

GÉRER LES RISQUES LIÉS AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES AU MOYEN DE L'ASSURANCE ET DE DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Publié le 18 décembre, 2024

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

INTRODUCTION

Les phénomènes météorologiques extrêmes se multiplient. Depuis 2013, le Canada a connu huit des catastrophes les plus dévastatrices de son histoire sur le plan économique^[1]. Les inondations sont devenues la source de dégât la plus coûteuse pour les biens fonciers urbains^[2], tandis que de vastes régions du pays sont désormais confrontées à des saisons de feux de forêt plus longues et plus dommageables. Les feux sans précédent survenus en Colombie-Britannique l'année dernière ont ravagé plus de 2,84 millions d'hectares de forêt^[3]. Selon les scientifiques, le pire reste à venir, car les changements climatiques exacerbent la fréquence et l'intensité de ces phénomènes^[4]. Les assureurs, par conséquent, réduisent leurs couvertures et haussent les primes.

Comme nous le verrons dans ce bulletin, une assurance sur mesure, lorsqu'elle est disponible, ainsi que des clauses contractuelles soigneusement rédigées peuvent favoriser une gestion efficace des risques croissants que posent les phénomènes météorologiques extrêmes.

PAYSAGE EN MUTATION

Souvent, les parties contractantes abordent le risque de dommages aux biens au moyen de clauses qui obligent chaque partie à souscrire et maintenir une assurance appropriée. Le coût d'assurance de ces dommages, qui a considérablement augmenté, met à l'épreuve la résilience du secteur de l'assurance et nuit à l'efficacité d'un outil de transfert de risques autrefois fiable. Depuis quelques années, on observe une hausse stupéfiante des pertes attribuées aux phénomènes météorologiques extrêmes : le coût des dommages dépasse désormais régulièrement les 2 milliards de dollars par an^[5]. Selon le Bureau d'assurance du Canada, les dommages assurés pour ces phénomènes ont atteint 3,4 milliards de dollars en 2022, au troisième rang des années ayant enregistré le taux le plus élevé de pertes de l'histoire du Canada^[6]. Ces défis contribuent à l'augmentation des coûts d'assurance et de réassurance tout en poussant les consommateurs à demander une protection renforcée contre les risques, toujours à un prix abordable^[7]. Puisque les coûts des sinistres

s'accumulent, on constate une hausse de la pratique appelée « bluelining », qui consiste à augmenter les prix ou à retirer des services d'assurance dans les régions à haut risque environnemental[8]. Par ailleurs, les primes d'assurance sont déterminées en fonction de divers facteurs de risque associés au bien et au titulaire de police, y compris l'estimation des réclamations futures[9], dont le nombre accroît au même rythme que la fréquence des phénomènes météorologiques extrêmes[10].

Le marché de l'assurance habitation en subit les conséquences : au premier semestre de 2023, une perte nette de souscription de 24,5 milliards de dollars a été enregistrée, un montant quatre fois plus élevé qu'au premier Semestre de 2022. Les compagnies qui proposent ce type d'assurance ont d'ailleurs commencé à répercuter la hausse des coûts de couverture sur les propriétaires en augmentant les primes et les franchises[11]. En 2023, les primes d'assurance habitation ont bondi en moyenne de 7,7 % partout au Canada, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse connaissant les hausses les plus importantes[12]. On constate également une inflation dans le secteur immobilier[13].

Entre-temps, aux États-Unis, les compagnies d'assurance commencent à se retirer complètement de certains marchés résidentiels[14]. Dans les États où les autorités de réglementation examinent rigoureusement les ajustements tarifaires selon un plafonnement réglementaire des prix[15], les assureurs ont du mal à justifier et à appliquer les hausses de tarifs nécessaires, ce qui les pousse à se retirer des marchés peu rentables puisque leur capacité à augmenter les prix pour couvrir les coûts croissants est limitée. Dans les États où les autorités de réglementation imposent moins de restrictions, les assureurs rencontrent moins d'obstacles[16]. À l'inverse, au Canada, le gouvernement n'impose aucun plafonnement aux assureurs[17], qui peuvent rester plus facilement sur le marché en dépit des prix élevés.

Les primes de réassurance ont aussi augmenté rapidement : les sinistres catastrophiques qui dépassent des seuils préétablis, notamment, ont enregistré des hausses de 50 % à 70 % entre 2022 et 2023[18]. Cette montée en flèche reflète les ajustements que les réassureurs ont effectués à la suite de sinistres importants, tels que les feux de forêt et les inondations au Canada, qui ont eu des répercussions sur les compagnies d'assurance partout au pays en 2023[19]. L'augmentation des primes de réassurance se répercute donc sur les clients[20].

Cela dit, malgré la réévaluation du risque dans certains quartiers et la hausse des coûts liés aux enjeux des changements climatiques comme les inondations, les plus grands assureurs canadiens ont affirmé leur engagement sur le marché en maintenant leur couverture[21]. Bien que les assureurs canadiens ne fassent pas comme ceux de certains États américains, ils facturent néanmoins des montants plus élevés pour les biens à haut risque et réduisent le champ d'application de leurs produits en rendant optionnelle la couverture des événements catastrophiques, en l'excluant complètement de leur portefeuille ou en exigeant que les titulaires de police prennent des mesures préventives relativement à leur biens[22].

Les méthodes de construction et les matériaux utilisés peuvent également avoir une incidence sur l'assurabilité. Par exemple, les taux sont plus élevés pour les constructions à structure en bois en raison du risque d'incendie plus important que celui des structures en béton[23].

REDÉFINITION DE LA RÉPARTITION DES RISQUES CONTRACTUELS

Tandis que les écarts de couverture d'assurance se creusent, les parties contractantes doivent faire preuve de plus en plus de créativité pour garantir une gestion et une répartition efficaces des risques.

1. Clauses de force majeure

Historiquement, les clauses de force majeure ont été utilisées pour protéger les parties contre toute responsabilité due à des événements imprévisibles et incontrôlables. Elles « dispensent une partie de l'exécution de ses obligations contractuelles lorsque survient un événement, parfois surnaturel, sur lequel les parties n'ont aucun contrôle et qui rend l'exécution du contrat impossible[24] ». En d'autres termes, elles permettent le transfert ou l'atténuation des risques associés à un important événement imprévu qui pourrait empêcher l'exécution des obligations des parties ou annuler l'accord.

Dans les juridictions de common law au Canada, le critère permettant d'invoquer des clauses de force majeure découle du jugement *Atlantic Paper Stock Ltd. c. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Co.* (« jugement Atlantic »)[25]. Dans cette affaire, St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Co. (« St. Anne ») a accepté d'acheter chaque année à Atlantic Paper Stock, pour une période de dix ans, dix mille tonnes de papier de rebut devant être utilisé comme fibre secondaire[26]. Un peu plus d'un an plus tard, St. Anne a décidé qu'elle ne voulait plus de fibre secondaire, car son marché de revente était saturé. St. Anne a soutenu que la clause de force majeure du contrat la protégeait contre toute responsabilité en cas d'« absence de marchés »[27].

La Cour suprême a établi qu'un événement de force majeure doit 1) être « humainement imprévisible et incontrôlable » par les deux parties contractantes et 2) rendre l'exécution du contrat impossible[28]. Sans surprise, « l'absence [de] plan efficace de commercialisation » de la part de St. Anne n'a pas été considérée comme un événement incontrôlable[29]. Ce critère établit une norme élevée d'application des clauses de force majeure[30], ce qui reflète la position claire prise généralement par les tribunaux lorsque des parties tentent de se soustraire à leurs obligations contractuelles[31].

Les phénomènes météorologiques extrêmes peuvent satisfaire à la norme élevée du jugement *Atlantic*. Bien qu'il existe peu de jurisprudence moderne appliquant les clauses de force majeure à des événements environnementaux, l'affaire *Kilislian v. Copper Creek GP Inc.* sert d'exemple[32]. Les demandeurs avaient organisé leur mariage sur le terrain de golf du défendeur, mais un violent orage a provoqué une panne d'électricité qui a empêché la réception d'avoir lieu comme prévu. Le terrain de golf a déposé une requête

visant le rejet de la demande en invoquant la clause de force majeure.

En appliquant le jugement *Atlantic*, la Cour supérieure de justice a jugé que l'orage 1) était imprévisible en raison de son intensité inhabituelle pour la période de l'année dans le sud de l'Ontario et 2) échappait au contrôle de l'une ou l'autre des parties, car on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que des mesures préventives soient prises à cette période de l'année^[33]. Le terrain de golf a donc été dispensé de ses obligations contractuelles.

Au Québec, le terme « force majeure » est codifié dans le *Code civil du Québec*. Les parties à un contrat peuvent néanmoins déroger à ces règles générales : il arrive couramment que les contrats commerciaux régis par le droit québécois comprennent des clauses de force majeure que les parties ont adaptées pour étendre ou restreindre le champ d'application des dispositions du *Code civil du Québec*.

En vertu de ces dispositions, « [t]oute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui si elle prouve que le préjudice résulte d'une force majeure, à moins qu'elle ne se soit engagée à le réparer ». La force majeure est définie comme « un événement imprévisible et irrésistible; y est assimilée la cause étrangère qui présente ces mêmes caractères ».

Pour qu'un événement soit qualifié de force majeure au sens de ces dispositions, il doit remplir trois conditions définies par la jurisprudence : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. L'extériorité exige que l'événement se produise en dehors du domaine d'activité dont la partie qui invoque la force majeure est normalement responsable.

L'imprévisibilité est évaluée au moment où la partie invoquant la force majeure contracte l'obligation et consiste à déterminer si l'événement était raisonnablement prévisible par une autre personne dans les mêmes circonstances. Par exemple, dans une affaire, un ouragan n'a pas été considéré comme imprévisible, car les données météorologiques prévoiaient sa survenance et que la partie invoquant la force majeure disposait d'un délai suffisant pour agir afin de prévenir les dommages^[34].

Enfin, l'événement est irrésistible lorsqu'il s'agit d'une force qu'une personne prudente et diligente, placée dans une situation similaire, ne pourrait surmonter^[35]. Très peu d'affaires portant sur des clauses de force majeure se sont appuyées sur des données scientifiques présentées à titre de preuve. Cette situation pourrait toutefois changer, puisque les données relatives aux changements climatiques sont plus facilement accessibles et que les parties au contrat font plus souvent référence aux données climatiques historiques dans le contexte des événements météorologiques et de la force majeure.

2. Prévisibilité et force majeure à l'ère des changements climatiques

Les clauses traditionnelles de force majeure répartissent les risques au lieu de les partager. Les termes utilisés

pour décrire les événements météorologiques peuvent entraîner une situation litigieuse interminable, surtout lorsqu'ils sont trop généraux. Comme nous l'avons vu plus haut, des litiges peuvent survenir quant à la définition d'un événement couvert et à la prévisibilité des phénomènes météorologiques extrêmes, à la lumière des données scientifiques les plus récentes sur le climat^[36].

Se fier à des clauses générales de force majeure, c'est s'exposer à un risque de litige prolongé si le pire devait se produire. L'ère des changements climatiques exige des clauses de gestion des risques adaptées aux risques auxquels est exposé le projet, le secteur d'activité ou la région. Ces clauses doivent présenter une perspective à long terme sur les effets des changements climatiques et définir les techniques qu'un expert indépendant peut appliquer pour évaluer si un événement météorologique couvert s'est produit et, le cas échéant, s'il était prévisible. Les clauses définissant les conditions d'indemnisation, les cas de dispense ou les retards d'exécution justifiés peuvent offrir d'autres possibilités de partage des risques.

En plus de revoir les clauses de force majeure, il est essentiel d'envisager une assurance responsabilité contre les risques liés aux changements climatiques. Au Canada et dans d'autres juridictions, les écarts en matière d'assurance contre les dommages ou les blessures résultant d'événements climatiques peuvent exposer les entreprises à des risques juridiques et financiers. Ces écarts nécessitent l'élaboration de produits d'assurance adaptés à la nature évolutive des risques liés aux changements climatiques et offrant une protection adéquate contre les responsabilités connexes^[37].

3. Exemples propres au secteur d'activité

Nous recommandons aux parties souhaitant répartir les risques liés aux changements climatiques dans leurs contrats d'adopter une approche d'intervention précoce. La première étape à franchir pour atténuer ces risques dans une relation contractuelle consiste à déterminer ceux qui sont associés au contrat et leur incidence potentielle sur la partie. Ils peuvent être divisés en deux grandes catégories : les risques physiques et les risques de transition. La première catégorie concerne les dommages et les pertes attribuables aux conséquences physiques des changements climatiques. La deuxième, quant à elle, est liée au processus d'adaptation à une économie à faibles émissions de carbone et découle principalement de l'incertitude et des défis relatifs à l'abandon des combustibles fossiles et à d'autres activités à fortes émissions. Les risques de transition comprennent ceux associés aux litiges en matière de changements climatiques ainsi qu'aux modifications apportées aux politiques, aux lois et aux règlements pour imposer des réductions d'émissions.

Le fait de déterminer les risques de chaque partie et d'évaluer leur incidence favorise des discussions éclairées sur la répartition des risques. Bien que le pouvoir de négociation puisse jouer en faveur d'une partie, chacune des parties devrait tenter de déterminer celle la mieux placée pour gérer chaque risque défini et répartir les responsabilités en conséquence, notamment au moyen de clauses de force majeure adaptées. En outre, le

contrat devrait comprendre des mécanismes de surveillance continue, de réévaluation périodique des risques et d'ajustement des dispositions relatives au climat.

Les changements climatiques ont gravement touché l'industrie de la construction, entre autres exemples, ce qui a occasionné des retards dans la réalisation des projets, une augmentation des coûts et des perturbations dans la chaîne d'approvisionnement. À l'échelle mondiale, près de 45 % des projets de construction ont subi les contrecoups de conditions météorologiques défavorables^[38], ce qui a conduit à l'élaboration de diverses stratégies de gestion des risques.

Les entrepreneurs s'efforcent généralement de tenir compte, dans l'échéancier de construction, des événements météorologiques qui entraveront les travaux. Quant aux constructeurs, ils prennent de plus en plus en considération les conséquences financières du non-respect des normes d'efficacité énergétique, ce qui entraîne des changements dans les profils de risque et les comportements contractuels. L'intégration adéquate de la résilience aux changements climatiques et des répercussions des phénomènes météorologiques violents dans les contrats de construction nécessite une attention particulière, car il peut être difficile de répartir équitablement les risques liés à des conditions anticipées ou potentielles.

CONCLUSION

La fréquence et l'intensité croissantes des événements liés aux changements climatiques nécessitent l'adoption d'une approche de gestion des risques flexible et proactive. Les assurances et les dispositions contractuelles jouent un rôle déterminant dans ce processus. Proposer des produits d'assurance sur mesure est essentiel si l'on veut combler les écarts émergents en matière de couverture, tandis que les clauses contractuelles, surtout celles relatives à la force majeure, doivent évoluer pour correspondre à la nouvelle réalité des changements climatiques. Pour que la répartition des risques soit équitable et que la résilience soit renforcée, ces mesures doivent se fonder sur un langage précis, des données scientifiques et des stratégies propres au secteur d'activité. Puisque les risques liés aux changements climatiques demandent la révision des méthodes traditionnelles, les parties prenantes doivent collaborer pour établir des cadres d'action novateurs, les réévaluer et les mettre en place lorsqu'ils sont bien établis. C'est ainsi que nous pourrions protéger les actifs, les activités et les collectivités face à un avenir incertain. Nous continuerons à suivre les développements dans ce domaine au fur et à mesure de nos mandats dans l'industrie de la construction.

[1] Bureau d'assurance du Canada, « Les incendies de forêt dans la région de l'Okanagan et de Shuswap causent plus de 720 millions de dollars en dommages assurés », 3 octobre 2023, [en ligne](#).

[2] Bureau d'assurance du Canada, *A Primer on Severe Weather and Overland Flood Insurance in Canada*, 2019, p. 8; Gouvernement du Canada, *S'adapter à la hausse des risques d'inondation – Une analyse des solutions d'assurance pour le Canada*, 2022; Clare O'Hara, « Rise in climate-related floods leaves Windsor

residents uncertain about insurance coverage », *The Globe and Mail*, 15 juillet 2024, [en ligne](#).

[3] Bureau d'assurance du Canada, « Les résidents de la Colombie-Britannique sont encouragés à se préparer à la saison des incendies de forêt de 2024 », 18 mars 2024, [en ligne](#).

[4] Institut canadien pour des choix climatiques, *La pointe de l'iceberg : Composer avec les coûts connus et inconnus des changements climatiques au Canada*, 2020; Bureau d'assurance du Canada, *2023 Facts of the Property and Casualty Insurance Industry in Canada*, 2023.

[5] Bureau d'assurance du Canada, « Les événements météorologiques extrêmes en 2023 ont causé plus de 3,1 milliards \$ en dommages assurés », 8 janvier 2024, [en ligne](#).

[6] Supra note 1, p. 15.

[7] Idem; Leslie Kaufman, « US Home Insurance Still Priced Too Low for Climate Risk, Says Swiss Re Chair », 1^{er} juillet 2024, [en ligne](#).

[8] Lilith Fellowes-Granda, « 4 Principles for Addressing Climate Risks in the Insurance Industry », Center for American Progress, 13 mars 2024, [en ligne](#).

[9] Bureau d'assurance du Canada, « Comment sont établis les tarifs d'assurance habitation », [en ligne](#); Gouvernement du Canada, « Assurance habitation », 8 décembre 2023, [en ligne](#).

[10] Peter Zimonjic, « Extreme weather causing billions of dollars in damage, driving up insurance premiums: StatsCan », CBC News, 15 mai 2024, [en ligne](#).

[11] Michael Kolomatsky, « As Natural Disasters Get Worse, So Do Home Insurance Premiums », *The New York Times*, 12 octobre 2023, [en ligne](#); Renée Cho, « With Climate Impacts Growing, Insurance Companies Face Big Challenges », State of the Planet, 3 novembre 2022, [en ligne](#).

[12] Matthew Roberts, « Home Insurance Predictions for 2024 », MyChoice, 5 mars 2024, [en ligne](#).

[13] Deloitte, *State of the Canadian Commercial Property & Casualty Insurance Market 2022: An Update on the Pressures Facing the Canadian Commercial Insurance Market*, août 2022, [en ligne](#); Mika Pangilinan, « What is happening with commercial premium rates in Canada? », 14 avril 2023, [en ligne](#).

[14] Cette tendance s'observe également chez les assureurs partout en Europe, qui [émettent un avertissement](#) lorsque certaines régions sont devenues inassurables. En 2023, les compagnies d'assurance ont jugé l'assurance des propriétaires occupants non rentable dans 18 États américains, soit dix de plus qu'en 2013.

[15] Idem.

[16] Christopher Flavelle et Mira Rojanasakul, « Home Insurance Rates in America Are Widely Distorted. Here's Why. », *The New York Times*, 8 juillet 2024, [en ligne](#).

[17] Clare O'Hara et Jeffrey Jones, « Climate change is making insurance more expensive and more limited – and it's only going to get worse », *The Globe and Mail*, 1^{er} décembre 2023, [en ligne](#).

[18] David Gambrell, « What P&C execs predict for 2024 reinsurance rates », 24 octobre 2023, [en ligne](#).

[19] Idem.

[20] Supra note 15.

[21] Supra note 2.

[22] Supra note 2 et supra note 18.

[23] Canadian Underwriter, « Insurance costs more than six times greater for wood frame buildings than for concrete buildings, new study finds », [en ligne](#).

[24] *Atlantic Paper Stock Ltd. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Co.*, [1976] 1 R.C.S. 580.

[25] Idem.

[26] Idem.

[27] Idem, par. 4.

[28] La Cour d'appel de l'Alberta a opté pour une approche plus flexible en adoptant plutôt un critère d'« infaisabilité commerciale ». Voir *Atcor Ltd. v. Continental Energy Marketing Ltd.*, 1996 ABCA 40, par. 11, qui précise que l'« infaisabilité commerciale » signifie que « la poursuite de l'exécution du contrat causerait un préjudice financier excessif ou déraisonnable à une partie », une norme qui s'apparente à la doctrine américaine sur l'impossibilité commerciale [*Idem*].

[29] Infra note 30, par. 4; Lokash, infra note 35.

[30] Lorne Neudorf et Geoffrey Hunnisett, « Force Majeure Clauses in Comparative Perspective – The Canadian Common Law Approach in Light of Recent Developments in the Courts of Singapore and the United Kingdom », *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 2014, par. 2.

[31] Idem.

[32] *Kilislian Copper Creek GP Inc.*, 2015 ONSC 7072.

[33] Idem.

[34] Affaire *Lepage Vacances Tours Mont-Royal Inc.*, 2002 CanLII 12824 (QC CQ). Un grossiste en voyages qui a maintenu le départ des voyageurs malgré les avertissements d'ouragan émis par les autorités météorologiques ne pouvait invoquer la clause de force majeure pour se dispenser d'indemniser les voyageurs. Voir aussi Vincent Karim, *Les obligations*, vol. 1, 5^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2020, eDOCTRINE, JuriBistro, CAIJ, par. 3777.

[35] Vincent Karim, *Les obligations*, vol. 1, 5^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2020, [eDOCTRINE](#), [JuriBistro](#), [CAIJ](#), par. 3779.

[36] Dale Smith, « Coping with foreseeable events », 16 septembre 2019, [en ligne](#).

[37] D'autres juridictions, comme le Royaume-Uni, ne disposent pas de couverture d'assurance responsabilité contre les risques liés aux changements climatiques, ce qui met en évidence une tendance mondiale quant aux écarts du marché de l'assurance et à l'évolution de l'offre de produits.

[38] Courtney DuChene, « Insuring the Climate Transition: How Can the Construction Industry Confront Escalating Storm Damage? », *Risk & Insurance*, 28 février 2023, [en ligne](#).

Par [Ralph Cuervo-Lorens](#), [Annik Forristal](#), [Emily Hush](#) et [Martin Thiboutot](#)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2024