

Février 2017

Note APREF

Le Préjudice écologique

La réparation du préjudice écologique est une préoccupation déjà ancienne, tout comme le principe du « pollueur-payeur », qui fut développé dès les années 1920 par l'économiste libéral anglais [Arthur Cecil Pigou](#), avant d'être adopté par l'[OCDE](#) en 1972, puis repris dans l'[Acte unique européen](#) signé en [1986](#).

En Europe, il aura pourtant fallu attendre la Directive européenne n°2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la prévention et à la réparation des dommages environnementaux pour que soit instauré un nouveau régime de responsabilité fondé sur ce principe du « pollueur payeur ».

Cette Directive a été transposée en France par la loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 et son décret d'application du 23 avril 2009, qui a introduit le titre VI « Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement » dans la partie réglementaire du code de l'environnement, donnant ainsi naissance à un nouveau régime de droit administratif : la « Responsabilité Environnementale ».

A ce dispositif visant à la réparation des dommages subis par l'environnement, qui n'a jamais trouvé à s'appliquer dans l'Hexagone selon notre connaissance, viennent depuis peu s'ajouter les dispositions de la loi n° 2016-1087 « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages ». Cette loi, qui a été promulguée par le Président de la République le lundi 8 août 2016 et publiée le lendemain au journal officiel n°0184, intègre le « préjudice écologique » dans le code civil français.

Trois régimes de réparation coexistent donc désormais en France pour régler les préjudices causés par une atteinte à l'environnement :

- Un régime de droit civil, la « Responsabilité Civile Atteintes à l'Environnement » (« RCAE »), qui vise à réparer les dommages corporels, matériels et immatériels subis par les tiers à l'occasion d'une atteinte à l'environnement ;
- Un régime de droit administratif, la « Responsabilité Environnementale » (« RE »), qui intervient en dehors de tout dommage à un tiers mais vise, dans le cadre fixé par les dispositions du code de l'environnement, à réparer les dommages

« environnementaux » causés aux sols, eaux et espaces et habitats naturels protégés dont un « exploitant » serait à l'origine du fait de son activité ;

- Un régime de droit civil relatif au « préjudice écologique » qui, tout comme le régime de droit administratif de Responsabilité Environnementale, vise l'indemnisation d'un dommage causé non pas à des tiers, mais à l'environnement lui-même.

Deux dispositifs distincts et susceptibles d'interagir, l'un administratif, inscrit dans le code de l'environnement (article L.160-1 et suivants), et l'autre civil, inscrit dans le code civil (article 1246 et suivants) permettent donc désormais de prévenir et de réparer les dommages causés à l'environnement, et cela selon le même principe du « pollueur-payeur », ce qui n'est pas sans poser de nombreux défis.

Après avoir rappelé les actions menées par la FFA et l'Apref auprès des pouvoirs publics lors des débats parlementaires de 2016 afin que le texte définitif de la loi propose des mesures compatibles avec l'assurabilité du risque, la présente note proposera un inventaire des principales dispositions finalement adoptées, puis évoquera les possibles effets de ces dispositions sur les contrats d'assurance ainsi que les questions à se poser en matière de réassurance.

I. Rappel des actions menées par la profession

Dans le courant de l'année 2016, la FFA et l'APREF sont intervenues conjointement dans les débats animés sur le projet de loi relatif à la biodiversité.

La FFA a déposé quatre amendements afin d'obtenir :

- Une articulation claire et précise entre le régime de la Responsabilité Environnementale sur la base du droit administratif et celui de la responsabilité civile pour « préjudice écologique » afin qu'une action en responsabilité civile soit irrecevable si une action est déjà engagée au titre de la Responsabilité Environnementale ;
- La non-rétroactivité de la nouvelle loi, pour que le régime ne soit pas applicable aux dommages survenus antérieurement à son entrée en vigueur ;
- La limitation des personnes ayant qualité à agir pour demander réparation du « préjudice écologique », en supprimant la mention « toute personne ayant qualité et intérêt à agir » afin de limiter le risque de cumul d'actions en réparation d'un même préjudice auprès des tribunaux, susceptible de retarder la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation, mais aussi de créer un cumul de réclamations auprès des assureurs et réassureurs ;
- L'exonération de responsabilité pour des dommages résultant d'activités spécifiquement visées par des conventions internationales, notamment en matière de nucléaire et de pollution par hydrocarbure.

L'APREF est intervenue en soutien de la FFA et a déposé deux amendements supplémentaires visant,

- l'un à préciser la définition du « préjudice écologique » en remplaçant la mention d'« atteinte non négligeable » par « atteinte grave et durable » ;
- le second à réduire le délai de prescription qui, dans les premières versions du projet de loi, était de 30 ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice, assorti d'un délai butoir de 50 ans à compter du fait générateur du dommage.

Comme le montre la suite de l'exposé, les parlementaires ont considéré que l'articulation entre les deux régimes de responsabilité existait de fait, mais ils ont néanmoins réaffirmé le principe selon lequel un même préjudice ne saurait être réparé deux fois. En outre, le délai de prescription a clairement été modifié dans un sens favorable à la profession.

II. Les principales dispositions de la loi n° 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

L'article 4 de la loi¹ insère dans le code civil, après le sous-titre II du titre III du livre III, un nouveau chapitre III intitulé « La réparation du préjudice écologique » et composé des articles 1246 et suivants. Les interactions possibles de ce texte avec les contrats d'assurance sont issues des dispositions suivantes :

Responsabilité :

Le nouvel article 1246 du code civil dispose que « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer. »

- ⇒ Le terme « toute personne » inclut aussi bien des personnes physiques que morales, quel que soit le contexte dans lequel elles agissent. Cette notion est beaucoup plus large que celle du responsable au titre de la Responsabilité Environnementale régie par le code de l'environnement, qui vise uniquement l'« exploitant » ;
- ⇒ La réparation du préjudice écologique n'incombe pas uniquement à la personne qui l'a causé, comme cela avait été prévu dans les premières étapes du projet de loi, mais à la personne qui en est responsable, ce qui de facto introduit une responsabilité du fait d'autrui en application de l'article 1242 du code civil (ex-article 1384) : responsabilité des parents du fait de leurs enfants, du commettant vis-à-vis de ses préposés, des enseignants du fait de leurs élèves, etc.

Définition :

L'article 1247 définit le préjudice écologique comme « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. »

- ⇒ La notion « d'atteinte non négligeable », qui confie au juge la libre appréciation de ce qui distinguera une atteinte négligeable d'une atteinte non négligeable, est tirée de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 mars 2010 rendu dans l'affaire dite de l'« Erika » et confirmé par la Cour de cassation le 25 septembre 2012. Elle a été préférée à la notion de « dommage anormal » avancée par le Sénat, et à la notion de gravité prévue par le code de l'environnement. Cette définition est par ailleurs beaucoup plus large que celle de l'article L 160-1 du code de l'environnement qui précise de manière détaillée les différents types d'atteintes à l'environnement susceptibles d'entraîner la Responsabilité Environnementale.

Personnes habilitées à agir :

L'article 1248 ouvre très largement les actions en réparation

- à toute personne ayant qualité et intérêt à agir,
- à l'État,
- à l'Agence française pour la biodiversité,
- aux collectivités territoriales et à leurs groupements,
- ainsi qu'aux associations agréées ou créées depuis au moins 5 ans, et qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement.

- ⇒ Notons ici qu'en l'absence de précision sur les conditions conférant à une personne « qualité et intérêt à agir », il appartiendra au juge de décider de la recevabilité de l'action.

Modalités de réparation :

L'article 1249 dispose : « La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature. En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat. »

- ⇒ Le préjudice écologique peut donc faire l'objet non seulement de mesures de réparation en nature mais également de dommages et intérêts.

Intégration des mesures de prévention dans le montant du préjudice :

Selon l'article 1251 du code civil, « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable. »

L'article 1252 dispose en outre qu'« Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à

l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage. "

- ⇒ Le montant du préjudice réparable n'est donc pas limité aux dépenses engagées par le demandeur pour réparer le préjudice écologique ; il peut aussi intégrer le coût des mesures visant à prévenir ce préjudice ou à en limiter les conséquences ainsi que d'éventuelles mesures prescrites par le juge en vue de prévenir ou de faire cesser le dommage.

Délai de prescription propre aux actions en réparation au titre du préjudice écologique

Après l'article 2226 du code civil est inséré un article 2226-1 qui dispose : « L'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique réparable en application du chapitre III du sous-titre II du titre III du présent livre se prescrit par dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique. »

L'article L152-1 du code de l'environnement, qui prévoyait un délai de 30 ans à compter du fait générateur pour les actions en réparation au titre de la responsabilité environnementale au sens de la loi de 2008, est modifié de la même façon.

- ⇒ Le nouveau délai de 10 ans est considérablement raccourci par rapport au délai de trente ans avec un délai butoir de cinquante ans après le fait générateur qui figurait dans le texte adopté en deuxième lecture à l'Assemblée nationale.
- ⇒ Son point de départ est cependant flottant puisqu'il démarre « à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique » et la notion de « délai butoir », selon laquelle la prescription intervient après un certain délai calculé à partir du fait générateur, a été supprimée.

Application de la loi dans le temps

L'article 4 de la loi n°2016-1087 prévoit que « les articles 1386-19 à 1386-25 (devenus les articles 1246 et suivants selon la version du code civil en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016) et 2226-1 sont applicables à la réparation des préjudices dont le fait générateur est antérieur à la publication de la présente loi. Ils ne sont pas applicables aux préjudices ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication. »

Absence de règles d'articulation entre le préjudice écologique et la Responsabilité Environnementale

Considérant qu'un même préjudice ne saurait être réparé deux fois, les parlementaires ont fait le choix de supprimer l'articulation qui avait été introduite par l'Assemblée nationale entre le régime de la responsabilité civile pour « préjudice écologique » (articles 1246 et suivants du code civil), d'une part, et la Responsabilité

Environnementale (articles L. 160-1 et suivants du code de l'environnement), d'autre part.

Le 3^e alinéa de l'article 1249 du code civil prévoit néanmoins que « L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre Ier du code de l'environnement. »

III. Impact sur les contrats d'assurance existants

En vertu de l'article 4 de la loi n°2016-1087, « les articles 1246 à 1252 et 2226-1 du code civil sont applicables à la réparation des préjudices dont le fait générateur est antérieur à la publication de la loi, pour autant que ces préjudices n'aient pas fait l'objet d'une action en justice introduite avant cette publication. »

Cette nouvelle loi est donc susceptible d'impacter aussi bien les nouveaux contrats, dont la garantie est déclenchée par la réclamation, que ceux antérieurs à son entrée en vigueur, dont la garantie est susceptible d'être déclenchée par la survenance du dommage.

La palette des contrats exposés est en outre extrêmement large car, contrairement à la Responsabilité Environnementale, qui vise spécifiquement les « exploitants », la responsabilité pour « préjudice écologique » pèse sur « toute personne » (article 1246 du code civil), aussi bien morale que physique, et pourra ainsi impacter tous les contrats IARD, à savoir :

- Les contrats environnement qui couvrent déjà le préjudice écologique au titre de la jurisprudence « Erika »,

mais aussi :

- Les contrats MRH des particuliers ;
- Les contrats RC automobile ;
- Les contrats RCG des entreprises ou multirisques ;
- Les contrats agricoles ;
- Les contrats des collectivités territoriales
- Les contrats D&O.

Le « préjudice écologique » pouvant être occasionné par une activité, par un produit ou à l'occasion d'une prestation, il est susceptible d'impacter les garanties

- RC Exploitation ;
- RC Après Travaux ;
- RC Produits ;
- RC Professionnelle.

Les possibilités, pour les assureurs, de s'exonérer de leur garantie en cas de mise en cause de leur(s) assuré(s) semblent pour le moins incertaines :

Dans le cas de contrats stipulant que leur objet est de couvrir « *les conséquences pécuniaires de la RC pouvant incomber à l'assuré du fait des activités (...) en raison des dommages corporels, matériels, et immatériels causés aux tiers (...)* », et définissant expressément le « tiers » comme « *Toute personne autre que l'assuré* », il pourrait en principe être soutenu que les « *éléments ou fonctions des écosystèmes ou les bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* » définissant le « préjudice écologique » ne constituent pas une personne ayant qualité de « tiers » au sens de ce contrat de RCG.

Un tel refus de garantie présenterait cependant un risque de contentieux important et serait exposé à un éventuel revirement de jurisprudence, des voix s'élevant déjà pour considérer que la nature pourrait être assimilée à une personne. Des comparaisons en ce sens existent d'ailleurs déjà : un projet de nomenclature s'inspire en effet directement de la nomenclature Dintilhac utilisée pour estimer les coûts de réparation des préjudices corporels, et c'est aussi par référence à la réparation du dommage corporel que les parlementaires ont retiré de l'article 2226-1 relatif à la prescription la notion de délai butoir à compter du fait générateur, qui figurait dans le projet de loi.

Il semble en outre que la mention expresse de « personne » pour définir le tiers ne figure pas toujours de façon systématique dans les contrats.

Quant à soutenir que la nature n'est pas un tiers au sens du contrat, cette position paraît tout aussi fragile face à des dispositions introduites dans le code civil, dont l'essence même est la réparation des dommages aux tiers.

Elle serait par ailleurs encore plus difficile à tenir dans le cas de contrats délivrant une garantie résiduelle Responsabilité Civile Atteintes à l'Environnement (RCAE).

Une autre voie d'exonération consisterait à invoquer, pour refuser la mise en jeu du contrat de RCG, l'exclusion de la Responsabilité Environnementale ou des dommages causés à la biodiversité, définis comme les « dommages subis par les éléments naturels tels que l'air, l'eau, le sol, la faune, la flore, dont l'usage est commun à tous ainsi que les préjudices d'ordre esthétique ou d'agrément qui s'y rattachent ».

Il s'avère toutefois que, là encore, cette exclusion ne figure pas systématiquement dans les contrats d'assurance de RCG. Dans certains cas, elle n'est que partielle et vise la garantie Avant Livraison, ce qui signifie qu'à contrario, le « préjudice écologique » est susceptible d'être garanti au titre du contrat de RCG en Après Livraison.

Enfin, cette exclusion ne recouvre pas la totalité du périmètre du préjudice écologique défini par l'article 1247, *qui vise les* « éléments » ou « les fonctions des écosystèmes » ou les « bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

Dans l'ensemble, il peut donc être considéré que la plupart des contrats de responsabilité civile sont exposés au risque de mise en cause pour « préjudice écologique » sur le fondement de la loi de 2016 sur la biodiversité.

IV. Vers une adaptation des contrats futurs

La garantie en matière de pollution peut faire l'objet de contrats spécifiques, notamment lorsqu'il s'agit de couvrir des entreprises présentant un risque environnemental élevé, ou être proposée, en général sous certaines conditions, dans les contrats de RCG.

Le nouveau régime de responsabilité pour « préjudice écologique » devrait conduire les assureurs à revoir le périmètre et l'articulation de ces différents contrats pour tenir compte :

- du nouveau type de « préjudice écologique » prévu par l'article 1247 « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », qui diffère des libellés existants visant le régime administratif de la Responsabilité Environnementale. Il s'agira ici de déterminer clairement et sans ambiguïté si ce type de dommage est garanti et, dans l'affirmative, si des exclusions de garantie doivent être prévues pour certains dommages considérés comme inassurables, comme par exemple les dommages causés à l'air ou à l'atmosphère ;
- de l'articulation de la garantie du « préjudice écologique » entre les contrats de RCG et ceux dédiés à la couverture des risques de pollution, lorsque ceux-ci ont été souscrits, étant donné que les polices spécifiques « Pollution » ne couvrent en général pas les dommages en Responsabilité Civile Produits / Après-Livraison, qui entrent cependant dans le périmètre de l'article 4 de la loi de 2016.
- des sous-limitations éventuelles du montant de la garantie prévue pour le « préjudice écologique ».

V. Quid de la réassurance ?

Les traités de réassurance de RCG prévoient généralement des dispositions visant à sortir de leur champ d'application les pollutions graduelles et les expositions particulièrement importantes, au motif que celles-ci requièrent un traitement plus spécifique.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'évaluer les effets induits par l'introduction du régime de responsabilité pour « préjudice écologique » dans le code civil sur le périmètre d'intervention de ces traités.

En particulier, il est important de retenir que :

- Les dommages visés par la responsabilité civile pour « préjudice écologique » sont beaucoup plus larges que ce qui est visé par les définitions de « l'atteinte à l'environnement » figurant typiquement dans les traités de réassurance ;
- La responsabilité civile pour « préjudice écologique » va bien au-delà des expositions visées par la Responsabilité Environnementale sur base de droit administratif, issue de la Directive européenne n°2004/35/CE du 21 avril 2004 transposée le code de l'environnement ⁱⁱ. Notamment, la responsabilité civile pour « préjudice écologique » ne prévoit aucune exonération pour des pollutions causées par des expositions spécifiques (par exemple d'origine nucléaire) ou des activités polluantes mais exercées dans le respect des normes en vigueur au moment où la pollution a été causée (risque de développement).
- La responsabilité civile pour « préjudice écologique » diffère également de la Responsabilité Civile Atteintes à l'Environnement (RCAE) du fait qu'elle ne vise pas les dommages causés aux tiers, mais des dommages causés à l'environnement lui-même. Tout comme la RCAE, elle peut être engagée pour des atteintes à l'environnement d'origine accidentelle et graduelle. Par conséquent, il s'agit de déterminer si les dispositions prévues dans les traités pour la RCAE, notamment en ce qui concerne les pollutions d'origine graduelle, sont susceptibles de s'appliquer aussi à la responsabilité pour « préjudice écologique », et de revoir la rédaction des clauses si celles-ci s'avèrent sujettes à interprétations.

Il semble donc opportun que les réassureurs étudient attentivement la portée des dispositions présentes dans les traités de leur portefeuille et qu'assureurs et réassureurs engagent des discussions bilatérales en vue de définir leurs objectifs et leurs besoins en matière de protection de la responsabilité civile pour « préjudice écologique ».

ⁱ Extrait du Journal Officiel n°184 du 9 août 2016

Article 4

I. - Le livre III du code civil est ainsi modifié :

1o Après le titre IV *bis*, il est inséré un titre IV *ter* ainsi rédigé : « **TITRE IV TER « DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE**

« *Art. 1386-19.* – Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.

« *Art. 1386-20.* – Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.

« *Art. 1386-21.* – L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement.

« *Art. 1386-22.* – La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature. « En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat. « L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre Ier du code de l'environnement.

« *Art. 1386-23.* – En cas d'astreinte, celle-ci est liquidée par le juge au profit du demandeur, qui l'affecte à la réparation de l'environnement ou, si le demandeur ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, au profit de l'Etat, qui l'affecte à cette même fin. « Le juge se réserve le pouvoir de la liquider.

« *Art. 1386-24.* – Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable.

« *Art. 1386-25.* – Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1386-21, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage. » ;

2o Après l'article 2226, il est inséré un article 2226-1 ainsi rédigé :

« *Art. 2226-1.* – L'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique réparable en application du titre IV *ter* du présent livre se prescrit par dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique. » ; 3o Au second alinéa de l'article 2232, après la référence : « 2226 », est insérée la référence : « 2226-1 ».

II. - Le livre Ier du code de l'environnement est ainsi modifié :

1o Après les mots : « prescrivent par », la fin de l'article L. 152-1 est ainsi rédigée : « dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du dommage. » ;

2o Le chapitre IV du titre VI est complété par un article L. 164-2 ainsi rédigé :

« *Art. L. 164-2.* – Les mesures de réparation prises en application du présent titre tiennent compte de celles intervenues, le cas échéant, en application du titre IV *ter* du livre III du code civil. »

III. - Les articles 1386-19 à 1386-25 et 2226-1 du code civil sont applicables à la réparation des préjudices dont le fait générateur est antérieur à la publication de la présente loi. Ils ne sont pas applicables aux préjudices ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication.

-
- IV. - A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le titre IV ter du livre III du code civil est abrogé.
- V. – Les I à IV du présent article sont applicables dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

9 août 2016 [JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE](#) Texte 2 sur 86

Nb : Ces article ont été renumérotés dans le contexte de la réforme du droit des contrats : il s'agit désormais des articles 1246 et suivants du code civil.

ⁱⁱ Pour plus de détail sur ce sujet, se reporter à la note Apref « préjudice écologique et impacts en réassurance » d'août 2013.