



Chapitre d'actes

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'assurance des risques environnementaux

Brulhart, Vincent

How to cite

BRULHART, Vincent. L'assurance des risques environnementaux. In: Environnement et responsabilité. Chappuis, Christine (Ed.). Genève. Genève : Schulthess éditions romandes, 2021. p. 163–179. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160130>

L'assurance des risques environnementaux

Vincent Brulhart¹

Table des matières

I. Introduction.....	164
II. Le risque.....	164
III. L'assurabilité du risque environnemental	165
A. La pollution environnementale – évaluation du risque et assurabilité.....	165
1. Impact de la réglementation	165
2. La probabilité de survenance.....	166
3. Aléa et aléa moral	167
4. Diversification.....	168
5. Coût de l'assurance	168
B. Les catastrophes naturelles.....	168
IV. Quelques caractéristiques des couvertures existantes	169
A. Assurance de la responsabilité civile d'entreprise (RCE).....	169
1. Le principe.....	169
2. Les obligations de l'assuré	171
3. La violation des obligations contractuelles	171
4. L'étendue de la couverture d'assurance	174
B. Assurance de la responsabilité du maître d'ouvrage (RCMO)	174
1. Le principe.....	174
2. La validité temporelle.....	175
C. <i>All risks</i>	175
D. Le moment de la survenance du sinistre	175
E. Les frais de sauvetage.....	176
V. Perspectives.....	176
VI. Bibliographie	178

¹ Professeur aux Facultés de droit des Universités de Lausanne et de Genève, avocat à Lausanne. Je remercie M. JÉRÔME LORENZ, assistant-diplômé et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pour son soutien efficace dans la mise au point de ce texte.

I. Introduction

L'affirmation se vérifie une nouvelle fois : si l'assurance ne fait pas l'essence des phénomènes de l'existence, elle les accompagne tous. On a souligné à maintes reprises le lien étroit, considéré d'un point de vue historique et économique, entre l'assurance et les expéditions maritimes de jadis. D'aucuns ont rappelé le rôle de l'assurance dans l'émergence du capitalisme des sociétés occidentales et le fait que l'institution a soutenu voire permis la révolution industrielle², avant d'escorter toutes les révolutions sociales et techniques du 20^e siècle³.

Aussi, de façon somme toute très naturelle, l'assurance est-elle devenue aujourd'hui un thème de discussion dans le contexte de l'évolution des technologies de communication⁴, de l'évolution numérique (cyber-assurance⁵) ou encore de celui des évolutions climatiques et environnementales, dans la mesure où ces dernières sont le témoin de transformations sociales majeures ; l'assurance ne pouvait y rester indifférente.

Il sera précisément question, dans la présente contribution, des relations entre l'assurance et l'environnement. À cet égard, nous adopterons le point de vue de l'assureur qui envisage la souscription d'un risque. Il s'agira donc, tout d'abord, d'identifier ce risque (II), puis de vérifier son assurabilité à lumière des principes (actuariels) traditionnels (III). Nous examinerons ensuite quelques caractéristiques des couvertures existant sur le marché (IV), avant quelques perspectives en guise de conclusion (V).

II. Le risque

En matière d'assurance, on a coutume de distinguer entre le risque et l'objet du risque. Le risque, c'est la menace qui guette, tandis que l'objet du risque représente le bien juridique sur lequel ce risque est susceptible de se réaliser⁶.

Appliquée au domaine de l'environnement, cette distinction conduit à considérer que le risque (la menace) prend la forme d'une pollution environnementale ou d'une catastrophe naturelle, tandis que l'environnement, au sens large, constituerait l'objet du risque.

Selon une définition proposée par l'OCDE, on entend par pollution environnementale les risques associés aux activités industrielles et commerciales susceptibles d'entraîner des effets néfastes pour l'environnement, de provoquer des problèmes de

² Cf. p. ex. HALPÉRIN, pp. 137-138.

³ Cf. p. ex. BRULHART, *Petite histoire de l'assurance*, pp. 65-66.

⁴ Sur la 5G, par exemple, BRULHART, *Déploiement de la 5G*, p. 853.

⁵ Sur ces questions, cf. p. ex. DE WERRA/BENHAMOU, Jusletter du 24 août 2020.

⁶ Cf. BRULHART, *DAP*, p. 298 N 551.

santé pour les individus, d'endommager des biens, de contaminer des ressources naturelles et d'affecter la biodiversité⁷.

D'un point de vue juridique et sous l'angle de l'assurance, la pollution environnementale, c'est le risque de devoir assumer la responsabilité juridique pour les conséquences de phénomènes de pollution environnementale. La formule est d'une trompeuse simplicité, tant il est vrai qu'elle est à l'origine de nombreuses questions *et* sur la responsabilité *et* sur le dommage.

Quant à elles, les catastrophes naturelles sont associées aux risques de survenance de phénomènes susceptibles de causer des dommages de grande ampleur, lesquels, ainsi considérés, exercent un impact majeur sur l'assurabilité. Toute pollution n'est pas à l'origine d'une catastrophe naturelle, mais toute pollution de grande ampleur constitue une catastrophe naturelle.

III. L'assurabilité du risque environnemental

Nous débuterons avec la pollution environnementale, puis nous verrons ce qu'il en est de l'assurabilité des risques de catastrophe.

A. La pollution environnementale – évaluation du risque et assurabilité

L'assurabilité d'un risque s'examine avant tout à la lumière de critères actuariels, même s'il est vrai que des considérations politiques et commerciales jouent parfois un certain rôle également. Quant à eux, les critères actuariels prennent appui sur diverses considérations qui dépendent de la nature des risques en cause. Lorsqu'il est question d'un risque de responsabilité, il est bien évident que la réglementation qui institue les chefs de responsabilité figure au nombre des éléments d'appréciation.

D'une façon générale, en matière environnementale, on peut retenir, parmi d'autres facteurs d'évaluation, celui de la réglementation applicable (laquelle détermine *qui* supporte *quelles* conséquences à la suite d'une pollution), la probabilité de survenance, la question de l'aléa et de l'aléa moral, le problème de la diversification et celui du coût de l'assurance pour l'assuré.

1. Impact de la réglementation

En soi, la réglementation qui fixe les conséquences de pollution peut obéir à deux conceptions : elle peut prévoir *a priori* des normes de comportement ainsi que les sanctions qui sont attachées à la violation le cas échéant, mais elle peut tabler aussi sur des règles de responsabilité *a posteriori*.

⁷ Cf. p. ex. OCDE, p. 8.

Le premier modèle (réglementation *a priori*) présente l'avantage de la prévisibilité, ce qui facilite considérablement la tâche de l'assureur qui procède à l'évaluation du risque. L'opération est plus notablement ardue lorsque la réglementation prévoit un régime de responsabilité *a posteriori*, mais cela ne rend pas le risque inassurable pour autant. Par ailleurs, les assureurs ne craignent pas de garantir la responsabilité objective, même s'ils observent que les régimes de responsabilité *a posteriori* n'ont pas le même caractère incitatif que les injonctions administratives *a priori*, et qu'ils sont souvent d'une grande complexité dans la mesure, notamment, où ils prévoient de multiples responsabilités, assorties de mécanismes de solidarité qui sont à l'origine de multiples incertitudes sur les obligations qui en résultent pour les divers protagonistes impliqués dans une pollution environnementale. La question se pose également de savoir comment il faut envisager le dommage (critères de la biodiversité)⁸.

Le plus souvent, l'évaluation du risque prend appui sur les conceptions traditionnelles de perturbateur par comportement ou par situation telles qu'elles découlent d'une jurisprudence bien établie en droit administratif⁹.

2. La probabilité de survenance

En application des principes actuariels, évaluer la probabilité de survenance, c'est estimer (1) la fréquence des sinistres et (2) l'ampleur des possibles conséquences. Les deux facteurs sont susceptibles d'influencer la charge de l'assureur ; dans certains cas, ils se cumulent. Il est des sinistres dont la probabilité de survenance est faible, mais dont les conséquences peuvent être considérables ; il est des sinistres dont la probabilité de survenance est élevée, ou qui sont susceptibles de se répéter souvent, mais dont les conséquences, prises individuellement, sont de moindre importance (une grêle qui frappe une région) ; enfin, il est des sinistres dont les conséquences peuvent être graves et dont la probabilité de survenance est élevée.

L'évaluation de la probabilité se fait avant tout sur la base des expériences passées. Autrement dit, les assureurs doivent disposer d'un historique dont ils déduiront des conclusions sur la probabilité de répétition. L'historique se traduit par des statistiques, nécessaires à la mise en œuvre de la loi des grands nombres.

Il est des risques qui font l'objet d'un examen de longue date et pour lesquels il existe un historique étendu. Il en est d'autres pour lesquels les données historiques sont peu importantes. Cela peut concerner les risques qui n'ont pas fait l'objet d'observations particulières, des risques apparus récemment ou encore émergeant. Or en matière d'environnement, les données historiques sont encore très incomplètes. D'une part, l'observation est récente. D'autre part, les effets à long terme des atteintes à l'environnement sont encore peu connus et affectés par conséquent d'un caractère d'incertitude élevé, une incertitude qui est aussi la résultante des régimes de

⁸ Cf. p. ex. OCDE, pp. 36-37.

⁹ Cf. *infra* IV/A/1.

responsabilité et de prescription applicables aux réclamations qui visent la réparation des dommages¹⁰.

Il est à noter, de surcroît, que les pollutions constituent souvent des phénomènes *graduels* avec un effet de latence. Cela pose notamment la question du rattachement du sinistre dans le temps. De ce point de vue, les mécanismes de couverture traditionnels peuvent se révéler inadaptés. Considérer par exemple que le sinistre est survenu au moment de la survenance de la cause initiale du dommage peut se révéler inapproprié lorsque l'on est en face d'un événement progressif. Il peut être également problématique de chercher à relier le sinistre au moment de l'apparition du dommage, tant il est vrai qu'en matière environnementale la question de savoir si un dommage est survenu peut dépendre des caractéristiques du milieu considéré, ainsi que de possibles effets de seuil (par exemple la concentration admissible d'une substance dangereuse).

Enfin, l'incertitude découle également de la méconnaissance d'effets potentiellement néfastes liés à la mise en œuvre de nouvelles technologies et substances.

C'est sans doute aussi pour ces raisons que les assureurs, souvent, subordonnent la couverture des dommages à l'environnement à la survenance d'un événement soudain et imprévisible, ce qui a pour effet de limiter notablement l'étendue du risque assuré¹¹.

3. Aléa et aléa moral

Le caractère d'incertitude rappelé plus haut peut être également à l'origine d'un problème d'antisélection. Le manque de données historiques et objectives peut contribuer à favoriser un déséquilibre entre l'information dont dispose l'assureur et celle dont peut se prévaloir l'assuré. Les exploitants d'installations à l'origine d'un risque élevé pour l'environnement pourraient être tentés de voir dans l'assurance un moyen leur permettant de poursuivre l'activité, laquelle deviendrait en quelque sorte autorisée au travers du paiement d'une prime d'assurance visant à couvrir les conséquences dommageables qui pourraient en découler. Cet aspect doit être soigneusement pris en compte au moment de la souscription du risque ; il convient en particulier de veiller à ce que l'assuré ne tire pas parti de la méconnaissance de l'assureur relative à la situation réelle ; il convient de veiller aussi à ce que les conditions de la garantie ne favorisent pas des comportements socialement indésirables ou, à tout le moins, ne soient pas à l'origine d'une attitude indifférente face à la survenance du risque¹². En tout état de cause, une garantie d'assurance ne saurait couvrir des événements dont la survenance revêt un caractère prévisible ou qui dépend de la volonté de l'assuré.

¹⁰ Cf. p. ex. OCDE, pp. 41-42.

¹¹ Cf. infra IV/A/4.

¹² Sur l'aléa moral, cf. p. ex. OCDE, p. 18.

4. Diversification

Il s'agit là d'un principe cardinal de la mutualisation qui signifie que les risques doivent survenir autant que possible de manière isolée dans le temps et l'espace. Autrement dit, les risques ne doivent pas être corrélés entre eux, ce qui permet d'éviter le cumul excessif dans un portefeuille, ainsi que la dépendance à l'égard d'un risque particulier (p. ex. lié à une zone géographique)¹³.

5. Coût de l'assurance

Il faut que l'évaluation du risque permette de déterminer le calcul d'une prime, d'une part. D'autre part, il faut encore que cette prime soit supportable pour l'individu assuré ; sa contribution doit être proportionnelle à ses moyens ; à défaut manque simplement l'intérêt à l'assurance.

B. Les catastrophes naturelles

Le Code français des assurances définit les catastrophes naturelles ainsi :

*« Les dommages matériels directs **non assurables** ayant eu pour cause déterminante l'intensité anormale d'un agent naturel lorsque les mesures habituelles à prendre pour prévenir ces dommages n'ont pu empêcher leur survenance ou n'ont pu être prises »*¹⁴.

Il est intéressant de noter que, selon cette définition, la catastrophe naturelle se caractérise en particulier par son caractère inassurable.

De fait, il est vrai que les catastrophes naturelles ne peuvent être appréhendées au travers des critères actuariels traditionnels.

En premier lieu, la prévisibilité est d'évaluation difficile, autant en termes de fréquence, qu'en termes de conséquences dommageables (ampleur du préjudice).

Ensuite, la condition de la diversification pose des problèmes ardues dans la mesure où les risques sont habituellement corrélés dans le temps et l'espace. Par ailleurs, on assiste fréquemment à un cumul de revendications. Enfin, il y a souvent un décalage temporel important entre le moment où survient la cause de l'événement et celui de ses conséquences dommageables.

Ces caractéristiques font des catastrophes naturelles des événements difficilement assurables au moyen des mécanismes traditionnels. Le recours à la solidarité et/ou à l'aide de l'État s'avère le plus souvent nécessaire, sinon indispensable¹⁵. À noter que la garantie de tels risques peut également intervenir par le recours aux marchés des

¹³ Cf. BRULHART/LORENZ, Risques inassurables, à paraître.

¹⁴ Cf. art. L. 125-1 al. 3 du Code français des assurances.

¹⁵ Cf. p. ex. la couverture des dommages naturels telle qu'elle est prévue par les art. 171ss OS ; le mécanisme repose sur une forme de solidarité entre les régions qui présentent un risque élevé et celles qui sont moins directement affectées ; de surcroît, le régime prévoit une limitation de garantie.

capitaux, faisant appel alors à des mécanismes de titrisation, parfois à caractère spéculatif (transfert dit « alternatif » de risque)¹⁶ qui permettent d'augmenter les capacités de souscription des assureurs et des réassureurs.

IV. Quelques caractéristiques des couvertures existantes

L'assurance vise, le plus souvent, à couvrir la responsabilité de l'assuré pour des dommages à l'environnement. Mais il peut s'agir également de couvrir des dommages à ses propres biens.

De fait, le rattachement de la couverture d'assurance pour les dommages à l'environnement peut intervenir sur la base d'une assurance responsabilité civile d'entreprise (RCE), d'une assurance du maître de l'ouvrage en lien avec un projet de construction (RCMO) ou d'une assurance « *all risks* » ; nous nous proposons de présenter, sommairement, quelques traits communs à ces dernières. À noter par ailleurs que l'on trouve également des garanties couvrant le risque de dommage à l'environnement dans des assurances transport ou des assurances spécifiques, par exemple visant à couvrir les risques liés à l'exploitation de décharges ; ces garanties sont susceptibles de varier beaucoup de l'une à l'autre, raison pour laquelle nous renonçons à les commenter ici de manière détaillée.

A. Assurance de la responsabilité civile d'entreprise (RCE)

1. Le principe

En règle générale, ce type d'assurance couvre les dommages corporels et les dégâts matériels en rapport avec une atteinte à l'environnement à la condition qu'ils soient la conséquence d'un événement *unique, soudain et imprévu* et nécessitant des mesures immédiates, telles que l'annonce aux autorités compétentes, l'alarme à la population, la mise en place de mesures de prévention du sinistre ou de mesures de réduction du dommage¹⁷.

Selon une jurisprudence bien établie, la responsabilité assurée pour les dommages à l'environnement découle, en droit administratif, des conceptions traditionnelles de perturbateur par comportement ou par situation.

¹⁶ C'est ainsi que nombre de grands assureurs et de réassureurs proposent différents moyens de placement sur le marché des capitaux plus ou moins directement corrélés à la survenance de catastrophes naturelles (« *Cat Bond* »). Sur les discussions en cours dans le domaine des risques de pandémie, cf. p. ex. ASSOCIATION SUISSE D'ASSURANCE (ASA/SVV), *Les limites de l'assurabilité du risque Pandémie*, article du 10 novembre 2020. p. « <https://www.svv.ch/fr/les-limites-de-l'assurabilite-du-risque-pandemie> » (consulté le 16 février 2021). Sur un possible ou un nécessaire partenariat privé/public, cf. aussi ASA/SVV, *Répartir les risques majeurs sur plusieurs épaules*, vidéo du 10 février 2021, p. « <https://www.svv.ch/fr/secteur/role-economique/repartir-les-risques-majeurs-sur-plusieurs-epaules> » (consulté le 16 février 2021).

¹⁷ Cf. p. ex. VAUDOISE ASSURANCE, *Assurance responsabilité civile d'entreprise - Industrie, artisanat et commerce*, Conditions générales du 1^{er} novembre 2006, N A6 /lit. b (Atteintes à l'environnement).

Est qualifié de *perturbateur par comportement*, celui qui, par son comportement propre ou celui de personnes dont il est responsable, viole une prescription de police ou, plus largement, crée un risque ou provoque un trouble contrairement à l'ordre juridique. Le perturbateur par comportement peut intervenir par acte ou par omission, dans ce dernier cas à la condition qu'il y ait une obligation d'agir ; il n'est pas nécessaire qu'une faute ait été commise. Le *perturbateur par situation* dispose d'une chose qui est elle-même source de danger ou a elle-même été cause d'un dommage, peu importe que le fait se produise par accident, du fait d'un tiers ou par suite d'un événement naturel. La relation peut être immédiate (par exemple lorsqu'il s'agit d'un site pollué) ou médiate. En cas de trouble, l'autorité doit prendre des mesures en vue de rétablir l'ordre. *In fine*, c'est bien le perturbateur qui devra en supporter les coûts¹⁸.

La législation sur la protection de l'environnement reprend ces principes généraux en instituant (1) une obligation d'assainissement des sites pollués¹⁹ à charge des cantons (art. 32 lit. c al. 1 LPE) et (2) un principe de causalité aux termes duquel *celui qui est à l'origine de l'assainissement en assume les frais* (art. 32 lit. d et art. 2 LPE, principe du pollueur-payeur).

La notion de « personne à l'origine de l'assainissement » au sens de l'art. 32 lit. d LPE a fait l'objet d'un avis de droit déjà ancien (2002). Pour l'essentiel, cet avis avait démontré que le cercle des personnes à l'origine de l'assainissement doit être déterminé en se référant à la notion de « perturbateur » au sens du droit administratif. Est donc à l'origine de l'assainissement au sens de la disposition citée, toute personne qui doit répondre de la formation du site contaminé ; cela concerne toute personne qui a causé directement la pollution du site contrairement au droit de police, soit par son comportement, soit par des choses dont elle pouvait disposer. Autrement dit, la notion de personne à l'origine de l'assainissement vise tous les perturbateurs par comportement et par situation qui sont potentiellement tenus de prendre des mesures matérielles²⁰.

¹⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 831.

¹⁹ Pour des définitions, cf. art. 2 de l'Ordonnance sur l'assainissement des sites pollués du 1er mai 2017 (= OSites ; RS 814.680) :

¹ On entend par sites pollués les emplacements d'une étendue limitée pollués par des déchets. Ces sites comprennent :

- a. les sites de stockage définitifs : décharges désaffectées ou encore exploitées et tout autre lieu de stockage définitif de déchets ; sont exclus les sites dans lesquels sont déposés exclusivement des matériaux d'excavation et des déblais non pollués ;
- b. les aires d'exploitations : sites pollués par des installations ou des exploitations désaffectées ou encore exploitées dans lesquelles ont été utilisées des substances dangereuses pour l'environnement ;
- c. les lieux d'accident : sites pollués à la suite d'événements extraordinaires, pannes d'exploitation y comprises.

² Les sites pollués nécessitent un assainissement s'ils engendrent des atteintes nuisibles ou incommodantes ou s'il existe un danger concret que de telles atteintes apparaissent.

³ Les sites contaminés sont des sites pollués qui nécessitent un assainissement ».

²⁰ Cf. p. ex. TSCHANNEN/FRICK, p. 10.

Sur la question de la répartition des coûts liés aux mesures d'assainissement, l'art. 32 *lit. d* LPE prévoit que lorsque plusieurs personnes sont impliquées, elles assument les frais de l'assainissement en proportion de leur responsabilité. Différents critères peuvent entrer en ligne de compte à cet égard, notamment : les circonstances de chaque cas, l'origine du trouble (faute, perturbateur par comportement, relation de causalité), le risque inhérent, la capacité financière, le sacrifice encouru en raison de l'événement, le bénéfice retiré à la suite de celui-ci, etc.²¹.

Les assurances RCE prévoient souvent une garantie pour les frais de prévention. Si un événement imprévu rend imminente la survenance d'un dommage assuré, l'assurance couvre aussi les frais incombant à l'assuré par les mesures appropriées prises pour écarter ce danger (frais de prévention de sinistre).

2. Les obligations de l'assuré

Ces garanties imposent des obligations spécifiques à charge de l'assuré. Par exemple, il peut être prévu que ce dernier doit veiller, notamment, à ce que :

- La production, le traitement, le ramassage, l'entreposage, le nettoyage et l'élimination de substances dangereuses pour l'environnement se fassent dans le respect des prescriptions fixées par la loi et les autorités ;
- Les installations utilisées pour les activités susmentionnées, y compris les dispositifs de sécurité et d'alarme, soient entretenues et maintenues en exploitation de façon professionnelle, en respectant les prescriptions techniques et légales, ainsi que celles édictées par les autorités ;
- Les décisions rendues par les autorités pour l'assainissement ou des mesures analogues soient exécutées dans les délais prescrits.

3. La violation des obligations contractuelles

Dans sa teneur actuelle, l'art. 45 al. 3 LCA prévoit que « Lorsqu'une sanction a été stipulée pour le cas où le preneur d'assurance ou l'ayant droit violerait l'une de ses obligations, cette sanction n'est pas encourue s'il résulte des circonstances que la faute n'est pas imputable au preneur ou à l'ayant droit ».

On admet généralement que le champ d'application de l'art. 45 LCA porte sur les devoirs contractuels accessoires (« *Nebenpflichten* ») et non les pures incombances (« *Obliegenheiten* »)²². La différence entre les uns et les autres tient au fait que les premiers visent des situations dans lesquelles le créancier a un intérêt à l'exécution,

²¹ Cf. p. ex. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, pp. 832-833 ; en lien avec la LPE, cf. TSCHANNEN/FRICK, p. 10 ; ROMY, art. 32 d LPE N 21-29 et voir également la Directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux du 21 avril 2004 (JO L 143 du 30.04.2004).

²² On parle parfois de « *versicherungrechtliche Obliegenheiten* ».

qu'il peut d'ailleurs exiger en application des art. 97ss CO ; quant aux secondes, elles n'entraînent que la perte d'un avantage juridique, sans autres conséquences²³.

Les devoirs contractuels accessoires tombent en soi sous le coup de l'art. 97 CO, disposition qui impose une obligation de réparer le dommage résultant d'inexécution ou d'exécution imparfaite. Or, le dommage, pour l'assureur, se détermine en fonction de la différence entre l'obligation qui aurait été la sienne si le devoir d'avis avait été conforme, et l'obligation qui résulte du fait que l'avis n'est pas intervenu ou est intervenu de manière tardive. En application de l'art. 97 CO, l'assureur pourrait donc réduire ses prestations à la mesure qu'elles auraient comportées si l'obligation de l'assuré avait été respectée. Il faudrait alors qu'il démontre un rapport de causalité entre le dommage ainsi défini, et la violation de l'obligation. De plus, cette dernière devrait être fautive, la faute étant cependant présumée en application des principes généraux.

L'art. 97 CO étant cependant de droit dispositif, les parties peuvent prévoir une réglementation différente²⁴. En matière d'assurance, l'art. 45 LCA impose toutefois certaines limites à la liberté contractuelle²⁵. La disposition ne peut faire l'objet d'une dérogation qu'en faveur de l'assuré (disposition semi-impérative, cf. art. 98 LCA²⁶).

L'art 45 LCA prévoit que si les parties ont convenu d'une sanction pour le cas où le preneur d'assurance ou l'ayant-droit violerait l'une de ses obligations, cette sanction n'est pas encourue s'il résulte des circonstances que la faute n'est pas imputable au preneur ou à l'ayant-droit. Autrement dit, la sanction contractuelle suppose que la violation des obligations contractuelles soit *fautive*. À noter que selon le Tribunal fédéral, il appartient au preneur, en présence d'une clause de déchéance, d'en contester l'applicabilité, de démontrer autrement dit que ses conditions ne sont pas réalisées²⁷. La jurisprudence a précisé pour le reste qu'il n'y a pas de violation fautive si des causes de nature objective, ou à tout le moins non imputables à l'assuré (maladie, impossibilité de produire une preuve, comportement de l'assureur, de son agent ou des services de l'administration) ont empêché l'assuré de respecter ses obligations²⁸.

La question a été discutée également de savoir si l'art. 45 LCA inclut *une condition de causalité*. Dans la mesure où le texte légal, sous sa forme actuelle, ne fait aucune mention expresse d'une telle condition, la doctrine a considéré que l'assureur peut prévoir, par contrat, que la sanction est encourue même à défaut de causalité, ou

²³ Cf. p. ex. BSK VVG-NEF, art. 45 VVG N 4.

²⁴ Cf. p. ex. arrêt du TF 4A_350/2007 du 3 novembre 2007.

²⁵ Cf. p. ex. FUHRER, *PVR*, p. 270 N 10.52.

²⁶ On considère par ailleurs que l'art. 45 LCA est d'une portée générale, et s'applique à tous les délais prévus par la LCA, cf. p. ex. Cour de cassation civile FR, RBA III n°31, 161 ; CARRÉ, art. 45 LCA pp. 313 ss.

²⁷ Cf. dans ce sens, arrêt du TF 4A_562/2016 du 26 avril 2017, c. 3.2 *in fine* ; également arrêt du TF 4A_697/2015 du 21 septembre 2016.

²⁸ Cf. p. ex. arrêt du TF 4A_562/2016 du 26 avril 2017, c. 3.2 ; sur la question de la faute, voir également arrêt du TF 4A_697/2015 du 21 septembre 2016.

encore qu'il incombe à l'ayant-droit de démontrer l'absence de relation causale²⁹, même si différents avis ont pu être exprimés sur ce point³⁰.

La jurisprudence, quant à elle, constatant que l'art. 45 LCA ne fait aucune mention de la causalité, avait fixé, dans un arrêt rendu en 2010, que *les parties peuvent convenir que les conséquences de la violation d'une incombance sont encourues même si cette dernière n'a exercé aucune influence sur l'obligation de l'assureur*. Le Tribunal fédéral poursuivait en précisant que cette conclusion s'impose également lorsque le contrat d'assurance ne prévoit rien sur la question de la causalité (« *Ein Kausalitätserfordernis (...) schreibt Art. 45 Abs. 1 VVG indes nicht vor. Somit kann vereinbart werden, dass die Rechtsnachteile auch dann eintreten, wenn die Obliegenheitsverletzung sich nicht ausgewirkt hat (...). Dasselbe gilt, wenn der Vertrag diesbezüglich schweigt* »). Les Juges concèdent que ce résultat peut être considéré comme sévère (« *hart* ») ; ce serait la raison pour laquelle le législateur aurait introduit, lors de la révision partielle de la LCA, entrée en vigueur en 2006, une exigence de causalité à l'art. 6 LCA, lequel vise les conséquences de la réticence. Pour autant, le législateur n'aurait exprimé aucune intention d'introduire également une condition de causalité à l'art. 45 LCA (« *Im Hinblick darauf, dass diese Regelung in der Doktrin als oft zu hart bewertet wird (...), hat der Gesetzgeber im Zuge der Änderung des VVG vom 17. Dezember 2004 betreffend die Folgen einer Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsschluss das Kausalitätserfordernis eingeführt (...). Er hat aber - in Kenntnis der in der Literatur aufgeworfenen Problematik - darauf verzichtet, Art. 45 VVG dahingehend zu ergänzen, dass vereinbarte Rechtsnachteile von Obliegenheitsverletzungen allgemein an das Kausalitätserfordernis geknüpft werden müssen* »)³¹.

On peut rappeler que cette conception, exprimée de manière claire en 2010, avait été précédemment différente. En 2005, par exemple, le Tribunal fédéral avait jugé qu'il appartenait au preneur d'assurance de démontrer qu'une violation d'un devoir d'avis n'avait exercé aucune influence sur la prestation de l'assureur. Ainsi s'exprimait-on à l'époque : « ... *L'assureur ne peut se prévaloir de la déchéance (...) que s'il apparaît que l'omission de l'assuré de consulter rapidement un médecin de faire une déclaration de sinistre dans les cinq jours n'a pas exercé d'influence sur la survenance de l'accident allégué ou sur l'étendue de la prestation qui en découle* »³². Cet arrêt avait été rendu dans une affaire où le contrat prévoyait une déchéance en cas de violation fautive des obligations contractuelles d'annonce, mais ne disait rien de la question de la causalité. Or, ce point de vue était plus ancien que celui exprimé dans l'arrêt de 2010 précité et selon lequel l'art. 45 LCA n'inclut aucune exigence de relation causale. À noter encore que dans un arrêt rendu en 2017, postérieur donc à l'arrêt de 2010, le Tribunal fédéral avait été une nouvelle fois appelé à statuer en application de l'art. 45 LCA. Il était question aussi de faute et de causalité entre la violation des obligations contractuelles et la sanction prévue par le contrat. Même si le recourant invoquait dans ce cas l'absence de toute

²⁹ Sur la discussion, cf. p.ex. BSK VVG-NEF, art. 45 VVG N 15 ; critique FUHRER, *PVR*, p. 267 N 10.37.

³⁰ Cf. p. ex. FUHRER, *Kürzung*, p. 203.

³¹ Cf. arrêt du TF 4A_349/201 du 29 septembre 2010, c. 4.2 ; cf. également PRIBNOW/GUYAZ, pp. 341 ss.

³² Cf. arrêt du TF 5C.55/2005 du 6 juin 2005, c. 4.1 *in fine*.

relation cause à effet entre la violation et l'étendue des prestations d'assurance, le Tribunal fédéral constatait pour sa part que « *le régime convenu (c.-à-d. les règles du contrat d'assurance) n'impliquait pas de déterminer l'incidence précise de la violation des incombances sur la survenance du sinistre ou sur l'étendue des prestations due par l'assureur* ». Il n'est pas entré en matière sur ce point³³. En l'occurrence, le contrat prévoyait en effet une déchéance des droits ou une réduction des prestations en cas de violation des obligations contractuelles, sans faire état d'une condition de causalité.

La situation évolue de ce point de vue avec l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LCA, le 1^{er} janvier 2022. Le nouvel art. 45 al. 1 lit. b P-LCA instituera une *présomption de causalité* dans la mesure où il appartiendra au preneur de démontrer l'absence de relation causale entre la violation de son obligation et les prestations dues par l'assureur³⁴.

4. L'étendue de la couverture d'assurance

S'agissant de l'étendue de la couverture, les garanties d'assurance RC précisent parfois ce qu'elles prennent en charge. Ce peut être :

- Les frais pour la réparation « primaire », à savoir toute mesure de réparation par laquelle les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés retournent à leur état initial ou s'en rapprochent ;
- Les frais pour la réparation « complémentaire », à savoir toute mesure de réparation entreprise à l'égard des ressources naturelles ou des services afin de compenser le fait que la réparation primaire n'aboutit pas à la restauration complète des ressources naturelles ou des services ;
- Les frais pour la réparation « compensatoire », à savoir toute action entreprise afin de compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services qui surviennent entre la date de survenance d'un dommage et le moment où la réparation primaire a pleinement produit son effet³⁵.

B. Assurance de la responsabilité du maître d'ouvrage (RCMO)

1. Le principe

Les couvertures prévoient que sont assurés les dommages en rapport avec des atteintes à l'environnement. Sont considérées comme telles, la perturbation durable de l'état naturel de l'air, des eaux (y compris les eaux souterraines), du sol, de la flore ou de la faune par des immissions, lorsque, à la suite de cette perturbation, il peut résulter ou

³³ Cf. Arrêt du TF 4A_562/2016 du 26 avril 2017, c. 4.3.2.

³⁴ Cf. Message du 28 juin 2017 concernant la révision de la loi sur le contrat d'assurance (FF 2017 [29] 4767), pp. 4798-4799.

³⁵ Cf. p. ex. Directive 2004/35/CE, Annexe II, p. 67 note 1.

sont résultés des effets dommageables ou autres à la santé de l'homme, aux biens matériels ou aux écosystèmes³⁶.

2. La validité temporelle

Le plus souvent, dans ce type de couverture, l'assurance couvre les dommages causés pendant la durée du contrat. Il appartient alors au preneur d'assurance de prouver que le dommage a été occasionné pendant cette période.

L'assurance prend fin lorsque les prestations du projet ont été réceptionnées ou sont réputées réceptionnées selon les normes SIA, mais au plus tard à la date convenue dans la police. À l'échéance du contrat, si les travaux du projet ne sont pas achevés ou réputés réceptionnés, la validité de la couverture peut faire l'objet d'une prolongation.

Les garanties prévoient parfois que si des risques assurés sont repris dans une assurance bâtiments à la suite d'une couverture RCMO, la couverture d'assurance peut rester en vigueur pour ces risques jusqu'au début de ladite assurance.

C. All risks

Ces garanties présentent des caractéristiques diverses. Elles couvrent en général les dommages aux choses assurées et peuvent inclure une couverture de perte d'exploitation, ainsi que pour les frais de prévention de dommage.

D. Le moment de la survenance du sinistre

La question du moment de la survenance du sinistre, autrement dit du rattachement de l'événement assuré dans le temps, est importante, en particulier pour résoudre la question de savoir si cet événement tombe dans le champ de la garantie et si l'assureur est tenu d'intervenir. La question peut être importante également sous l'angle de la prescription ou de la péremption.

On rappelle que le sinistre, en tant qu'il constitue la réalisation du risque assuré, se définit en application des dispositions contractuelles. La loi fait certes référence au sinistre à de nombreuses reprises, mais sans définir la notion, ce qu'elle ne saurait faire puisque cette dernière dépend des caractéristiques du risque couvert, lui-même étant dépendant du contrat d'assurance.

D'où il suit que la détermination du moment de la survenance du sinistre découle des dispositions contractuelles.

³⁶ Cf. p. ex. ZURICH ASSURANCE, *Assurance responsabilité civile du maître d'ouvrage*, Conditions générales de janvier 2016, art. 4 (Dommages en rapport avec des atteintes à l'environnement).

En pratique, on trouve plusieurs régimes qui tablent, pour l'essentiel, sur la cause du dommage, le moment de l'apparition du dommage et le moment de la réclamation (« *claims made* »)³⁷.

E. Les frais de sauvetage

Il convient de rappeler la distinction entre les frais de prévention (mesures prises avant le sinistre pour éviter le dommage) et les frais de sauvetage (mesures après la survenance du sinistre pour limiter le dommage).

L'art. 70 LCA prévoit une réglementation, de caractère dispositif, pour les *frais de sauvetage* qui impose à l'assureur une prise en charge « *Si l'ayant droit a fait des frais pour limiter le dommage (art. 61) sans que cela fût manifestement inopportun (...), même si les mesures prises l'ont été sans succès, ou si ces frais, ajoutés à l'indemnité, dépassent le montant de la somme assurée* ».

Les couvertures d'assurance prévoient, parfois, une réglementation contractuelle sur cette question. Si tel n'est pas le cas, l'art. 70 LCA est applicable. À noter que certains auteurs considèrent que l'obligation de limiter le dommage impose également à l'ayant droit de prendre les mesures de prévention pour éviter la survenance d'un préjudice, à plus forte raison lorsque les conséquences de la réalisation du risque peuvent être graves³⁸. Au reste, le fait de ne pas prendre des mesures de prévention en pareil cas serait susceptible de relever d'une faute qui pourrait entraîner des conséquences sur les prestations d'assurance³⁹.

V. Perspectives

Deux considérations à ce titre, l'une concernant la modélisation des risques et l'autre la question de l'obligation d'assurance.

Concernant la modélisation : On voit se dessiner une tendance à l'individualisation en fonction des caractéristiques des risques à l'origine de possibles pollutions. Les mécanismes d'assurance traditionnels se prêtant finalement assez mal à la couverture de tels risques, il peut se produire qu'assureur et assuré envisagent une forme de collaboration, fixent ensemble une stratégie qui, si elle est susceptible de s'inscrire dans la durée, peut permettre aux deux parties de procéder à certains investissements utiles à la gestion du risque. Le modèle est discuté en particulier pour l'assurance des décharges et peut conduire à la définition de cahiers de charge individualisés, en fonction des particularités propres à chaque site.

³⁷ Sur ces questions, cf. p. ex. BRULHART, *La couverture dans le temps*, pp. 59-61 ; sur le moment du dommage en droit de la responsabilité civile, cf. en particulier la thèse de B. CHAPPUIS.

³⁸ Cf. p. ex. FUHRER, *PVR*, p. 292 N 11.46.

³⁹ Cf. notamment art. 14 LCA, sinistre causé par faute grave.

Concernant l'obligation d'assurance : Si l'obligation d'assurance peut en soi sembler souhaitable, dans la mesure où cela permettrait d'offrir de meilleures garanties financières pour la réparation des dommages, on peut se demander si cela est pratiquement faisable. Si l'assurance devait constituer une condition à l'exploitation de l'activité à l'origine du risque, deux modèles devraient être considérés. Selon le premier, l'assureur serait tenu de conclure si les conditions pour la délivrance de l'autorisation d'exploitation sont remplies ; une telle modalité n'est guère réalisable dans la mesure où les différences entre les risques, les sites et les installations sont trop importantes pour que l'on puisse envisager une généralisation et une obligation de souscription. Selon le second, l'assureur choisirait les risques ; dans ce cas, il jouerait en quelque sorte le rôle d'un gendarme de l'environnement, une tâche qui ne lui appartient pas et qui relève de la compétence des autorités. Il en résulte que l'institution d'une obligation d'assurance paraît difficilement envisageable en l'état de la discussion⁴⁰.

L'assurance peut sans doute jouer un rôle important dans la mise en place d'une politique environnementale. Mais pour permettre à l'assureur d'intervenir dans ce domaine avec les compétences et les moyens qui sont les siens, les autorités doivent veiller à la définition d'un cadre aussi clair que possible, tant s'agissant des obligations en lien avec les activités à l'origine de risques pour l'environnement, que des conséquences en cas de violation.

⁴⁰ Sur cette discussion, cf. aussi OCDE, pp. 54-55. À noter que le problème se pose également pour l'assurance des cyber-risques, voir à ce sujet DE WERRA/BENHAMOU, Jusletter du 24 août 2020.

VI. Bibliographie

- BRULHART Vincent, *Déploiement de la 5G en Suisse : Quelles précautions ? – Considérations sur le principe de précaution à l'exemple de la téléphonie mobile*, in: V. Boillet/A.-C. Favre/V. Martenet (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Zurich/Bâle 2020, pp. 845-860 (cité: BRULHART, *Déploiement de la 5G*).
- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, 2^e éd., Berne 2017 (cité: BRULHART, *DAP*).
- BRULHART Vincent, *Petite histoire de l'assurance : du commerce maritime à la protection des consommateurs*, in: S. Fuhrer (édit.), *Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances – Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire = Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Genève/Zurich/Bâle 2010, pp. 59-69 (cité: BRULHART, *Petite histoire de l'assurance*).
- BRULHART Vincent, *La couverture dans le temps en assurance de la responsabilité civile*, in : F. Werro (édit.), *Le temps dans la responsabilité civile – Colloque du droit de la responsabilité civile 2005 – Université de Fribourg*, Berne 2007, pp. 53-69 (cité: BRULHART, *La couverture dans le temps*).
- CARRÉ Olivier, *Loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Lausanne 2000.
- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2007.
- FUHRER Stephan, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité: FUHRER, *PVR*).
- FUHRER Stephan, *Kürzung von Versicherungsleistungen*, in: S. Weber, *HAVE Personen-Schaden-Forum 2007*, Zurich/Bâle/Genève 2007, pp. 189-204 (cité: FUHRER, *Kürzung*).
- HALPÉRIN Jean, *Les assurances en Suisse et dans le monde – leur rôle dans l'évolution économique et sociale*, Boudry 1946.
- MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, *Droit administratif – Les fondements généraux*, vol. I, 3^e éd., Berne 2012.
- NEF Jürg, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (édit.), *BaKomm. zum schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Bâle 2001, art. 45 VVG (cité: BSK VVG-NEF, art. 45 VVG).
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Assurance et risques environnementaux – Une analyse comparative du rôle de l'assurance dans la gestion des risques liés à l'environnement*, Paris 2004.
- PRIBNOW Volker/GUYAZ Alexandre, *Responsabilité civile : dommages corporels*, in: A. Furrer (édit.), *Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat*, Berne 2011, pp. 341-413.

ROMY Isabelle, in : P. Moor, A.-C. Favre, A. Flückiger (édit.), *Commentaire de la Loi sur la protection de l'environnement (LPE)*, Berne 2011, art. 32d LPE.

TSCHANNEN Pierre/FRICK Martin, *La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'art. 32d LPE*, Avis de droit à l'attention de l'OFEV, Berne 2002.

DE WERRA Jacques/BENHAMOU Yaniv, *Cyberassurance : instrument utile pour la cybersécurité des entreprises ? Analyse juridique et recommandations des mesures étatiques concernant les cyberassurances visant à protéger les entreprises (PME)*, Jusletter du 24 août 2020.

