

ENVIRONNEMENT

Assureurs et responsabilité accrue des entreprises

Avec l'avènement du préjudice écologique, la responsabilité environnementale doit s'analyser de façon globale et planétaire. Au-delà de la responsabilité de la société mère ou de l'exigence de constitution de garanties financières, ne faut-il pas s'orienter vers un droit international de l'environnement pour assurer un développement réellement durable ? Quel rôle ont à y jouer les assureurs ?



**CHRISTINE
CARPENTIER
ET EMMANUEL DAOUD**
*avocats associés,
Vigo avocats*

L'actualité de ces derniers mois nous rappelle le risque auquel sont exposées les entreprises en matière de respect de l'environnement. Le coût pour BP de la catastrophe écologique suite à l'explosion le 20 avril de sa plateforme pétrolière *Deepwater Horizon* se chiffre en milliards de dollars. Aux pertes économiques et financières résultant directement de cette marée noire sur les activités humaines (habitat, pêche, tourisme, remise en état), BP devra également supporter le préjudice causé à l'environnement qui demeure difficilement quantifiable. BP s'est d'ores et déjà engagé à créer un fonds de réserve de 20 Md\$.

Plus étrange est la déclaration de son directeur général, Tony Hayward (*Financial Times* du 3 juin 2010), qui a admis que son groupe n'était pas préparé à lutter contre une marée noire en haute mer. « *Ce qui est incontestable, c'est que nous n'avions pas les instruments qu'il aurait fallu dans notre trousse à outils.* » Une telle déclaration ne peut qu'effrayer les riverains de ce type de plateformes pétrolières et les assureurs des industriels de ce secteur.

En effet, les Etats conscients des ravages causés par ces catastrophes industrielles ont adopté des systèmes de responsabilité de plus en plus contraignants. Ceux-ci visent à faciliter les recours, durcir les sanctions et directement, ou indirectement, à prévenir ce type de catastrophes en obligeant les entreprises à adopter des mesures de prévention. De leur côté, les entreprises, face au renforcement de leurs obligations et aux conséquences financières attachées à leurs éventuels manquements, se doivent désormais d'intégrer les contraintes environnementales dans leur processus de développement.

LE RENFORCEMENT DE LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE DES ENTREPRISES

Quand un dommage environnemental survient, la responsabilité de l'entreprise peut être engagée soit sur un plan civil, soit sur un plan pénal.

Concernant la responsabilité civile, on assiste depuis quelques années à un mouvement général d'objectivation qui tend à déconnecter la mise en œuvre de la responsabilité, de la faute, la victime n'ayant plus à en rapporter la preuve. La protection de l'environnement est naturellement soumise à cette évolution dans la mesure où le développement durable de notre planète doit être garanti. En effet, le recours à une responsabilité sans faute a, aussi, une vocation préventive dès lors que l'exploitant d'une activité créatrice de nuisances ne pourra pas s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve qu'il n'a commis aucune faute.

Les évolutions récentes dans le domaine de la responsabilité environnementale ont été marquées par :

- la loi du 1er août 2008 (dite LRE) qui a transposé la directive européenne n° 2004/35/CE du 21 avril 2004, et son décret d'application du 23 avril 2009 ;
- le règlement Reach et son ordonnance du 26 février 2009 ;
- les lois et projets de lois Grenelle I et II.

► Loi LRE

Pour mémoire, la directive de 2004 instituait le principe selon lequel il n'est plus nécessaire d'avoir une victime/personne juridique pour sanctionner un dommage : si l'environnement

souffre d'un préjudice, la responsabilité environnementale peut être invoquée indépendamment du patrimoine d'une victime. La loi LRE, transposant cette directive en droit français, oblige désormais les exploitants à restaurer les atteintes causées à l'environnement au nom du principe "pollueur-payeur". Elle a institué une nouvelle police administrative préventive qui met à la charge des « exploitants », des obligations de faire – sanctionnées administrativement et pénalement – lorsque leur activité est à l'origine d'une menace imminente de dommage à l'environnement ou lorsque le dommage « grave » s'est réalisé. Ces obligations, qui peuvent être matérielles ou financières, s'appliquent soit de plein droit, soit en cas de faute de l'exploitant, selon la nature de l'activité exercée. Cette loi met également en place des indicateurs permettant de prendre en compte le poids de l'empreinte environnementale de l'activité de l'exploitant et de déterminer la notion de compensation écologique.

Il convient de rappeler que, s'inspirant de la Charte de l'environnement et de la directive de 2004, les juridictions avaient amorcé la reconnaissance d'un préjudice distinct des préjudices matériel et moral subis par les victimes d'une pollution. Plusieurs décisions judiciaires préfiguraient la consécration du "préjudice écologique pur" qui a finalement été reconnu par le tribunal de grande instance de Narbonne (4 octobre 2007) et le tribunal correctionnel de Paris (16 janvier 2008) dans l'affaire de l'*Erika*, jugement d'ailleurs confirmé le 30 mars 2010 par la cour d'appel de Paris.

La LRE consacre la reconnaissance du préjudice écologique qui doit être réparé en nature et non plus seulement pécuniairement. Il conviendra donc d'évaluer l'ensemble des services qu'un écosystème est susceptible de rendre : par exemple, un hectare de l'écosystème constitué par les milieux humides de la vallée du Mississippi (c'est-à-dire ceux souillés par la plateforme pétrolière de BP) a d'ores et déjà été valorisé à près de 1 500 \$ par an.

► Règlement Reach

Une autre "petite révolution" pour les entreprises résulte de la mise en œuvre du règlement Reach (règlement CE n° 1907/2006 du 18 décembre 2006). Les producteurs/importateurs/distributeurs/utilisateurs de substances chimiques doivent désormais participer à une procédure de recensement, d'évaluation et d'enregistrement, afin de mieux gérer les risques qui y sont attachés, le tout sous le contrôle de l'Agence européenne des produits chimiques (AEPIC). Les données doivent donc être mises en commun par tous les acteurs d'un processus industriel.

Au-delà de ces procédures, Reach implique un renversement de la charge de la preuve en imposant aux producteurs/importateurs/distributeurs/utilisateurs de ces substances de prouver la maîtrise des risques qui y sont liés. Reach impose également une véritable obligation de veille technique/juridique sur l'évolution des connaissances de l'impact sanitaire et environnemental de toute substance recensée dont doivent se tenir in-

formés les fabricants ou importateurs entre eux.

L'ordonnance n° 2009-229 du 26 février 2009 a transposé ce règlement en droit français modifiant certaines dispositions des codes de l'environnement, du travail et de la santé publique. Cette ordonnance prévoit notamment des sanctions administratives et pénales propres au non-respect de Reach.

Reach est entré en application, non sans difficultés, pour un certain nombre d'entreprises puisque 24 % d'entre elles ne seraient pas conformes selon un premier rapport de l'Echa paru le 1^{er} juin dernier.

Pour anticiper les conséquences en matière d'assurance de ce règlement, il convient de s'interroger sur les modifications/implications de ce nouveau régime à l'occasion de mise en cause de la responsabilité de l'exploitant.

Au-delà des sanctions pénales et administratives prévues par l'ordonnance, de nouveaux recours pourraient être diligentés par :

- les cocontractants de l'industriel fondés sur une violation des dispositions contractuelles qui viseraient le respect de Reach ou plus généralement des lois et règlements en vigueur ;

- les autres participants à la procédure d'enregistrement de Reach qui établiraient une faute/négligence/imprudence commise lors de la procédure d'enregistrement (notamment non-communication de données/utilisation de données couvertes par le secret/acte de concurrence déloyale) ;

- les consommateurs finaux en cas de préjudices liés aux substances, dans le cadre du régime de droit commun de la responsabilité des produits défectueux (article 1386-1 du code civil) ;
- les salariés, fondés sur la faute inexcusable de l'employeur.

Reach permet d'établir plus facilement le caractère défectueux d'un produit ou la conscience du danger de son utilisateur, notamment du fait de l'affichage obligatoire du caractère dangereux de certains produits. Reach entraîne en conséquence un renversement de la charge de la preuve dans le cadre de la plupart des recours envisagés ci-dessus.

► Lois dites Grenelle I et II

La dernière actualité législative en matière environnementale, et plus généralement de développement durable, est relative aux lois dites Grenelle I et II, étant précisé que la loi Grenelle II a été votée le 29 juin dernier.

Pour mémoire, Grenelle I a déterminé les objectifs très ambitieux de l'Etat dans le domaine environnemental. Le projet de loi Grenelle II, souvent appelé "boîte à outils", a enregistré des reculs par rapport aux ambitions affichées, reculs justifiés par le gouvernement en raison des conséquences de la crise économique et financière actuelle. L'une des grandes nouveautés (l'article 84 du projet Grenelle II) institue un mécanisme destiné à susciter et à encadrer la prise en charge volontaire, par les sociétés mères (ou plus exactement des sociétés actionnaires), des obligations incombant à leurs filiales au titre de la loi sur la responsabilité environnementale.

Le projet exige le constat de la défaillance de la filiale dans la mise en œuvre des articles 160-1 et suivants du code de l'environnement qui visent, rappelons-le, la menace imminente de

Il convient de rappeler que les juridictions ont amorcé la reconnaissance d'un préjudice distinct des préjudices matériel et moral subis par les victimes d'une pollution.

► dommage ou le dommage avéré. Cette mesure sera-t-elle suffisante pour éviter la création et l'exploitation de filiales "poubelles" de la part de groupe plus soucieux de la rentabilité à court terme que du respect de l'environnement ? Cependant, nous pouvons être raisonnablement optimistes au vu de la prise de conscience générée par la pollution BP eu égard aux conséquences financières de celle-ci : création d'un fonds d'indemnisation de 20 Md\$ et dégradation de la notation financière de BP de AAA à BBB. Face au renforcement des obligations des entreprises en matière environnementale et au régime de responsabilité objective mis en place, quel est le rôle des assureurs ?

L'ASSURANCE EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Le rôle des assureurs est clairement affiché dès 2005 par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) qui rappelait : « *L'assurance remplit une fonction sociale de lissage des effets économiques des événements dans le temps et de réparation. Elle permet aux individus d'entreprendre. [...] La prévention, qui a toujours été au cœur du métier de l'assurance – évaluer, anticiper les risques et les gérer sur le long terme –, se développe. La couverture des risques concourt ainsi à la responsabilisation des assurés. [...] De par leur expérience de l'évaluation et de la gestion du risque, les assureurs ont la possibilité d'influencer d'autres acteurs : décourager certains projets ou activités nocives par une politique de souscription restrictive ou, au contraire, favoriser des projets positifs, la prévention des risques, et soutenir les innovations technologiques*

“ L'assureur s'inscrit totalement comme acteur du développement durable et partenaire des entreprises vertueuses. ”

(par exemple l'assurance du bris des éoliennes). »

Ainsi, l'assureur s'inscrit totalement comme acteur du développement durable et partenaire des entreprises vertueuses. Une charte, officialisée le 20 janvier 2010, a d'ailleurs formalisé les engagements des assureurs en faveur du développement durable, notamment sur la lutte contre le changement climatique, la préservation de l'environnement, la gouvernance, l'anticipation des besoins futurs liés au vieillissement de la population en matière de santé, de dépendance et de retraite ainsi que la réduction des vulnérabilités sociales.

Concernant la garantie des atteintes à l'environnement, il convient de rappeler qu'elles étaient initialement couvertes à travers les contrats responsabilité civile générale et dommages (au titre du recours des voisins et des tiers). Dès 1977, la profession a mis en place une structure de réflexion et de co-réassurance, le Garpol, remplacé par Assurpol, qui a permis de réassurer ce type de risques qui avaient été progressivement exclus des contrats responsabilité civile générale pour les installations classées.

Des contrats spécifiques responsabilité civile atteinte à l'en-

vironnement ont été mis en place par l'intermédiaire d'Assurpol. Ces derniers garantissent « *l'émission, la dispersion, le rejet ou le dépôt de toute substance solide, liquide ou gazeuse diffusée par l'atmosphère, le sol ou les eaux, la production d'odeurs, bruits, vibrations, variations de température, ondes, radiations, rayonnements, excédant la mesure des obligations ordinaires de voisinage* ».

Demeurent toutefois inassurables les pollutions "chroniques", inéluctables de l'époque contemporaine telles que les rejets et émissions occasionnés par les installations en fonctionnement normal. De même, lorsqu'elle concerne un site industriel, la garantie ne peut s'appliquer si l'installation présente des non-conformités ou des défauts connus, qui sont tels que la survenance d'un incident n'est plus aléatoire, mais rendue certaine en raison des négligences commises. Cette position est plus que louable, car elle oblige l'exploitant à une constante mise en conformité.

En sera-t-il de même, demain, pour les obligations du règlement Reach ? Comment sera assuré un exploitant qui ne le respecterait pas ? De façon plus prosaïque, toute entreprise doit se préoccuper de sa couverture de risque qui est parfois insuffisante dès lors que les contrats d'assurance classiques couvrent les pollutions accidentelles, mais ne couvrent pas d'autres risques, qui sont pourtant à la charge de l'entreprise en vertu du dispositif légal renforcé et notamment :

- les pollutions graduelles ;
- les frais de dépollution sur injonction administrative ;
- la réhabilitation ou la compensation des dommages causés aux espèces et habitats protégés, aux sols/eaux ;
- le "préjudice environnemental pur" ;
- les frais de prévention.

Pour mémoire, les principales garanties offertes par les assureurs sont notamment les suivantes :

- la garantie responsabilité civile atteinte à l'environnement ;
- la garantie des dommages environnementaux ;
- la garantie des frais de décontamination des biens mobiliers et immobiliers ;
- la garantie "frais de prévention".

Chaque entreprise se doit donc de recenser et d'évaluer les risques résultant soit de son activité présente ou future, soit d'opérations ponctuelles, et de négocier et souscrire les garanties spécifiques et adaptées. Cette réflexion doit être menée au niveau national, européen ou international en fonction de l'implantation de ses activités.

Les assureurs procéderont préalablement à des audits de risques et détermineront avec l'assuré les types de garanties nécessaires ainsi que les conditions de souscription. Ainsi, ils n'accepteront de garantir les pertes d'exploitation d'une société que si celle-ci a fait la preuve qu'elle a :

- tenté de limiter au maximum les risques de son activité ;
- entrepris des opérations de prévention et de formations de ses salariés ;
- fait toute diligence quant à la veille technique/juridique sur les produits utilisés.

L'assureur doit nécessairement participer activement à cette démarche globale de gestion du risque au côté de son assuré, notamment en le conseillant grâce au retour d'expérience des sinistres dont il bénéficie. En d'autres termes, l'assurance, loin de "déresponsabiliser" l'entreprise, l'accompagne