



Article Cabinet FB CONSEIL Parution Décembre 2022

Le Changement Climatique : un nouvel enjeu pour la garantie d'assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux

-La crise climatique est déjà une réalité et elle dévaste la planète.

La montée des océans, les incendies, les inondations, les pénuries d'eau et les difficultés d'approvisionnement alimentaire sont aggravées par les conflits internationaux avec leur corollaire de potentielles vagues de réfugiés climatiques. A la veille de la COP27 organisée en novembre 2022 en Egypte le Secrétaire Général de l'ONU poussait un cri d'alarme sur une nécessaire réaction des Etats pour respecter les principes des Accords de Paris de 2015 sur la réduction des gaz à effets de serre.

-Les catastrophes naturelles survenues en 2021 ont provoqué des dommages évalués à un montant de 270 Md\$ (245 Md€), selon l'étude Sygma publiée par le réassureur Swiss Re. Dans son rapport publié en 2021 intitulé « L'IMPACT DU CHANGEMENT CLIMATIQUE SUR L'ASSURANCE À L'HORIZON 2050 » France Assureurs évaluait les dommages en France dus aux aléas naturels à un montant de 143Mds € sur la période 2020-2050. Les dépenses de santé pourraient quant à elles atteindre 382 Mds€ d'ici 2030 dans le pire des scénarios du GIEC.

-L'entreprise est un acteur majeur au cœur de la mise en œuvre concrète des dispositifs légaux et réglementaires en matière de lutte contre le changement climatique. Les dirigeants d'entreprises engagent leur responsabilité professionnelle et personnelle en cas de manquements aux réglementations et s'assurent pour ce risque mais concrètement quel impact le changement climatique a-t-il sur la responsabilité des dirigeants et la mise en œuvre des garanties d'assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux?

-Quelques constats s'imposent d'ores et déjà :

- ✓ Le concept de changement climatique ne fait pas l'objet d'une définition juridique claire.
- ✓ Le changement climatique représente de nouveaux enjeux pour les entreprises qu'il s'agisse de conformité réglementaire, de finance, de concurrence, de transition économique, de réputation, ou de risques sociaux autrement dit des risques financiers issus de sujets sociaux tels que la défense de droits et intérêts des peuples et communautés.
- ✓ Si on observe en France la construction d'un « droit climatique » visant à contraindre et à responsabiliser l'ensemble des acteurs économiques pour qu'ils s'engagent dans une transition environnementale force est de constater que sa mise en œuvre est laborieuse.
- ✓ La réglementation française complexe et souvent novatrice excède les exigences européennes avec des difficultés de lisibilité, d'interprétation, de mise en œuvre et de contrôle par les entreprises.

I-Une absence de définition juridique du concept de changement climatique

-La pollution est définie juridiquement dans les textes européens par « *l'introduction directe ou indirecte, par suite de l'activité humaine, de substances ou de chaleur dans l'air, l'eau ou le sol,*

susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité des écosystèmes aquatiques ou des écosystèmes terrestres dépendant directement des écosystèmes aquatiques, qui entraînent des détériorations aux biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou à d'autres utilisations légitimes de ce dernier .»¹

-Les polices d'assurances définissent généralement la notion d'atteinte à l'environnement par l'émission, la dispersion, le rejet ou le dépôt de toute substance solide, liquide ou gazeuse, la production d'odeurs, de bruits, vibrations, ondes, radiations, rayonnements ou variations de températures excédant la mesure des obligations ordinaires de voisinage.

-En revanche, le concept de changement climatique en tant que tel ne fait pas l'objet d'une définition juridique claire mais désigne l'ensemble des variations des caractéristiques climatiques en un endroit donné au cours du temps. Le changement climatique relevant de phénomènes naturels et cycliques, la définition actuelle implique que certaines formes de pollution de l'air, résultant principalement de l'activité humaine, menacent de modifier sensiblement le climat en contribuant ainsi à un réchauffement global². La responsabilité pour changement climatique concernerait donc les activités humaines productrices de gaz à effet de serre dans le temps à l'origine de catastrophes naturelles générant des dommages aux installations, des préjudices aux personnes ou une atteinte à leurs droits fondamentaux.

II – Le contexte réglementaire européen et français

-Sur le plan européen des mesures importantes ont été adoptées visant à engager les Etats de l'Union Européenne sur la voie de la transition écologique. Qu'il s'agisse des Pacte vert pour l'Europe et paquet climat de 2019, du Règlement Taxinomie 2020/852 qui établit un système de classification commun permettant d'identifier les activités économiques considérées comme durables, ou du Règlement délégué (UE) 2021/2178 du 6 juillet 2021. L'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (EIOPA) a rendu un avis à la Commission européenne en avril 2019 portant sur l'intégration des risques liés au changement climatique ou « risque de durabilité » dans le pilier 2 de Solvabilité 2. Des amendements aux règlements délégués aux directives Solvabilité 2 et Distribution d'Assurances (DDA 2) en ont ainsi découlé, ils sont entrés en application le 2 août 2022. ³

-En droit français la pierre angulaire du droit positif reposait jusqu'à présent sur le principe de l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses définies comme « *des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur.*»⁴ Ce principe est adapté au concept de « greenwashing » ou éco-blanchiment qui consiste pour une entreprise à orienter ses actions marketing et sa communication vers un positionnement écologique de ses produits ou services. Cet outil s'avère très efficace du fait des sanctions civiles et pénales dissuasives prévues à l'article L 132-2 du Code de la consommation.⁵ La jurisprudence française en matière d'éco-blanchiment bien que peu développée en France⁶ s'est distinguée très tôt par le cas MONSANTO Agriculture France dans lequel

¹ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau » [archive], Parlement européen, 23 octobre 2000

² https://www.actu-environnement.com/ae/dictionnaire_environnement/definition/changement_climatique.php4

³ Ces textes européens s'ajoutent à la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale, ayant trait à la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

⁴ Art. L 121-2 Code de la consommation

⁵ 2 ans de prison et 300.000€ d'amende ou 80 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit pour les personnes physiques.

⁶ Aux USA la jurisprudence est en construction sur le sujet consulter : Ramirez v. Exxon Mobil Corporation et al before the US District Court, Northern District of Texas : une Class action d'actionnaires jugée recevable le 14/08/2014 à l'encontre de sociétés et dirigeants pour fausse information aux investisseurs sur les mesures d'évaluation des risques de stratégie de développement et de réserves d'actifs liés au changement climatique (16-cv-03111) ;

la Cour de Cassation avait dès 2009⁷ condamné les dirigeants de cette société sur le fondement de pratiques commerciales trompeuses pour des allégations qui vantaient, dans des spots publicitaires diffusés en 2000 à la télévision et sur les emballages de son produit RoundUp, le caractère biodégradable et l'innocuité pour l'environnement de sa substance active, le glyphosate.

-Au droit commun s'ajoute les dispositifs prévus en droit spécial dont les principaux textes fondateurs sont notamment :

- ✓ la loi n°2008-757 du 1er août 2008 qui entérine le principe de pollueur-payeur
- ✓ la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui impose aux entreprises et aux groupes qui emploient deux années consécutives plus de 5 000 salariés en France ou plus de 10 000 en France et à l'étranger, ainsi qu'à leurs dirigeants, un devoir de vigilance quant à la nature durable de leurs activités. Le dirigeant doit ainsi être en mesure de démontrer qu'il a identifié, évalué, cartographié et pris des mesures concrètes de prévention et de gestion des risques climatiques inhérents aux activités de son entreprise⁸ ;
- ✓ la Loi PACTE du 22/05/2019 qui inscrit la Responsabilité Sociale et Environnementale dans le Code civil⁹ français ;
- ✓ la Loi n°2020-1672 du 24/12/2020¹⁰ relative au contrôle de l'application de la loi relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée qui crée un mécanisme similaire à l'article 41-1-3 du code de procédure pénale pour les délits prévus par le code de l'environnement et infractions connexes.;
- ✓ la Loi n°2021-1104 du 22/08/2021 dite « Climat Résilience » qui crée de nouveaux délits alourdissant les sanctions pénales pour les entreprises et les dirigeants tels que :
 - Le délit de mise en danger de l'environnement en cas de non-respect des prescriptions relatives aux installations classées, à la gestion des déchets et au transport de matières dangereuses. Celle loi punit le fait de rejeter dans l'air ou dans les eaux une ou des substances qui entraînent des effets nuisibles graves et durables sur la santé, la flore, la faune, ainsi que le fait d'abandonner, de déposer ou de gérer de façon irrégulière des déchets entraînant une dégradation de la faune et de la flore. Ainsi, le fait d'avoir simplement exposé l'environnement à un risque de dégradation durable de la faune, de la flore ou de l'eau en violant une obligation de sécurité ou de prudence pourra être sanctionné de 3 ans de prison et 250 000€ d'amende. Contrairement au délit général de pollution, les sanctions pourront s'appliquer ex-ante si le comportement est dangereux alors même que la pollution n'a pas eu lieu ;
 - Le délit général de pollution des milieux et délit d'écocide pour les cas les plus graves. Les atteintes les plus graves commises intentionnellement à l'environnement seront passibles d'une peine maximale de 10 ans de prison et 4,5 millions € d'amende (22,5 millions € pour les personnes morales), voire une amende allant jusqu'à dix fois le bénéfice obtenu par l'auteur du dommage commis à l'environnement.

Consulter également : US governmental agency, SEC c/ Wolskswagen and al.(California) sur le scandale des émissions de carbone en 2019 dans le secteur automobile (19-cv-1391).

⁷ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87757

⁸ Sur l'action engagée contre le groupe Total aux fins de voir intégrer dans son plan de vigilance des actions en matière d'atténuation du risque climatique et de prévention des atteintes graves à l'environnement et aux droits humains v. TJ Nanterre, ord., 2 févr. 2021, n° 20/00915.

⁹ «La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (Art. 1833 code civil), et ses statuts peuvent « préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité » (Art. 1835 code civil)

¹⁰ Cette loi adapte en droit interne le Règlement (UE) n° 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017

Rappelons que le troisième alinéa de l'article 121-2 du code pénal dispose que «*la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.*» L'action publique peut donc être engagée à la fois contre un dirigeant, personne physique, et contre l'entreprise, personne morale, poursuivis comme coauteurs de l'infraction, ou l'un comme complice de l'infraction commise par l'autre.

-A tous ces dispositifs de droit européen et français s'ajoutent les mesures de « Soft law » pour les professions réglementées qui se traduisent par des lignes directrices d'autorités régulatrices telles que le rapport de l'ACPR du 17/02/2022 sur la gouvernance du risque de changement climatique dans le secteur de l'assurance synthétisant les bonnes pratiques à adopter.

III – L'assurabilité de la responsabilité personnelle des dirigeants pour les risques climatiques

- Le droit des assurances repose sur le caractère aléatoire des contrats¹¹. Il s'agit, en assurance d'une condition de formation et de validité du contrat puisqu'à défaut la sanction d'ordre public encourue est la nullité dudit contrat (article L. 121-15 du code des assurances). Un sinistre doit donc revêtir un caractère accidentel or, la fréquence et l'intensité des événements climatiques, ajoutés à la période longue d'analyse d'impact d'une activité humaine sur la pollution de l'air, posent la question du caractère aléatoire du risque de changement climatique et son assurabilité au sein du marché de l'assurance vie et non vie.

-La garantie RCMS a pour objet de garantir les coûts (frais de défense et conséquences pécuniaires) d'une réclamation engagée par un tiers contre un dirigeant pour toute faute engageant sa responsabilité personnelle. Or, la responsabilité personnelle d'un dirigeant de droit ou de fait pourrait bien être mise en cause par exemple en cas de manquement à ses obligations légales ou réglementaires relatives à la préservation du climat, ou du fait d'une stratégie d'investissements qui ne tiendrait pas compte des préférences environnementales, sociales et de gouvernance des clients consommateurs.

-Certains assureurs ont intégré dans leurs contrats RCMS des clauses de prises en charge des frais de défense des dirigeants avec un plafond supplémentaire de garantie en cas de réclamations liées à une pollution réelle, alléguée ou potentielle, y inclus les gaz à effet de serre, pour autant que la réclamation soit introduite à l'encontre d'une personne physique en raison d'une faute professionnelle commise en lien avec une obligation légale d'information ou de déclaration. Ceci revient à garantir le manquement du dirigeant aux dispositions légales et réglementaires en matière de déclaration sur le bilan environnemental de son entreprise ou de reporting extra financier¹². Parallèlement, la garantie RCMS est limitée dans son champ d'application par des exclusions relatives aux frais de gestion de crise fondées sur ou ayant pour origine les effets d'une pollution réelle potentielle ou alléguée, ou d'une contamination de l'air par déchargement, dispersion ou échappement de matières polluantes. De même sont exclus des contrats les frais de dépollution et de décontamination compris comme les frais engagés pour évaluer, surveiller, nettoyer, maîtriser, désintoxiquer ou neutraliser les effets d'une atteinte à l'environnement.

-Les juges devront précisément se prononcer sur le fait de savoir si une réclamation relative à des préjudices subis du fait du changement climatique serait ou non assimilable à une réclamation pour pollution ou atteinte à l'environnement. Débat d'autant plus important que les mises en cause peuvent survenir à tout moment sur un champ d'application très large. Ainsi en novembre 2017 une Cour

¹¹ Art. 1108 al.2 code civil français : « *un contrat est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.* »

¹² Cette obligation impose aux dirigeants des grandes sociétés de préciser, dans le rapport de gestion qu'ils présentent aux associés, la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité (C. com., art. L. 225-102-1 et R. 225-105-1)

d'appel en Allemagne jugeait recevable la plainte de M. Luciano Lliuya de nationalité péruvienne contre le groupe allemand RWE AG pour obtenir l'indemnisation de dommages subis du fait d'inondations consécutives à la fonte d'un glacier due aux gaz à effet de serre¹³. La procédure était en l'espèce engagée à l'encontre de l'entreprise industrielle allemande au titre de sa part d'émissions de gaz à effet de serre depuis sa fondation lors de la révolution industrielle au 19ème siècle ! Le directeur général du groupe allemand RWE AG n'a pas été personnellement mis en cause, ce qui ne veut pas dire que dans d'autres circonstances un dirigeant ne pourrait pas être inquiété.

Les contrats vont devoir s'adapter aux évolutions règlementaires et une veille régulière de la jurisprudence et des textes s'impose sur ce sujet qui fait partie des priorités des entreprises au même titre que les risques géopolitiques et cyber. A ce stade si certains acteurs de l'assurance accordent des conditions contractuelles avantageuses pour les entreprises vertueuses, on observe une augmentation des montants de primes et une sinistralité en hausse avec pour corollaire un risque de désengagement des assureurs du risque climatique et un potentiel transfert de risques sur des captives d'(ré)assurance dédiées au risque climatique sur le modèle de celles créées pour le risque cyber.

De façon générale, en l'état seuls 50% des dirigeants français intègrent l'enjeu climatique dans la stratégie de leur entreprise. La gouvernance d'entreprise peine à s'engager notamment par manque de moyens ou d'informations alors même que le marché d'assurance tarde à apporter des solutions concrètes de mutualisation et de gestion des risques. Il y a pourtant urgence à initier un changement de modèle vers un engagement durable accompagné par des experts.

¹³ https://climate-laws.org/geographies/germany/litigation_cases/luciano-lliuya-v-rwe