¹¹⁶.

B. Les montants assurés

59. Les conséquences financières de la pollution sont difficilement prévisibles ¹¹⁷. En l'absence de statistiques fiables et représentatives, hormis peut-être pour les pollutions accidentelles, les assureurs sont contraints à la prudence tant pour l'établissement du tarif que pour la rédaction des conditions contractuelles.

Un moyen de maîtriser cette incertitude est de limiter légalement les conséquences de la responsabilité engagée par le pollueur. Une limitation financière de la responsabilité peut cependant avoir des effets d'attraction indésirables tant sur le plan des indemnités allouées aux victimes que sur les montants assurés. Même si la responsabilité est illimitée, l'assureur reste de toute façon libre de limiter ses garanties en montant. Il dispose à cet égard de moyens divers ¹¹⁸. Les montants assurés sont fixés en conditions particulières. Ils peuvent comporter des limitations par victime, par sinistre et par année d'assurance, l'année d'assurance étant comprise comme la période comprise entre deux échéances annuelles de prime. Une limite absolue par police d'assurance et par site est aussi fréquemment prévue.

¹¹⁶ En ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 40. Voy. également J. ROGGE et J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 7, p. 114 qui ne paraissent pas opposés à ce critère; R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 43; G. VINEY, "La clause dite de réclamation de la victime en assurance de responsabilité", *J.C.P.*, 1994, Doct., 3778.

¹¹⁷ Les dommages écologiques résultant d'une pollution accidentielle peuvent aisément dépasser les 500 millions de FB. Le Gouvernement français, après l'incendie des usines Sandoz à Bâle, a évalué les dommages affectant les couches sédimentaires d'Alsace du fait de la présence de mercure à 111,4 millions de FF.

¹¹⁸ Voy. J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 107, p. 97, n° 50 et ss.

Comme l'application du plafond prévu par sinistre dépend lui aussi de la notion de sinistre, l'assureur se prémunit des dommages en série résultant d'un même fait générateur, par des clauses *ad hoc* appelées clauses de sinistres sériels ¹¹⁹. L'ensemble des dommages corporels, matériels et immatériels qui se rattachent à une même cause ou plusieurs causes interdépendantes – le libellé des clauses varie – est considéré comme un seul et même sinistre pour l'application des limites financières, quel que soit le nombre de victimes. Le montant assuré ne sera donc disponible qu'une seule fois, pour autant bien entendu que l'assureur puisse établir le lien causal entre fait générateur et l'ensemble de ces dommages. La légalité de la clause relative aux sinistres sériels n'est toutefois plus certaine au regard de la nouvelle définition donnée par l'article 77 de l'assurance de responsabilité, à supposer qu'il s'agisse là d'une disposition impérative.

60. Dans un but de moralisation du risque, l'application d'une franchise proportionnelle importante est fréquemment recommandée par les associations professionnelles d'assureurs. Comme elle favorise la prévention tout en étant conforme au principe du pollueur-payeur, une franchise de 20 à 30 % assortie d'un minimum et d'un maximum absolu est fréquemment conseillée ¹²⁰.

61. L'insuffisance des montants généralement assurés dans le cadre des polices d'assurance R.C. exploitation émises en Belgique est notoire ¹²¹. Cette insuffisance témoigne à la fois d'une certaine insouciance des assurés et de la capacité financière limitée du marché belge. Les petites et moyennes entreprises disposent généralement au titre de leur police d'un montant de couverture variant de 50 à 100 millions de FB pour les lésions corporelles et de 5 à 10 millions de FB pour les dommages matériels. Il n'est pas rare que les polices prévoient des limites encore inférieures pour les dommages causés par la pollution. Des montants assurés d'un seul million, tous dommages confondus, ne sont pas rares. La somme est évidemment dérisoire lorsqu'on sait qu'un seul dommage corporel grave peut dépasser 100 millions de FB. Les polices couvrant les grands risques industriels peuvent, quant à elles, garantir des montants de plusieurs centaines de millions de FB, mais uniquement pour les dommages résultant de pollutions soudaines et accidentelles.

¹¹⁹ Voy. sur cette clause, J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 27; R. DOTZEL, *op. cit.*, note 14, p. 44; W.C. HOFFMANN, *op. cit.*, note 14, p. 475; J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 107, p. 97, n° 50.

¹²⁰ Dans le cadre des couvertures délivrées par *Assurpol*, un découvert obligatoire systématique reste à charge du souscripteur. Son montant est fixé à une valeur forfaitaire en fonction de la capacité du client et de l'avis de la commission technique.

¹²¹ Voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 17; G. HUPIN, *op. cit.*, note 2, p. 251; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 264, n° 35.

Dans la meilleure des hypothèses, les professionnels estiment qu'il est possible de s'assurer aujourd'hui en Belgique pour quelques centaines de millions de francs, qui peuvent être portés à un ou deux milliards avec le concours exceptionnel de polices de second rang, mais toujours uniquement pour les dommages résultant de pollutions soudaines et accidentelles.

62. Il importe enfin de ne pas négliger l'importance des frais et intérêts dans la fixation des montants assurés. Le montant d'un sinistre en principal peut en effet être largement dépassé par les frais et intérêts qui s'y rattachent.

Deux catégories de frais méritent une attention particulière à cet égard : les frais de sauvetage, que nous avons déjà examinés, et les frais de défense en justice. La loi belge impose la couverture des frais de sauvetage même au-delà des montants assurés, mais autorise la limitation de ces frais selon les modalités fixées par le Roi (voy. *supra* n° 47). Il en va de même des intérêts et des frais de défense en justice. L'article 82 impose à l'assureur de payer les intérêts afférents à l'indemnité due en principal ainsi que les frais afférents aux actions civiles et les honoraires et frais des avocats et des experts même au-delà des limites de la garantie ¹²². Donnant acte aux critiques formulées à cet égard par les assureurs, la loi du 16 mars 1994 a atténué cette exigence en permettant aux assureurs de limiter les intérêts et les frais visés selon les modalités déterminées par le Roi dans toutes les assurances de responsabilité autres que l'assurance automobile obligatoire (art. 82, alinéa 3) ¹²³. L'article 4 de l'arrêté royal du 29 décembre 1994 insérant un article 6ter dans l'arrêté royal du 24 décembre 1992 fixe les limites en montants qui peuvent assortir le remboursement des frais et intérêts au-delà de la somme totale assurée ¹²⁴.

¹²² L'article 82 ne précise pas s'il faut comprendre parmi les intérêts, les intérêts compensatoires qui sont généralement présentés en droit commun de la responsabilité civile comme une indemnité visant à compenser un préjudice distinct. S'agissant d'une indemnité distincte, on pourrait prétendre que les intérêts compensatoires sont soumis aux limites qui affectent l'indemnité en principal. Il n'est pas certain cependant que ceci soit conforme à l'intention du législateur qui a seulement visé au titre de l'indemnité d'assurance, l'indemnité due en principal.

¹²³ Pour un commentaire du texte amendé, voy. J.L. FAGNART, *op. cit.*, note 104, p. 48, n° 31.

¹²⁴ Article 6ter, § 1er : "Les intérêts et frais visés à l'article 82 de la loi sont supportés intégralement par l'assureur pour autant que le total du dédommagement et des intérêts et frais ne dépasse pas, par preneur d'assurance et par sinistre, la somme totale assurée. Toutefois, au-delà de la somme totale assurée, les intérêts et frais peuvent être limités à :
1° 20 millions de francs lorsque la somme totale assurée est inférieure ou égale à 100 millions de francs;
2° 20 millions de francs plus 20 p.c. de la partie de la somme totale assurée comprise entre 100 et 500 millions de francs;
3° 100 millions de francs plus 10 p.c. de la partie de la somme totale assurée qui excède 500 millions de francs avec un maximum de 400 millions de francs comme intérêts et frais."

La couverture des frais de défense en justice ne doit pas être négligée. On sait qu'aux États-Unis, une large part des sommes déboursées par les assureurs dans le cadre des réclamations relatives à la loi *Cercla* ont été investies en frais de défense et d'expertise. Il est vrai qu'aux États-Unis l'obligation de supporter les frais de défense est illimitée et que ces frais ne viennent donc pas en déduction des montants assurés pour les dommages aux tiers. Il n'en va pas toujours ainsi. Dans le cadre des conditions générales proposées par le *Assurpol* par exemple, le montant d'engagement annuel prévu aux conditions particulières comprend l'ensemble des indemnités dues, des intérêts, des frais d'expertise et de défense (article 12 II et 12 III).

SECTION 3. MÉCANISMES ALTERNATIFS D'INDEMNISATION

§ 1. Considérations préliminaires

63. Il ressort des développements qui précèdent que l'assurance de la responsabilité ne suffit pas à garantir une indemnisation complète et efficace des dommages liés à la pollution, particulièrement lorsqu'il s'agit de la remise en état des sites industriels contaminés. Cette forme de couverture est tributaire à la fois des limites inhérentes à la mise en œuvre des responsabilités à la technique de l'assurance.

En dehors des assurances de la responsabilité, une solution pourrait être trouvée dans des assurances de frais (*first party*) dont le but serait de couvrir le coût de la restauration et de la remise en état du site propre de l'assuré (propriétaire ou exploitant), sans préjudice d'un recours subrogatoire contre le responsable ou son assureur. Nous avons indiqué à quelles conditions ces couvertures pouvaient être envisagées, mais elles sont pour l'instant inexistantes en raison précisément des incertitudes liées à la définition de l'aléa, à la sélection des risques, à l'ampleur des frais qui pourraient être engagés à cette occasion et au degré de restauration qu'il conviendrait d'atteindre ... ¹²⁵ En tout état de cause, une telle couverture pourrait difficilement garantir la reprise du passé, car elle reste tributaire de l'inassurabilité de certains risques.

¹²⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 15, p. 41.

64. A l'intérieur des limites de l'assurabilité, la création d'une obligation d'assurance de la responsabilité permettrait de lutter efficacement contre la raréfaction de l'offre d'assurance et d'amorcer en quelque sorte le marché, qui pâtit du manque d'expérience et de statistiques fiables relatives à la fréquence et au coût moyen des sinistres.

Bien que coutumier de cette technique, le législateur belge n'y a pas eu fréquemment recours en matière de pollution de l'environnement, hormis dans le secteur des déchets ¹²⁶. Il ne suffit cependant pas de poser le principe de l'obligation d'assurance pour que toutes les difficultés soient résolues. L'obligation d'assurance doit être assortie d'une réglementation détaillée, qui détermine les débiteurs de l'obligation d'assurance, qui définit de façon précise et raisonnable le contenu et l'étendue des garanties minimales à offrir, et qui met en place des modalités de contrôle. Cette réglementation doit évidemment tenir compte des contraintes qui pèsent sur les assureurs, sinon les entreprises soumises à l'obligation risquent de ne pas trouver de couvertures adaptées à leurs besoins. Le législateur belge a souvent perdu de vue ces conditions indispensables, car les textes adoptés jusqu'à présent en la matière se caractérisent soit par un manque total d'indications relatives à la couverture, soit par des exigences dépassant largement la capacité d'assurance ¹²⁷.

Contrairement à ce qu'on pourrait croire, les assureurs ne sont pas eux-mêmes très favorables à l'instauration d'une obligation d'assurance dans le secteur de l'environnement ¹²⁸. Si l'obligation d'assurance permet d'accroître le volume des primes tout en diminuant le risque d'antisélection, elle comporte, selon les assureurs, un risque non négligeable de standardisation de la couverture et d'inflation des montants assurés jusqu'au maximum prescrit par la loi. En outre, l'obligation d'assurance risque d'ériger les assureurs, contre leur souhait, en censeurs des industries, si l'autorisation d'exploiter est subordonnée à la souscription de la couverture.

§ 2. Garanties financières

65. Compte tenu des limites de l'assurance, la plupart des textes internationaux récents relatifs à la responsabilité pour les atteintes à l'environnement acceptent une pluralité de formes de garanties réputées "équivalentes" ou se réfèrent de façon

¹²⁶ Pour une énumération des textes imposant une telle obligation, voy. H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 271, n° 48. Du même auteur, "La couverture des risques liés à la gestion des déchets", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 354, n° 34.

¹²⁷ Voy. J. ROGGE, *op. cit.*, note 2, p. 37; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 2, p. 273, n° 49 et 50; A. HELLEBUYCK, *op. cit.*, note 1, p. 476.

¹²⁸ Comité Européen des Assurances, Prise de position sur le livre vert relatif à la réparation des dommages causés à l'environnement, *Rapport annuel*, 1993-1994, p. 51.

générale à la constitution de garanties financières ¹²⁹. La formule en soi n'est pas claire car une garantie de solvabilité n'est pas synonyme d'assurance. On ne perdra pas de vue en outre que seules les entreprises agréées pour exercer des activités d'assurance peuvent en principe effectuer des opérations d'assurance.

Des modalités alternatives s'imposeraient notamment pour permettre l'auto-assurance qui tend à se répandre dans les grands groupes industriels et qui est appelée à se développer en raison de la raréfaction de l'assurance. La seule attestation de la solvabilité financière de l'entreprise paraissant insuffisante à garantir les droits des créanciers, la consignation de sommes auprès d'une institution financière par le responsable potentiel lui-même au profit exclusif des bénéficiaires (victimes de dommages ou créanciers de frais) est envisageable ¹³⁰. Des garanties financières de solvabilité fournies par des tiers, qu'il s'agisse d'un établissement de crédit ou des pouvoirs publics eux-mêmes, pourraient aussi satisfaire les exigences ¹³¹. Sur ce terrain, les assureurs-caution ont eux-mêmes une compétence à faire valoir. Les sûretés réelles classiques (hypothèques, privilèges, ...) en revanche ne paraissent guère adaptées compte tenu de la difficulté d'évaluer le montant de l'obligation garantie ¹³².

66. On n'en sait guère plus à l'heure actuelle sur ces modalités de garantie (nature, étendue, montants ...), car même lorsque des formules alternatives sont permises, les propositions des banques et des professionnels du cautionnement tardent à se manifester. Des enseignements plus précis peuvent être tirés de l'article 4 de la loi française du 19 juillet 1976 qui impose précisément la constitution de garanties financières résultant de l'engagement d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurance, pour les installations définies par décret présentant des risques importants de pollution ou d'accident, les carrières et installations de stockage de déchets. Les articles 15, 25 et 26 du décret n° 94-484

¹²⁹ Voy. à cet égard les art. 29 et 33 du décret de la Communauté Flamande relatif à l'assainissement du sol et l'art. 12 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

¹³⁰ La protection de ces créanciers peut être assurée par la reconnaissance d'un privilège ou d'un véritable droit de propriété sur la somme consignée assortie d'une obligation conditionnelle de remboursement ou encore par la constitution d'un patrimoine spécial d'affectation. Voy. à cet égard le décret wallon sur les déchets du 5 juillet 1985 (art. 21, 24 et 28) et l'arrêté royal du 3 février 1961 relatif au Fonds national de garantie pour la réparation des dégâts houillers.

¹³¹ Le cautionnement et la garantie bancaire sont utilisés le plus souvent dans le droit wallon des déchets comme solution subsidiaire à la consignation (voy. notamment l'art. 24 du décret wallon sur les déchets du 5 juillet 1985 et l'art. 16 du décret wallon sur les carrières du 27 octobre 1988. Dans ce dernier cas, la garantie bancaire est toutefois imposée à titre principal).

¹³² Pour un tour d'horizon des garanties financières de solvabilité, voy. H. BOCKEN, "La couverture des risques liés à la gestion des déchets", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 331 à 366, spéc. p. 340, n° 14 et s. Du même auteur, "Systèmes alternatifs pour l'indemnisation des dommages dus à la pollution", *R.G.A.R.*, 1990, n° 11698 et 11714.

du Conseil d'Etat déterminent la nature et l'étendue des garanties et les règles de fixation des montants. Ces dispositions sont commentées par une circulaire du Ministre de l'environnement du 12 juin.

La demande d'autorisation de mise en activités des installations visées doit tout d'abord être complétée par des documents établissant la constitution des garanties financières en question. Celles-ci sont destinées à prémunir l'administration et la collectivité d'une éventuelle insolvabilité de l'exploitant et doivent être disponibles pendant toute la durée de l'exploitation. Le changement d'exploitant entraîne la fixation de nouvelles garanties. Le montant des garanties financières à fournir est fixé par l'arrêté d'autorisation en fonction de la catégorie d'installations visée et les renseignements fournis. Elles doivent couvrir en principe le coût des opérations relatives à la surveillance du site, au maintien en sécurité en cas d'événements exceptionnels, aux interventions en cas d'accident ou de pollution et à la remise en état du site après exploitation. Les opérations visées résultent donc soit de la survenance d'un événement aléatoire (accident), soit d'un événement certain (remise en état en fin d'exploitation). Il appartient à l'exploitant de réviser contractuellement le montant des garanties financières dans un délai fixé par l'arrêté. Le préfet peut mettre en œuvre les garanties financières soit en cas de non-exécution des opérations susmentionnées, soit en cas de disparition juridique de l'exploitant.

Les garanties exigées doivent résulter de l'engagement écrit d'un établissement de crédit (banque ou organismes de caution mutuelle) ou d'une entreprise d'assurance, ou encore en ce qui concerne les installations de stockage de déchets, d'un fonds de garantie géré par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

§ 3. Fonds complémentaire d'indemnisation

67. Le Fonds complémentaire d'indemnisation peut être défini comme un mécanisme de répartition destiné à faciliter l'indemnisation des victimes lorsque la responsabilité ne peut être établie (disparition ou non identification du pollueur) ou mise en œuvre efficacement (insolvabilité du pollueur, pollueur non responsable en raison d'une cause d'exonération) ou encore lorsque la garantie d'assurance est inopérante, soit parce que le pollueur n'est pas assuré, soit parce qu'une cause d'exclusion autorise l'assureur à refuser sa garantie, soit parce que l'indemnité dépasse les montants assurés ¹³³.

La caractéristique essentielle de ce type de fonds résulte de ce qu'ils sont conçus comme un relais à l'assurance de la responsabilité civile. Ils remplissent de

¹³³ Sur les fonctions du fonds d'indemnisation, voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 14, p. 41; H. BOCKEN, *op. cit.*, note 7, p. 338, n° 12, p. 358, n° 38 et s.

ce fait une fonction complémentaire par rapport à l'indemnisation qui peut être obtenue des pollueurs responsables ou de leurs assureurs. L'intervention d'un tel fonds est donc toujours subsidiaire. Elle n'aura pas lieu s'il existe d'autres sources possibles de réparation. Ces mécanismes complémentaires d'indemnisation peuvent être publics ou privés et être créés sur une base volontaire ou obligatoire. Ils peuvent être alimentés par des cotisations ou des redevances dues par les secteurs industriels les plus concernés, et complétés éventuellement par des contributions d'origine publique.

68. Dans le secteur de l'environnement, suite au rapport du Comité de l'Environnement de l'OCDE, la création d'un tel fonds a été préconisée pour les dommages de pollution accidentelle (FIPA) ¹³⁴. Des fonds de garantie de ce type existent aussi dans le secteur de l'industrie pétrolière. Le plus connu est le fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Ce fonds est alimenté par les membres de l'industrie pétrolière. Il intervient lorsque le propriétaire du navire qui est à l'origine du sinistre n'est pas responsable aux termes de la convention ou est insolvable ou lorsque l'indemnisation excède le plafond. L'industrie pétrolière a également créé, toujours à titre privé, plusieurs structures particulières de financement (*Tovalop*, *Cristal* et *Opol*). Une solution dans le même sens a récemment été proposée dans un avant-projet de décret sur la responsabilité pour les dommages causés par la pollution préparé par la Commission Interuniversitaire pour la réforme du droit de l'environnement en région flamande ¹³⁵.

En raison de ces caractéristiques mêmes, ces fonds fournissent une réponse utile mais très partielle aux problèmes posés par l'indemnisation des dommages de pollution. Utile car il permet de suppléer à la défaillance du pollueur. Partielle, car en tant que relais à l'assurance de la responsabilité, il ne permet pas de dépasser les limites inhérentes à l'assurance et à la responsabilité.

Le fonds d'indemnisation de la pollution accidentelle ne fournit par exemple aucune réponse aux questions posées par la pollution chronique ou historique ¹³⁶. Les dommages de pollution résultant d'activités autorisées et exercées légalement dans le passé ne peuvent être pris en charge sur cette base. L'équilibre budgétaire du fonds ne le permettrait pas. La question de la remise en état des sites contaminés appartenant en propre à l'assuré reste, elle aussi, sans réponse ¹³⁷. La prise en

¹³⁴ Rapport du Comité de l'Environnement, "L'assurance pollution et les fonds d'indemnisation des pollutions accidentelles", *Ass. Fr.*, 1991, p. 383; H. SMETS, "L'indemnisation complète des victimes de la pollution accidentelle", *Risques*, 11/92, pp. 49-68.

¹³⁵ Voy. H. BOCKEN, *op. cit.*, note 7, p. 362, n° 44. Le projet établit une responsabilité objective en principe illimitée mais permet à l'exploitant de bénéficier d'une limitation de responsabilité en contrepartie d'une participation à un fonds de garantie qui indemniserait les victimes jusqu'à un second plafond plus élevé.

¹³⁶ Voy. H. SMETS, *op. cit.*, note 134, p. 64.

¹³⁷ H. SMETS, *op. cit.*, note 134, p. 67.

charge des frais de décontamination nécessite par conséquent la mise en place d'un fonds de financement spécial.

§ 4. *Fonds de financement des mesures de restauration*

69. Le fonds de financement au sens où nous l'entendons ici est une structure financière bâtie sur des redevances ou des cotisations affectées au nettoyage ou à la remise en état de l'environnement. Ce système de financement devrait répartir équitablement les coûts de remise en état sur les secteurs privés ou publics, qui sont le plus étroitement liés à l'origine probable de ces dommages. A défaut de financement spécifique, les frais engagés restent à charge de la collectivité.

Compte tenu des limites irréductibles de la responsabilité et de l'assurance, ces fonds sont probablement les seuls qui permettent d'envisager la restauration des sites historiquement contaminés. Il ne faut cependant pas s'illusionner sur les possibilités de prendre en charge financièrement l'ensemble des coûts engendrés par la pollution chronique résultant des rejets autorisés ou non autorisés. Les conditions de financement, de participation et surtout, les conditions d'intervention du fonds ainsi que les objectifs de la décontamination doivent être précisément définis par une réglementation *ad hoc*.

Le financement doit sans doute être envisagé au moyen de taxes prélevées sur les déchets et sur certaines émissions d'eaux usagées. Encore faut-il que le poids financier de ce système de répartition soit supportable pour les participants. Si ce poids devait s'avérer considérable, les dépenses liées à la remise en état devraient sans doute réduites à ce qui paraît strictement nécessaire ou être réparties sur une assiette élargie englobant d'autres secteurs ou même l'ensemble des contribuables. A titre principal, l'imputation des coûts devrait néanmoins être guidé par le principe du pollueur-payeur.

La réglementation devra aborder en outre le principe même de l'obligation de remise en état selon une approche pragmatique et raisonnable en distinguant la pollution historique des autres formes de pollution. Des priorités devront être définies de façon à orienter les restaurations vers des sites qui présentent un réel danger pour la santé publique ¹³⁸. La nécessité et le degré de restauration devront sans doute être appréciés au cas par cas sur la base de critères souples préalablement définis. Une structure de coopération impliquant toutes les parties impliquées paraît

¹³⁸ Voy. à cet égard les art. 8 et 30 du décret de la Communauté flamande du 22 février 1995 sur l'assainissement du sol.

opportune afin de mettre en œuvre ces critères, de procéder au contrôle des travaux de restauration et de veiller à la correcte affectation des fonds ¹³⁹.

Il est essentiel également, d'un point de vue budgétaire, de définir clairement l'articulation entre l'intervention du fonds ou des pouvoirs publics, l'obligation de prise en charge des frais et le système de responsabilité ¹⁴⁰. Le système collectif permet de procurer rapidement les capitaux nécessaires pour les interventions d'urgence afin de prévenir un risque imminent pour la population ou l'environnement ou pour le remboursement des travaux de remise en état immédiats. Hormis l'urgence, l'intervention du fonds devrait sans doute être guidée par le principe de subsidiarité. Pour des raisons économiques évidentes, le fonds ne devrait être appelé à intervenir que dans les cas où la responsabilité ne peut être établie selon les règles normales ou spéciales ou si le responsable est insolvable. En cas de litige entre le Fonds, le débiteur de l'obligation d'assainissement et le responsable éventuel, la réglementation devrait indiquer quel est celui qui sera tenu d'intervenir dans un premier temps, au bénéfice éventuellement d'un recours subséquent.

Si une responsabilité objective est instaurée, la viabilité du système dépend également de l'adoption de conditions claires de responsabilité et de délais de prescription raisonnables. Surtout, il importe que les conditions de la responsabilité tiennent compte des limites d'assurabilité, sans quoi les personnes responsables ne pourraient satisfaire leur besoin de couverture ¹⁴¹.

70. Le système *Superfund* introduit en 1980 sur la base de la loi *Cercla* (*Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*) fournit un exemple de ce qu'il ne faut pas faire à cet égard. Destiné à financer la décontamination des sites industriels, les ressources de ce fonds fédéral proviennent des taxes sur le pétrole et les produits chimiques de base ainsi que de la redevance générale antipollution due par les sociétés américaines. L'Agence américaine pour la protection de l'environnement (*EPA*) utilise ces fonds pour pourvoir aux cas d'urgence et pour nettoyer les anciennes décharges. Elle récupère ces dépenses de restauration en recourant à la responsabilité civile lorsque des responsables potentiels peuvent être identifiés (*PRP's; potentially responsible parties*). L'intervention de l'Agence fédérale étant limitée aux cas où les parties responsables

¹³⁹ Voy. les art. 12 à 24 du décret de la Communauté flamande du 22 février 1995 sur l'assainissement du sol.

¹⁴⁰ Voy. à cet égard les art. 10, 25, 31 et 32 du décret de la Communauté flamande sur l'assainissement du sol.

¹⁴¹ Voy. à cet égard les critiques formulées par K. MOUSTIE, *op. cit.*, note, p. 3, à propos des articles 25 et 32 du décret de la Communauté flamande sur l'assainissement du sol. L'auteur rejette la définition trop extensive de la personne tenue pour responsable ("celui qui a engendré une pollution du sol") et des éléments constitutifs du dommage réparable (extension aux dommages causés par la remise en état). Il regrette l'absence d'indication concernant le délai de prescription et l'omission de la force majeure parmi les causes d'exonération.

ne peuvent pas être identifiées ou ne prennent pas les dispositions nécessaires, elle est en principe subsidiaire par rapport à celle des parties supposées responsables.

La critique essentielle que l'on peut adresser à cette loi est d'avoir instauré un régime de responsabilité objective solidaire et surtout rétroactive dont les conditions insuffisamment maîtrisées ont contribué à multiplier les procès. La loi permet d'engager la responsabilité d'exploitants ou d'industriels pour des activités exercées légalement antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Face à l'insuffisance des ressources, les litiges engagés par l'EPA ont été si nombreux que plus de 30 % des fonds ont été utilisés au règlement d'honoraires d'avocat.

Devant un constat aussi désastreux, la nécessité de procéder à une nouvelle agrégation du *Superfund* fournit l'occasion d'une réforme. Divers projets visent maintenant à élargir au moyen d'une taxe d'assurance généralisée (*Environmental Insurance Resolution Fund*) et de surtaxes prélevées auprès des industries, la base de financement du fonds, en contrepartie d'un retour à un régime de responsabilité plus classique sans solidarité automatique ni rétroactivité (pour les faits postérieurs à 1980) et d'une plus grande flexibilité des conditions de remise en état. En échange de l'abandon de la responsabilité rétroactive, les assureurs et réassureurs étrangers opérant aux Etats-Unis interviendraient pour plus de 600 millions de dollars sur une période de 10 ans. Un tel marchandage ne peut s'expliquer que par référence aux dérapages de la loi *Cercla* ¹⁴². Les assureurs européens estiment qu'un tel système contributif, dont le financement reposerait essentiellement sur les assureurs et les réassureurs, serait inacceptable en Europe.

71. Des fonds de financement destinés à la restauration des sites historiquement contaminés ont été mis en place en Allemagne (Hesse, Baden-Wurtemberg, Rhin-Palatinat, Basse-Saxe, Bavière ...) sur une base plus raisonnable ¹⁴³. La majorité d'entre eux reposent sur une coopération volontaire entre l'industrie, les communes et le gouvernement. Parfois des fonds séparés sont créés pour les communes et les industries. Ces fonds n'interviennent en général que subsidiairement lorsque le responsable n'est pas identifié, lorsqu'il est insolvable, lorsque sa survie économique pourrait être menacée ou encore lorsqu'aucune responsabilité n'est engagée. Les décisions relatives à la décontamination sont prises par un organisme représentatif des différentes parties impliquées ou par une commission restreinte désignée par elles. Ces fonds sont alimentés pour partie par les pouvoirs publics et pour partie par l'industrie conformément au principe de la responsabilité partagée. Les industries, qui exercent actuellement leurs activités, ne peuvent en effet être tenues intégralement responsables de la pollution historique.

¹⁴² Voy. sur ces nouvelles propositions, D. CONNELLY, "Superfund faces an uncertain future", *The Review*, Feb. 1994, p. 26; CRAIG-BAYLIS, "Paying for the cost of Clean up", *The Review*, Feb. 1994, p. 31.

¹⁴³ A propos de ces fonds, voy. J. SCHERER, "Restoration and prevention of Environmental Damage through Joint Compensation Systems", *Eur. Law Rev.*, June 1994, pp. 161-169.

72. En France, un établissement public de l'Etat (*Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie - ADEME*) a été spécialement chargé par la loi du 19 décembre 1990 de procéder au sein du dispositif général des installations classées, à la réhabilitation des sites orphelins, c'est-à-dire des sites pollués dont l'ancienneté des dépôts rend impossible la détermination précise des responsabilités ou dont les responsables sont insolvables.

Une convention-cadre a été signée en 1992 entre cet établissement public et les représentants des industries (*Association française des entreprises pour l'environnement - EPE*) en vue de résoudre cette question sur la base d'un partenariat entre les pouvoirs publics et les entreprises. L'association apporte une contribution financière de l'ordre de 15 millions FF au programme de réhabilitation. L'Agence publique conserve toutefois le contrôle et la maîtrise des actions de réhabilitation à mener, ainsi que de la définition des objectifs du choix des opérations et du contrôle des travaux. En contrepartie, les partenaires ont accès et sont consultés sur les programmes prioritaires concernant les actions à engager et les résultats obtenus.

Il appartient à l'*ADEME* d'intenter les recours devant les tribunaux compétents en vue d'obtenir le remboursement des créances à charge des responsables, car la loi prévoit que les travaux sont faits à leurs frais. L'action peut être engagée soit contre le producteur des déchets à l'origine de la pollution, soit contre l'exploitant de l'installation soit contre le propriétaire du site.

les exemples qui précèdent démontrent que l'approche concertée et négociée entre les pouvoirs publics et les secteurs contributeurs dans le cadre d'un système de partenariat présente les meilleures garanties de viabilité à long terme du système.

CONCLUSION

73. L'examen largement prospectif de l'assurance des dommages et des frais liés à la décontamination des sols oblige à retourner aux fondements mêmes de l'assurance comme technique de garantie.

L'assurance suppose un aléa, c'est-à-dire un événement incertain dont dépend la prestation de l'assureur. Sans aléa, pas d'assurance. Cet argument est souvent avancé pour justifier l'inassurabilité de la pollution historique. Or, la notion d'aléa est elle-même incertaine. La garantie d'un risque dont la réalisation a déjà commencé lors de la formation du contrat, et dont seules les manifestations dommageables demeurent incertaines paraît parfaitement valable et licite. La question relève alors davantage de la maîtrise du risque d'antériorité que de l'assurabilité. On comprend cependant que les assureurs ne soient guère enclins à la reprise du passé en matière de pollution des sols. La disponibilité de l'assurance restera donc extrêmement réduite en ce domaine.

La notion d'accident largement répandue dans les polices vise précisément à préserver le caractère aléatoire de la couverture en la limitant aux risques dont la réalisation est incertaine. La définition contractuelle traditionnelle de la notion d'accident est cependant loin d'être claire. Certains de ses éléments constitutifs paraissent difficilement conciliables avec la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et avec la législation de contrôle. Celle-ci comporte en effet des exigences précises concernant la clarté et l'équilibre des engagements des parties contractantes. Sans renoncer à l'exigence d'un événement fortuit, qui est de l'essence de l'assurance, il serait préférable de traduire certaines implications de la notion d'accident dans des clauses formelles et limitées énumérant les hypothèses de faute lourde, de déchéance ou d'exclusion qui autorisent l'assureur à refuser sa garantie.

Le but de l'assurance de responsabilité est de tenir le patrimoine de l'assuré indemne d'une dette de responsabilité qui pourrait naître à l'égard d'un tiers. Cette observation fondamentale explique l'inefficacité de cette assurance pour la couverture des frais de décontamination engagés sur le site propre de l'assuré. La garantie des frais de sauvetage due impérativement par l'assureur ne sera pas non plus d'un grand secours. En raison des conditions légales restrictives qui assortissent cette garantie (source, nature et objectif des mesures, plafonds), il est peu probable qu'elle puisse contribuer à la remise en état du site propre de l'assuré.

Seule une assurance de frais de type *first party* pourrait jouer un tel rôle moyennant d'infinies précautions techniques et juridiques.

Plutôt que de s'illusionner sur les capacités de l'assurance, il serait préférable, sans doute, de rechercher la solution dans un système de compensation intégré. Il n'en reste pas moins que dans les limites de l'assurable, le secteur de l'assurance a un rôle à jouer dans l'avenir pour la prise en charge des risques d'atteinte à l'environnement. Certes la couverture de ces risques nécessite une technicité importante depuis le moment de la souscription jusqu'au règlement de l'indemnité, mais elle ne paraît pas hors de portée. Une timidité excessive pourrait favoriser l'apparition d'acteurs concurrents à l'intérieur même du champ assurable. C'est pourquoi un effort d'amélioration des garanties paraît indispensable en vue de répondre aux besoins des entreprises. En dehors du champ assurable, le recours à d'autres instruments de sécurité financière paraît inévitable.

ASSURANCE ET GARANTIE DES RISQUES ENGENDRÉS PAR LES SOLS CONTAMINÉS

par Bernard DUBUISSON,

Introduction	1
 Section 1. État du marché belge et européen de l'assurance environnement	 3
§ 1. <i>Belgique</i>	3
§ 2. <i>France</i>	5
§ 3. <i>Autres pays européens</i>	6
 Section 2. L'assurance comme technique de garantie des risques engendrés par les sols contaminés	 8
§ 1. <i>L'existence du risque</i>	8
A. La pollution historique ou l'impossible reprise du passé	9
1. Les limites inhérentes à l'action en responsabilité	9
2. Les limites inhérentes à l'assurabilité	12
B. La pollution accidentelle ou l'improbable couverture de la pollution chronique, graduelle ou résiduelle	14
1. La soudaineté	15
2. L'imprévisibilité	17
a) L'imprévisibilité et la faute de l'assuré	17
b) L'imprévisibilité et l'obligation de prévention	20
3. L'anormalité	21
4. Le respect des normes et règlements	23
5. Conclusion	24

§ 2. <i>L'existence d'une responsabilité engagée par l'assuré à l'égard d'un tiers</i>	25
A. Nécessité d'un dommage réparable	26
B. Nécessité d'un dommage assuré subi par un tiers victime	27
1. Le défaut de couverture des frais de décontamination relatifs au site propre de l'assuré	27
2. La couverture des frais de décontamination des sols au titre des frais de sauvetage	29
a) Conditions de prise en charge des frais de sauvetage	30
b) Le plafonnement des frais de sauvetage	32
c) La couverture des frais de décontamination eu Europe	33
d) Conclusion	35
§ 3. <i>La maîtrise du risque</i>	37
A. Le temps et l'espace	37
B. Les montants assurés	43
 Section 3. Mécanismes alternatifs d'indemnisation	 46
§ 1. <i>Considérations préliminaires</i>	46
§ 2. <i>Garanties financières</i>	47
§ 3. <i>Fonds complémentaire d'indemnisation</i>	49
§ 4. <i>Fonds de financement des mesures de restauration</i>	51
 Conclusion	 55