

Risques

L e s c a h i e r s d e l ' a s s u r a n c e

■ Le risque, c'est la vie

Claude Allègre

■ L'assurabilité des professions à risques

Alain Bentéjac
Robert Bouju
Claude Delpoux
Claude Fluet
Muriel Fontugne
Jérôme Kullmann
Philippe Marie-Jeanne
Olivier Muraire
Stéphane Penet

■ L'équité dans la réparation du dommage corporel

Sylvie Chanh
Claude Delpoux
François Ewald
Pierre-Yves Geoffard
Christian Gollier
Savinien Grignon Dumoulin
Dominique Martin

■ Études et livres

Michel Bisch
Georges Dionne
Marek Garwacki
Pierre Martin
Claire Morel
Alain Rouché
Côme Segrétain



n° 68 ■ Décembre 2006

SEDDITA

Comité éditorial

Jean-Hervé Lorenzi
Directeur de la rédaction

Pierre Bollon
Études et livres

Robert Leblanc
Société

Gilles Bénéplanc Daniel Zajdenweber
Risques et solutions

Philippe Trainar
Analyses et débats

Jean-Marc Boyer Anne Morrier François Ewald

Joëlle Rolland
Secrétaire de rédaction

Comité scientifique

Philippe Askenazy, Mathieu Baratas, Philippe Barbe, Jean Berthon, Michel Bisch, Jean-François Boulier,
Dominique Bourg, Marc Bruschi, Philippe Casson, Françoise Chapuisat,
Pierre-André Chiappori, Michèle Cohen, Georges Dionne, Patrice Duran, Georges Durry,
Louis Eeckhoudt, Didier Folus, Pierre-Yves Geoffard, Claude Gilbert, Christian Gollier,
Marc Guillaume, Bernard Guillochon, Pierre-Cyrille Hautcoeur, Sylvie Hennion-Moreau,
Dominique Henriet, Christian Hess, Vincent Heuzé, Jean-Pierre Indjehagopian,
Pierre Jacquet, Gilles Johanet, Jérôme Kullmann, Dominique de La Garanderie,
Gérard de La Martinière, Pierre-Marie Lamac, Daniel Laurent, Herve Le Borgne, Claude Le Pen,
Laurent Leveneur, Olivier Mareuse, Luc Mayaux, Jean-Christophe Meyfredi,
Erwann Michel-Kerjan, Alain Moeglin, Stéphane Mottet, Michel Mougeot, Bertrand Munier,
Yves Negro, Carlos Pardo, Jacques Pelletan, Pierre Pestieau, Philippe Pierre, Pierre Petauton,
Pierre Picard, Manuel Plisson, Jean-Claude Prager, André Renaudin, Bruce Roger,
Christophe Roux-Dufort, Christian Schmidt, Côme Segretain, Jean-Charles Simon, Olivier Sorba,
Didier Sornette, Charles Tapiero, Patrick Thourot, Alain Trognon, François de Varenne,
Nicolas Véron, Catherine Vesperini, Jean-Luc Wybo

Sommaire

1. *Société* Le risque, c'est la vie

Entretien avec

Claude Allègre, *Ancien ministre* 9

2. *Risques et solutions* L'assurabilité des professions à risques

Daniel Zajdenweber, <i>Introduction</i>	19
Claude Delpoux, <i>Le livre blanc de l'assurance de responsabilité civile six ans après !</i>	22
Olivier Muraire et Stéphane Penet, <i>La problématique d'assurance pour les professions à risques</i>	32
Muriel Fontugne, <i>Responsabilité des dirigeants et assurance</i>	39
Jérôme Kullmann, <i>L'assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes</i>	48
Alain Bentéjac, <i>La problématique « assurances, risques, responsabilités » dans le secteur de l'ingénierie</i>	55
Philippe Marie-Jeanne, <i>Profession à risques ou professions risquées, comment assurer tous les acteurs de la construction ?</i>	59
Robert Bouju, <i>La responsabilité non intentionnelle des élus locaux</i>	68
Claude Fluet, <i>La responsabilité médicale entre obligation de moyens et de résultat : une interprétation</i>	73

3. *Analyses et débats* L'équité dans la réparation du dommage corporel

Philippe Trainar, <i>Introduction</i>	83
Savinien Grignon Dumoulin, <i>L'équité dans la mise en œuvre du droit à réparation du dommage corporel</i>	85
Dominique Martin, <i>Dispositif de règlement des accidents médicaux, équité et action publique</i>	92
Sylvie Chanh, <i>Le régime fiscal des indemnisations</i>	99
Claude Delpoux, <i>Les contraintes assurantielles de l'indemnisation des dommages corporels</i>	103
Pierre-Yves Geoffard, <i>L'équité dans le financement du système d'indemnisation</i>	110
Christian Gollier, <i>Réparation du préjudice et efficacité</i>	116
François Ewald, <i>Pour une réforme de la réparation du dommage corporel</i>	119

4. *Etudes et livres*

Michel Bisch, <i>La protection intellectuelle dans l'assurance</i>	133
Georges Dionne, <i>Mieux gérer les risques privés et sociaux</i>	135
Marek Garwacki, <i>L'assurance accidents du travail et maladies professionnelles aux États-Unis</i>	138
Pierre Martin, <i>L'assurance est-elle historiquement à fonds perdus ?</i>	147
Claire Morel, <i>L'assurance automobile des particuliers aux États-Unis</i>	150
Daniel Zajdenweber Économie et gestion de l'assurance par Côme Segrétain	159
Roger Millot et Alice Rudelle Wateriaux Assurance de santé : acteurs et garanties par Alain Rouché	161

Éditorial

Nous vivons actuellement un moment très passionnant de la vie politique française puisque le débat autour de l'élection présidentielle trouve alors une force et une vitalité exceptionnelles. On pourrait penser que tout cela nous concerne naturellement en tant que citoyens mais se trouve très éloigné des préoccupations de la revue *Risques*. Ce n'est pas le cas, pour une raison extrêmement simple. Le risque existe en effet au cœur même des réflexions des uns et des autres tant sur le plan environnemental que – surtout peut-être – sur le plan économique. Chacun s'est aperçu que le nouvel environnement international a bouleversé nos modes de vie, modifié les biens et services que nous consommons ainsi que leurs processus de production. Cependant, les bouleversements liés à la globalisation s'inscrivent bien au-delà de tout cela. Ils remettent en cause les fondements de notre protection sociale, les principes de nos équilibres macroéconomiques, et – en tout premier lieu – le fonctionnement du marché du travail. Plus exactement, le financement même des risques que chacun d'entre nous court tout au long de sa vie – risques de perte d'emploi, de déqualification, de santé – ne sera peut-être plus pris en charge de manière systématique et complète par un État tout puissant. Là où le changement – dans tous les cas de figure – se fera de manière plus évidente concerne ce qui est du ressort des mouvements dans la vie du travail. Chacun des candidats a en tête les concepts de flexi-sécurité, de sécurité sociale professionnelle, de parcours professionnels sécurisés ; en un mot, le modèle danois est désormais notre référence ultime. Derrière ces termes communs à la Droite et à la Gauche, nous retrouvons l'idée de mieux organiser les étapes d'une vie professionnelle qui peuvent inclure des ruptures, des licenciements, des formations professionnelles, des changements de direction... En résumé, il s'agit d'équilibrer sécurité et flexibilité. Or, c'est bien un subtil équilibre qu'il faut trouver entre le risque et la sécurité. Et c'est ce nouvel équilibre qui fera l'objet du débat et sera vraisemblablement la principale orientation de celle ou de celui qui aura remporté les élections 2007.

Jean-Hervé Lorenzi

1.

Le risque, c'est la vie

■ Claude Allègre

Ancien ministre
Professeur à l'université Denis Diderot
Membre de l'Institut

Claude Allègre

*Ancien ministre
Professeur à l'université Denis Diderot
Membre de l'Institut*

Entretien réalisé par Robert Leblanc, Pierre Bollon, Jean-Hervé Lorenzi.

Risques : Pour vous, le risque, c'est quoi ?

Claude Allègre : Je vais peut-être vous surprendre : pour moi, le risque c'est la vie. Il n'y a pas de vie sans risque, il n'y a pas de créativité sans risque. On ne peut pas avancer sans prendre un certain nombre de risques. Bien sûr, cela ne veut pas dire qu'il faut faire n'importe quoi mais, chaque fois qu'il y a un acte de création, un acte d'innovation (par exemple présenter une nouvelle théorie scientifique, une nouvelle interprétation, trouver une nouvelle façon de peindre ou de faire des photos), on prend un risque parce que, derrière tout ça il y a le principe de *Mimesis* de René Girard, que je considère comme étant l'une des grandes découvertes des sciences humaines.

Je me permets de vous le rappeler : il y a opposition entre l'individu qui cherche à se distinguer, à être particulier, et le groupe qui cherche au contraire à uniformiser, à ce que tout le monde soit semblable. Et l'individu qui se distingue prend le risque d'être le bouc émissaire. Le risque est donc d'être sacrifié si on est trop original. D'où le fait qu'on a mis 50 ans à découvrir Mendel ou Wegener, 80 ans à découvrir Darwin, et ainsi de suite... parce qu'ils étaient trop en avance, donc boucs émissaires. Ce qui fait que la création ne peut être que ce que j'appelle « différentielle », au sens mathématique du terme, c'est-à-dire qu'elle ne peut être qu'une petite avancée par rapport à ce qui est admis communément ; si elle est trop grande, il y a le phénomène du bouc émissaire.

Le risque pris par certains doit permettre d'entraîner le groupe, mais il ne doit pas être tel qu'il mette ceux-là en position de boucs émissaires. Le fait de prendre des risques – raisonnablement, encore une fois, pas de

manière stupide – est quelque chose qui doit être intégré à l'éducation car cela fait partie de la vie.

Risques : Pouvez-vous revenir sur la place du risque dans la démarche scientifique ?

Claude Allègre : C'est une place centrale. Le danger auquel nous sommes aujourd'hui confrontés avec la science, c'est l'uniformisation, et ce, pour deux raisons. La première, c'est le nombre considérable de chercheurs (95 % des chercheurs ayant jamais existé vivent actuellement) et de revues. Nous avons un système de *peer review* qui a tendance à tout homogénéiser. Les articles sont signés par vingt-cinq personnes, dont trois seulement ont travaillé. Les autres, on les a rencontrés dans l'avion de Tombouctou, on a dit deux mots, etc., mais on les fait signer parce que, si on fait signer des tas de gens, ça paraît sérieux. L'innovation, l'originalité est minorée au profit du consensus.

Regardez les Nobel : on donne des prix aujourd'hui à des gens qui ont 70 ans et qui ont fait des travaux il y a 40 ans, ce qui ne s'était jamais vu. Pourquoi cela ? Parce que c'est moins « risqué » de donner le prix Nobel à quelqu'un qui est cité dans la littérature... Grigori Perelman, le mathématicien russe auquel a été décernée la médaille Fields cette année, a refusé de publier dans les revues parce qu'il estime que ce qu'il fait est trop original pour passer l'obstacle des *peer reviews*. Toute son œuvre est publiée sur Internet. Il y a eu un débat terrible, certains disant « mais ce ne sont pas des publications dans des revues », d'autres répondant « oui, mais il a démontré des théorèmes que les autres n'avaient pas démontrés ». Finalement, ils lui ont donné la médaille Fields !

Et on généralise ce vocabulaire horrible qu'est le « consensus scientifique ». C'est un oxymore parce que si c'est un consensus, c'est une banalité. Si tout le monde est d'accord, ce n'est pas une création scientifique !

L'arrivée massive des scientifiques chinois risque d'être un élément d'uniformisation supplémentaire. Les Chinois veulent montrer qu'ils sont aussi bons que les Américains et les imitent. Ils refont les mêmes travaux que les Américains, en essayant de les faire mieux, de mettre plus de moyens, etc. Et, alors qu'ils sont très présents dans la littérature, on ne peut pas dire qu'il y ait une idée vraiment originale qui vienne de Chine et bien sûr pèsent sur eux Confucius et le culte des ancêtres. C'est assez curieux, cela a relativement libéré les Japonais. Maintenant, au Japon, l'innovation, le risque sont vraiment pris comme quelque chose de gratifiant. Mais les grands innovants sont l'Inde et les pays de l'Est, les Russes notamment. Il y a un intellectualisme créatif extraordinaire. Les Indiens sont les rois en informatique, mais ils n'en sont pas esclaves. Si on veut comprendre l'Inde, il faut lire le Mahâbhârata, parce que l'Inde c'est la floraison de cent mille idées, un foisonnement, et une envie d'individualisation.

La seconde raison de l'uniformisation, c'est l'ordinateur. Bien sûr, tous les progrès que nous avons faits n'auraient pas été réalisables sans l'ordinateur, mais en même temps, maintenant, un grand nombre de jeunes font des modèles sur ordinateur, les font tourner, sortent des cartes couleur qui impressionnent tout le monde, se donnent l'air rigoureux (c'est ce qui se passe avec le climat, soit dit en passant)... On a une science qui devient sans inspiration, sans intuition... Les équipes deviennent très nombreuses, organisées comme des régiments... C'est pour moi la meilleure garantie de non-innovation !

Risques : Comment expliquez-vous ce refus croissant du risque qui est allé jusqu'à la constitutionnalisation du principe de précaution ?

Claude Allègre : Je ne suis pas le plus qualifié... Je ne suis pas philosophe, je ne suis pas sociologue pour dire pourquoi la peur. Je vous donnerai quelques facteurs. Un des facteurs, c'est la baisse considérable de la culture scientifique, c'est-à-dire la méfiance pour la science. Le responsable, c'est l'Éducation nationale qui a fait de la science une discipline de sélection au lieu d'en faire une discipline de culture. Ce qui fait que les étudiants qui

sortent de là sont soit scientifiques, soit antiscientifiques. On a là une répulsion basique par rapport à la science. C'est un facteur très important. Et, ministre, je n'ai pas réussi à corriger cela.

Un autre facteur, c'est le chômage. Ça pèse sur la tête des élèves. Depuis pratiquement la classe de seconde, les élèves se font du souci pour leur avenir. Aujourd'hui, le problème n'est pas tant de faire des programmes intéressants et de les réformer, mais de trouver un moyen pour motiver les élèves à étudier, car une partie d'entre eux est totalement découragée par rapport à la vie.

Enfin, il y a sans doute l'effondrement des grandes idéologies. Je n'ai jamais été dans cette catégorie, mais j'ai vécu à une époque dans laquelle vous aviez des communistes purs et durs qui croyaient aux lendemains qui chantent... Et de l'autre côté, des anticommunistes qui se structuraient autour du refus.

Paradoxalement, je pense que le fait que la vie augmente de deux mois tous les ans provoque la peur. On a peur de tout. Il suffit de voir les émissions de télévision, les journaux télévisés. Ils sont dominés par la peur. Il suffit qu'un enfant se prenne les pieds dans un ascenseur pour qu'il fasse l'ouverture du journal télévisé, qu'on vous annonce que le préfet a ordonné une enquête généralisée sur les ascenseurs et que, le lendemain, le ministre vous déclare qu'on va réviser tous les ascenseurs de France. Je prédis que, dans quelques années, peut-être décennies, un veuf ou une veuve attaquera sa société d'assurances ou l'État parce que son conjoint sera mort plus tôt que l'âge moyen de décès de la catégorie à laquelle il appartient (donnée par l'Insee), et réclamera des dommages et intérêts !

Un exemple typique de ce qui se passe : l'amiante à Jussieu. Il faut que vous sachiez que la teneur en amiante à l'intérieur de Jussieu – une fois les lieux plâtrés et les plafonds isolés – est dix fois inférieure à celle des rues de Paris due aux patins de freins des voitures. Mais, sous prétexte que le président de la République a annoncé que l'amiante même à basse teneur était extrêmement dangereuse, sur la base d'un rapport nullissime de l'Inserm qui consistait à extrapoler à zéro des courbes de toxicologie (tout le monde sait que la toxicologie ne

fonctionne qu'avec des seuils), on a décidé de désamianter Jussieu. On a dépensé 1,4 milliard d'euros, soit la construction de six universités. En plâtrant on aurait dépensé 50 millions !

Je ne crois pas que ce phénomène de peur soit général dans le monde, c'est spécifique à l'Europe. Cela a été augmenté considérablement par un phénomène politique majeur, l'entrée des Verts dans le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne qui ont développé à partir de l'Allemagne et du Parlement européen des normes absolument invraisemblables. L'exemple typique est celui des organismes génétiquement modifiés (OGM) : jusqu'à preuve du contraire, personne n'a un indice quelconque d'une maladie ou d'une déficience due aux OGM. Je dis toujours, en plaisantant, qu'il y a sûrement un facteur génétique : les Américains descendent de nos parents qui ont traversé l'Atlantique. Nous, nous descendons de ceux qui sont restés. Notre tendance n'est pas de partir derrière les chariots bâchés vers l'Ouest !

Risques : Pouvez-vous développer ce sujet des OGM ?

Claude Allègre : Nous sommes dans une situation catastrophique. Je vais vous donner un exemple précis : le maïs. La France est un gros producteur de maïs, mais un certain nombre de régions productrices ont des problèmes d'eau. Or une chercheuse d'Afrique du Sud (qui a eu d'ailleurs le grand prix L'Oréal il y a deux ans) a mis au point un maïs OGM qui se contente du tiers de l'eau nécessaire au maïs normal, et qui peut supporter deux mois de sécheresse. Et bien, on n'a pas le droit de l'utiliser. Voici un deuxième exemple : j'étais en Argentine ces jours derniers. Ils m'ont dit : « Grâce à vous, on se développe ! », « Comment ça, grâce à nous ? », « Parce qu'on vous exporte par bateaux entiers notre soja transgénique, c'est comme ça qu'on est en train de relancer l'économie. » Autrement dit, on interdit aux Français de produire du soja transgénique, mais on en importe d'Argentine et on le donne à manger à nos vaches.

Un autre exemple encore : la vigne. C'est la plante la plus susceptible d'être détruite par des parasites et pour laquelle on utilise le plus de pesticides et d'insecticides (vous connaissez tous le sulfate de cuivre). Notre vin,

qu'on le veuille ou non, contient un peu de pesticides ou d'insecticides. Mais les Américains, les Brésiliens, les Australiens et d'autres sont en train de faire des vignes OGM dans lesquelles il n'y aura plus besoin d'insecticides. L'Europe était l'un des grands producteurs de semences. À cause des dégâts faits par les écologistes sous le regard bienveillant des gouvernements successifs, tous les industriels européens sont en train d'abandonner cette activité ou de délocaliser leurs centres de recherche...

Et la vache folle... On a fait comme si elles se transmettaient la maladie par contiguïté. J'ai écrit un petit bouquin qui s'intitulait *Quand on sait tout on ne prévoit rien... et quand on ne sait rien, on prévoit tout*. J'y donne la courbe de natalité des vaches malades. Il suffisait de la regarder pour savoir qu'il n'y avait plus aucun danger en France, et on a abattu 300 000 pauvres vaches pour rien !

Risques : Les vaches folles, ce n'est plus une question d'OGM...

Claude Allègre : Certes, mais je vais vous parler d'une chose complètement différente : les risques naturels. Est-ce que les risques naturels vont augmenter ? La réponse est oui pour les enjeux matériels, non pour les vies humaines. Quels sont les grands risques naturels aujourd'hui sur la planète ? Les éruptions volcaniques, les séismes, les inondations et les cyclones.

Peut-on prévoir les éruptions volcaniques ? Oui, à condition d'avoir un minimum d'instrumentation sur les volcans. Mais, autant on peut les prévoir, autant la prévention n'existe pas. On ne sait pas arrêter une éruption et, s'il y a des maisons, elles sont ensevelies. Or, les gens s'installent sur les pentes des volcans qui sont des lieux très fertiles. Donc nous aurons une augmentation des risques, mais probablement pas des risques de personnes, car on a normalement le temps d'organiser les évacuations des populations concernées.

Peut-on prévoir les tremblements de terre ? Non. Mais, même si on savait les prévoir, sauf à l'heure près, ça ne servirait pas à grand chose. Quand je faisais partie du groupe de travail à l'Onu sur les décennies des risques naturels, nous avons auditionné le maire de San Francisco qui nous a dit : « Si vous nous prévoyez

un séisme pour la semaine prochaine, on va sans doute envoyer les enfants des écoles un peu en dehors de la ville, mais il est hors de question d'arrêter l'activité économique pendant une semaine. Si vous nous prévoyez un tremblement de terre à l'heure près, évidemment, ça sera quelque chose d'important. » Si on ne sait pas bien prévoir quand aura lieu un tremblement de terre, on sait où. Car, à de rares exceptions près, tous les tremblements de terre ont lieu sur des failles préexistantes. Par conséquent, pour les assureurs, c'est à peu près cadré. Et la prévention est remarquablement au point. La construction parasismique est une technologie bien établie. Évidemment, elle coûte à peu près 30 à 35 % de plus. Les séismes feront des dégâts humains dans les régions sous-développées, beaucoup moins dans les régions développées. Vous n'entendez pas parler de gros dégâts au Japon, ni en Grèce, alors que les séismes se produisent par centaines tous les ans. Les Français se préoccupent beaucoup des risques sismiques bien que, en quatre siècles, il y ait eu 40 morts en France, 400 000 en Italie et 1 million en Indonésie. Quant aux Californiens, ils vivent fort bien en sachant qu'il y aura un gros séisme quelque part autour de San Francisco ou de Los Angeles ; et les maisons se vendent, les assurances fonctionnent, etc.

Risques : Avec les inondations et les cyclones, nous abordons les risques climatiques...

Claude Allègre : Parlons-en ! Qu'est-ce qu'on constate, d'abord ? Comment l'explique-t-on ensuite ? Et enfin que pouvons-nous faire ?

On dit que la température moyenne du globe a augmenté de 0,6 °C depuis le début du XXe siècle. Or, à cette époque, on ne connaissait pas la température moyenne du globe avec ce degré de précision compte tenu du fait qu'il n'y avait qu'une centaine de stations sur les continents, surtout en Europe et en Amérique, et quelques mesures à partir de bateaux. Mais il faut un travail plus fin : les Allemands ont depuis longtemps des stations climatiques excellentes ; depuis le début du siècle, les Français, à ma grande honte, n'en avaient pas beaucoup de fiables (Météo France, *dixit*), les Espagnols pas du tout, les Portugais non plus. Si on fait le travail convenablement, la température moyenne de l'Europe

apparaît stable jusqu'en 1987 et un changement assez net intervient à partir de cette date, mais avec des disparités géographiques. À Paris, la température a augmenté de deux degrés depuis le début du siècle, à Berlin pas du tout, à Tokyo pas du tout, à New York pas énormément ; à Saint-Pétersbourg, elle a augmenté depuis 1970 mais à Arkhangelsk, elle a diminué.

Il y a toujours eu d'ailleurs des variations importantes. Il y a 700 millions d'années, la terre était une boule de neige, il y avait de la glace partout, y compris dans les océans. Ça ne s'est pas reproduit. Il y a eu des âges glaciaires, interglaciaires et surtout, ce qui est très étonnant, au milieu des périodes chaudes et froides, des événements imprévus à l'opposé des tendances. Emmanuel Leroy Ladurie a bien montré par exemple que, pendant le petit âge glaciaire, en 1720, une canicule a tué 420 000 personnes en France. Il faut bien comprendre cette instabilité du climat. Entre le XVe et le XIXe siècle, l'Europe est passée par un petit âge glaciaire qui succédait à une période relativement chaude au cours de laquelle les Vikings allaient coloniser le Groenland. Entre ces deux siècles, nous avons eu une période relativement froide. Une année sur deux, on traversait la Seine à pied à Paris. À Londres, la Tamise, c'était tous les ans ! Vous vous souvenez de vos livres d'Histoire et du général Pichegru qui a battu la flotte hollandaise à cheval parce qu'elle était prise dans les glaces ?

Risques : C'est ce que l'on constate... Comment l'explique-t-on ?

Claude Allègre : On ne parle que du CO2.

Il se trouve que les petites variations que l'on a depuis le début du siècle jusqu'en 1987 sont complètement modélisées par les variations de l'activité solaire. On a de très bons enregistrements du champ magnétique terrestre qui permettent de suivre ces variations qui ne sont guère visibles. Il faut savoir que le soleil est variable. C'est un système chaotique avec des cycles réguliers à 11 ans et des fluctuations aléatoires.

De l'irradiation que la terre reçoit du soleil, 50 % arrive au sol et est renvoyée sous forme de rayonnement infrarouge que l'atmosphère retient plus ou moins, selon différents facteurs constitutifs de l'effet de serre.

Le facteur principal est l'eau : entre l'eau en suspension (4 % des particules en suspension) et les nuages, elle est la cause de 70 % de l'effet de serre. Le gaz carbonique, avec son spectre de réflexion dans le domaine infra-rouge, représente à peu près 12 %. Il y a aussi du méthane, de l'ozone et des tétra-fluorures de carbone...

Quel lien peut-on établir entre les variations climatiques et le CO₂ ? On peut tout simplement rapprocher des courbes. Le CO₂ augmente de plus en plus, les températures aussi. Mais le CO₂ augmente depuis longtemps, et la température en Europe depuis 1987. Entre parenthèses, depuis cette date, les composés soufrés décroissent, par application de la réglementation anti-pluies acides. Et les composés soufrés sont des refroidisseurs. Est-ce qu'une partie du réchauffement n'est pas due au fait qu'on a réglementé ? On n'en sait rien. Si c'est le CO₂, en tout cas, il y a 80 ans de latence avant qu'il ait un effet.

Risques : Si l'on constate l'écart de 80 ans, est-ce que cela n'établit pas qu'il n'y a pas de lien ?

Claude Allègre : Non ! Cela serait jouable par un mécanisme, qui est que l'océan absorbe du CO₂, et il met 1 000 ans à tourner.

Les tenants de l'explication du réchauffement par l'effet de serre dû au CO₂ observent aussi dans les archives glaciaires les fluctuations passées de température et de CO₂. Manque de chance, depuis 5 ans, on a montré que la variation de température précède de 800 ans la variation du gaz carbonique !

À propos des glaces, on s'inquiète d'une débâcle dans l'Arctique. Or, il se trouve que 92 % de la glace est dans l'Antarctique et elle ne bouge pas ! Quant au niveau de la mer, il augmente de 2,5 mm par an. On s'alarme au sujet d'une île du Pacifique en train d'être submergée par les eaux, on en fait une page entière du journal du dimanche ! Mais cela n'a rien à voir avec la montée du niveau de la mer, ni avec la pollution créée par l'Australie qui jette ses produits à la mer ! C'est un phénomène géologique classique que j'ai enseigné pendant 30 ans, la subsidence des atolls : les îles d'origine volcanique émergent, puis baissent et finissent sous l'eau...

Les gens qui font des modèles de l'atmosphère sur ordinateur sont sûrs d'eux. Pourtant le climat est extraordinairement difficile à modéliser. Pour vous donner un exemple, les nuages qui s'appellent des cirrus favorisent l'effet de serre ; alors que les stratus qui sont à plus basse atmosphère, au contraire, refroidissent l'atmosphère. Les fameux modèles disent que, chaque fois qu'on double la quantité de gaz carbonique à l'horizon de 2100, on obtient une augmentation de température de un ou deux degrés. Quand je vois la fluctuation thermique moyenne dans la journée, un ou deux degrés, ce n'est pas un gros problème !

Risques : Que doit-on redouter, finalement ?

Claude Allègre : Arrêtons de parler du réchauffement climatique. Sans doute y en a-t-il un mais il est minime, peut-être un ou deux degrés dans le siècle. Quand vous pensez que, il y a quinze jours, il y avait une différence de quinze degrés avec aujourd'hui, vous voyez que ce n'est pas cela qui va nous changer. On ne comprend pas le climat, et peut-être ne le comprendra-t-on jamais pour des raisons d'instabilité intrinsèques au système dynamique de la météo qui font aussi qu'on ne peut prévoir le temps à plus de trois jours...

Ce qui est sûr, c'est qu'il y a un changement des rythmes du climat et une amplification des phénomènes extrêmes. Il ne pleut pas davantage mais la pluie est concentrée sur des périodes de pluies très fortes, alternant avec des périodes de sécheresse très forte. Il n'y a pas plus de cyclones dans la zone Caraïbe, sauf que les cyclones de force cinq ont été multipliés par dix en dix ans. Nous avons déjà eu deux cyclones en Europe : l'un a touché la France en 1999, l'autre la péninsule ibérique l'année dernière... Il y a eu une tempête de neige en Amérique du Nord au mois de septembre, ce qui est tout à fait exceptionnel. L'année dernière, l'hiver russe a été absolument terrible...

Les inondations aussi augmentent partout. Mais il n'y a pas que le changement climatique pour les expliquer ; il y a aussi le fait que l'homme goudronne tout, cimente tout... S'il tombe une goutte d'eau, sauf à s'évaporer, elle coule jusqu'à la rivière. Ce qui est amusant, pour un

expert, c'est que les inondations et la sécheresse, c'est pareil : quand l'eau ruisselle, elle forme des inondations, mais aussi, ne s'infiltrant pas dans le sol, elle n'alimente pas les nappes phréatiques. C'est un phénomène que l'on peut contrer, en réinjectant de l'eau en hiver dans les nappes phréatiques ; cela se fait au Moyen-Orient, en Californie, en Grèce, mais nous ne le faisons pas en France.

Risques : Que peut-on faire, plus généralement ?

Claude Allègre : Nous avons les moyens scientifiques et techniques de prévenir ces catastrophes naturelles, à condition de continuer à faire de la recherche scientifique, ce qui n'est pas garanti. Quels sont les risques pour les Français ? Ils sont ridiculement faibles par rapport à ceux courus par les Indonésiens, les Malais, les Japonais ou les Californiens. Vous avez peut-être remarqué d'ailleurs que les pays les plus innovants et les plus dynamiques sont ceux sur qui pèsent les plus grands risques naturels. Ce n'est peut-être pas par hasard. Il est possible que ceux qui vont habiter ces pays ont compris que la vie c'était le risque et que l'économie c'était le risque aussi.

Faut-il, sur la question centrale du changement climatique, prendre la précaution maximale ? Quel en est le coût et est-ce qu'on est prêt à affecter autant de ressources à cet enjeu, en priorité par rapport à d'autres ? On fait décroître le CO₂ ou on laisse mourir des milliers de gens de pénurie ? On commence par la question de l'eau, et on s'occupe ensuite du gaz carbonique ? Nous sommes dans l'irrationnel. Quand on nous dit qu'il faut diminuer l'émission de gaz carbonique des trois-quarts en dix ans, c'est totalement absurde ! La moitié des émissions de gaz carbonique, c'est la production d'électricité, l'autre moitié les transports et l'industrie. Il n'y a pas de substitut au kérosène pour les avions malgré de nombreuses tentatives. Il y a un substitut pour les bateaux, le nucléaire, mais ça coûte cher. Quant aux voitures, la solution la plus réaliste, ce sont les voitures hybrides. L'amélioration des piles qui est en train de se faire, notamment sous l'impulsion des Japonais, permettra probablement d'arriver à des voitures dans lesquelles le fuel ne représentera qu'un tiers de la dépense d'énergie. Mais je ne vais pas vous apprendre qu'en économie le

facteur temps est important : supposons que nous décidions que toutes les voitures neuves vendues en France, à partir d'aujourd'hui, doivent être des voitures hybrides, le parc automobile ne serait intégralement de voitures hybrides que trente ans plus tard. Évidemment, on peut dire : « Vous ne prenez plus la voiture, tout le monde à vélo, l'avion, on réduit d'un tiers le trafic, les poêles à mazout, terminé ! » Ce n'est pas raisonnable. Si vous vouliez prendre une mesure sérieuse, vous décideriez que, dans dix ans en ville, il n'y aurait plus que des voitures hybrides. C'est une mesure concevable à condition d'avoir le courage de la prendre. Les voitures à pile à combustible posent d'immenses problèmes, d'abord pour préparer l'hydrogène, et deuxièmement pour le distribuer compte tenu du fait que c'est un gaz détonant et par conséquent très dangereux. Avant d'installer un parc de stations-service pour l'hydrogène comme on en a pour l'essence, il faudra pas mal de temps. La pile à combustible est peut-être intéressante, mais l'économie de l'hydrogène n'est pas pour tout de suite.

Je ne suis pas pour autant partisan de laisser continuer l'augmentation du CO₂ dans l'atmosphère, qui est sans aucun doute d'origine humaine. D'ailleurs, ce qui me préoccupe plus que le climat, c'est l'acidification des océans qui se surimpose au pillage des ressources halieutiques et fait que nous allons nous trouver dans des situations terribles sur le plan des ressources alimentaires ou de la survie des coraux, etc.

Il faut sans doute réduire les émissions de CO₂, mais par des moyens raisonnables... et à un rythme raisonnable. Par exemple, en éliminant petit à petit la production d'électricité par le pétrole et le charbon sauf si – et nous y travaillons – nous réussissons à faire la séquestration du CO₂ à un prix sensé.

Risques : On peut donc dire que, intellectuellement, scientifiquement, il y a une espèce de supercherie et que c'est bien de la dénoncer. Est-ce que, du point de vue de la marche du monde, la prise de conscience d'enjeux environnementaux majeurs est quand même utile ?

Claude Allègre : Beaucoup pensent que si vous limitiez le CO₂ vous résoudrez tous les problèmes climatiques. Non ! Par conséquent, l'attitude est très différente. Ce

n'est pas : « mettons le paquet sur le problème du CO2 », mais « adaptons-nous au changement climatique ».

L'affolement des populations a néanmoins un résultat assez intéressant : le budget des laboratoires de recherche travaillant sur le climat a augmenté en moyenne d'un facteur de 5 à 10. Mais il se passe quelque chose de très dangereux à mon avis. Un panel international de scientifiques constitué sous l'égide de l'Onu fait un rapport. Ce rapport de 1 000 pages, personne ne le lit. Ensuite, un deuxième panel de représentants de gouvernements – dont certains sont des scientifiques, d'autres non – est constitué. Son rapport est lisible puisqu'il fait soixante-dix pages, et c'est la vérité officielle. Sur le plan scientifique, c'est terrible. Cette idée d'une vérité officielle, imposée, organisée, est quelque chose d'extrêmement dangereux.

En 1990, j'avais écrit un livre qui s'intitulait *Économiser la planète*. C'était un jeu de mots : ça voulait dire « faites attention de ne pas surexploiter la planète », mais ça voulait dire aussi « faites entrer l'écologie dans l'économie ». Il faut que l'écologie soit un facteur d'enrichissement. Tout ce qui ne rentre pas dans l'économie, ce n'est pas sérieux.

Arrêtons de raconter que l'on va réduire les émissions de

CO2 des trois-quarts en dix ans : comment allez-vous faire ? Vous allez mettre deux cents millions de personnes au chômage pour faire cela ? Il faut arrêter ces balivernes. Il faut faire décroître le CO2 : oui ! Et il y a des solutions, je vous l'ai dit : le nucléaire pour l'électricité, les voitures hybrides...

Risques : Pour en revenir au rejet du risque dans nos sociétés dites post-industrielles, est-ce qu'il n'y a pas aussi cette idée qu'on a joué les apprentis sorciers au XXe siècle ? Et, si l'on prend l'exemple de l'atome, ne faut-il pas distinguer des utilisations dévoyées de la science, comme Hiroshima, du cas de Marie Curie qui s'irradie toute seule ?

Claude Allègre : Elle s'est irradiée toute seule... Eh bien oui ! Comme il y a des chauffeurs de locomotives qui ont explosé. Ça fait partie du progrès. C'est comme ça ! On manipule toute la journée des acides. Si on en buvait un peu, on serait ratatiné. Mais, si on ne les manipulait pas, on ne ferait plus de chimie. Tout est à l'avenant. Il faut arrêter ce machin : le risque zéro. Derrière le principe de précaution, en filigrane, vous avez le risque zéro. Et le risque zéro, c'est la mort !

2.

L'assurabilité des professions à risques

■ Daniel Zajdenweber
Introduction

■ Claude Delpoux
Le livre blanc de l'assurance de responsabilité civile six ans après !

■ Olivier Muraire et Stéphane Penet
La problématique d'assurance pour les professions à risques

■ Muriel Fontugne
Responsabilité des dirigeants et assurance

■ Jérôme Kullmann
L'assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes

■ Alain Bentéjac
La problématique « assurances, risques, responsabilités » dans le secteur de l'ingénierie

■ Philippe Marie-Jeanne
Profession à risques ou professions risquées, comment assurer tous les acteurs de la construction ?

■ Robert Bouju
La responsabilité non intentionnelle des élus locaux

■ Claude Fluet
La responsabilité médicale entre obligation de moyens et de résultat

INTRODUCTION

Daniel Zajdenweber

Professeur à l'université Paris-X Nanterre, Laboratoire EconomiX

L'assurance est une profession paradoxale. D'un côté, elle profite de l'extension continue de la demande de couverture contre tous les risques induits par les activités humaines, qu'elles soient à but lucratif ou non lucratif, d'un autre côté, elle pâtit de l'instabilité juridique et jurisprudentielle qui rend périlleuses l'évaluation des risques et donc celle des cotisations d'assurance. Pis, l'instabilité juridique et jurisprudentielle peut conduire à une aggravation non anticipée des réclamations des assurés, ce qui amène certains assureurs à retirer leur offre du marché. Voici donc le paradoxe : une profession réduisant son offre pendant que la demande s'accroît alors que la fixation des prix reste en principe libre sur le marché de l'assurance.

Dans le domaine de la responsabilité civile des professions à risque, trois facteurs peuvent expliquer cette difficulté croissante à faire se rencontrer l'offre et la demande d'assurance : l'ambiguïté, l'asymétrie d'information avec son corollaire : le biais en faveur des victimes, la spécialisation croissante des métiers, enfin.

L'ambiguïté caractérise tous les risques pour lesquels l'assureur ne dispose pas d'une évaluation fiable des probabilités de survenance des dommages, soit à cause de la nouveauté du risque (par exemple les éventuelles pathologies liées à l'usage intensif des téléphones portables), soit à cause de l'instabilité juridique ou jurisprudentielle qui modifie de façon imprévisible tantôt la nature du risque (par exemple la responsabilité sans faute des médecins ou celle des élus), tantôt le montant des indemnisations, tantôt la charge de la preuve. Confrontés à l'ambiguïté, la réaction des assureurs est d'augmenter les cotisations ou – quand le marché ne peut accepter les surcotisa-

tions – de se retirer du marché. Le corollaire de ce retrait est que le législateur, soucieux du maintien d'un marché de l'assurance, faute de quoi il serait contraint de s'y substituer, doit voter de nouvelles lois pour corriger les conséquences néfastes de l'ambiguïté due aux lois antérieures ou pour corriger les interprétations jurisprudentielles de ces lois, d'où de nouvelles jurisprudences susceptibles de renforcer l'ambiguïté originelle. Les maires, par exemple, peuvent être jugés responsables d'accidents provoqués sur le territoire de leur commune. Or, les jurisprudences des tribunaux (civils ou administratifs ? Cour de cassation ou Conseil d'État ?) fluctuent dans le temps et d'une juridiction à l'autre, d'où des attributions de responsabilité – parfois plusieurs années après le fait générateur – qui ne peuvent qu'augmenter les cotisations et aggraver les réticences des assureurs et, le cas échéant, celles de leurs réassureurs. En conséquence, il a fallu voter de nouvelles lois pour éviter que le risque associé à la fonction de maire, fort peu rémunérée dans la plupart des communes de France, ne soit exorbitant et n'entraîne des cotisations disproportionnées. Dans le domaine voisin mais rémunéré, parfois largement, celui de la responsabilité des dirigeants exécutifs des entreprises, l'évolution récente et quelque peu cahoteuse du droit de la responsabilité, qui peut dans certaines circonstances rendre illégale l'assurance, complique singulièrement la tâche des assureurs qui préfèrent se retirer du marché dans l'attente d'une stabilisation juridique et jurisprudentielle. Les huit articles de cette rubrique sont à cet égard éloquentes. Tous développent un ou plusieurs éléments juridiques illustrant le rôle fluctuant du droit dans la définition et la mesure de la responsabilité civile professionnelle.

Par définition, l'asymétrie d'information déséquilibre la relation entre l'utilisateur d'un produit ou

d'un service et un professionnel fournissant le produit ou le service. Ce fournisseur peut être un médecin, un responsable de service public (école, stade...), un *tour operator*, etc. L'utilisateur, le patient, l'usager ou le voyageur n'ont pas accès à toute l'information sur les qualités et les défauts des produits consommés, sur les conséquences d'un traitement, ni même sur l'opportunité du traitement, sur les risques encourus en jouant dans une cour d'école, dans un stade ou encore en voyageant par l'entremise de telle compagnie aérienne. Or, l'évolution tendancielle des sociétés développées va dans le sens du renforcement de la protection des usagers et des consommateurs *a priori* moins informés que les professionnels, présumés bien informés. D'où un biais en faveur des victimes, aux dépens des assureurs des professionnels. Le cas échéant, en plus de la charge de la preuve, ces assureurs doivent supporter le risque d'indemnisations croissantes, impossibles à évaluer au moment de la souscription du contrat d'assurance puisqu'il a été conclu longtemps avant que la réclamation de la victime ne soit jugée. Pour se prémunir contre cette dérive, liée dans nos sociétés développées – il faut le reconnaître – à l'augmentation tendancielle de la valeur de la vie humaine et au caractère de moins en moins acceptable de la fatalité, les assureurs n'ont pas d'autre recours que d'augmenter leurs cotisations ou, à défaut, de se retirer du marché – quand ils le peuvent.

La spécialisation croissante des métiers et son corollaire, la spécialisation croissante des contrats d'assurance et des assureurs engendrent une difficulté de nature actuarielle. Plus de spécialisation signifie moins de mutualisation, ce qui accroît l'écart-type autour de l'estimation des probabilités, d'où une augmentation du risque de ruine au sens du calcul des probabilités. Ce risque est en partie minoré par l'amélioration de l'information des assureurs car ils profitent des gains de productivité dans la gestion des souscriptions et dans l'évaluation des risques. Il n'empêche que la concentration croissante des risques sur un nombre de plus en plus restreint de professionnels

à haut risque, d'autant moins nombreux qu'ils sont de plus en plus spécialisés, comme par exemple les obstétriciens ou les chirurgiens, voire certaines catégories de chirurgiens, ne peut qu'augmenter les montants attendus des réclamations et donc celui des cotisations exigées à chaque professionnel assuré. Le cas de la responsabilité médicale est à cet égard exemplaire. Il y a quelques décennies, un seul médecin en ville pouvait exercer la gynécologie, l'obstétrique, la radiologie, certaines analyses et même assister (dans un bloc opératoire) un chirurgien opérant son patient – l'auteur de ces lignes peut en témoigner. Les cabinets des médecins libéraux étaient garnis de vitrines contenant toutes sortes d'instruments de petite chirurgie leur permettant de faire des examens sur place ou d'intervenir en cas d'accident sur la voie publique, sans passer par l'hôpital ou le Samu qui, lorsqu'il existait, n'était pas partout opérationnel. En cas d'accident médical, la responsabilité n'était pas partagée. Si faute médicale il y avait, à l'époque seul cas pouvant mettre en cause un médecin, elle ne pouvait concerner qu'une seule personne. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Un patient subit toute une chaîne d'interventions par des spécialistes dont les responsabilités sont individualisées. Certes, en raison de cette spécialisation croissante, la qualité globale des prestations médicales s'est beaucoup améliorée, tout comme la science médicale en général, mais l'apparition de la notion de responsabilité sans faute, couplée à la spécialisation des compétences, ne peut qu'aggraver le risque de ruine de l'assureur, au sens actuariel du terme.

L'exemple de la responsabilité médicale n'est pas isolé. Beaucoup de professions sont confrontées à l'entrelacs des responsabilités. Dans le bâtiment, qui est responsable en cas de malfaçon ou de désordre ? Le fournisseur de béton ? L'architecte ? L'entrepreneur ? L'organisme de contrôle ? Dans le tourisme, qui est responsable en cas de retard ou d'accident ? L'agence de voyage ? *Le tour operator* ? Les transporteurs ? Si oui, lequel ? Comme ni la responsabilité collective ni l'absence de responsabilité – concevable dans un

système d'assurance dommage à la charge des victimes potentielles – ne sont admissibles, sauf dans quelques cas particuliers, les tribunaux finissent par démêler l'écheveau des responsabilités, souvent sans prendre en compte les conséquences de leurs jugements sur l'équilibre économique de la branche concernée. L'ambiguïté analysée précédemment s'en trouve ainsi renforcée.

Les deux premiers articles, celui de *Claude Delpoux* et celui d'*Olivier Muraire* et *Stéphane Penet* analysent et illustrent les évolutions récentes du droit et de la jurisprudence de la responsabilité civile des professions à risque en général. Les deux articles

suivants de *Muriel Fontugne* et de *Jérôme Kullmann* traitent de la responsabilité des dirigeants exécutifs, les *Directors and officers* (D&O) dans le vocabulaire des assureurs. Les deux articles suivants d'*Alain Bentejac* et de *Philippe Marie-Jeanne* exposent les difficultés rencontrées par les assureurs et les réassureurs du secteur bâtiment et travaux publics où la responsabilité décennale est de droit. L'article de *Robert Bouju* traite de la responsabilité des élus locaux. Le dernier article de *Claude Fluet* montre que l'application du droit impacte l'économie, surtout il démontre que le droit de la preuve peut contribuer à la prévention des risques et réduire ainsi le coût des dommages.

LE LIVRE BLANC DE L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE SIX ANS APRÈS !

Claude Delpoux

Directeur des assurances de biens et de responsabilité, FFSA

Dans le préambule au livre blanc de l'assurance de responsabilité civile (RC) diffusé par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) en novembre 2000, les auteurs de cet ouvrage collectif, fruit des réflexions menées depuis plusieurs années au sein du Comité responsabilité civile de l'Apsad, Assemblée plénière des sociétés d'assurances dommages – intégrée à la FFSA en janvier 2000 – expliquaient les raisons qui avaient conduit à l'élaboration de ce texte et le but recherché :

- constat d'une évolution du risque de responsabilité civile le menant aux limites de l'assurabilité et d'insécurité juridique sur l'application des conditions contractuelles de l'assurance de responsabilité civile ;

- nécessité de concilier « une indemnisation équitable des victimes avec une responsabilisation justifiée des entreprises » et de « donner les moyens aux assureurs de responsabilité de remplir leur mission dans des conditions de prévisibilité économique et de sécurité juridique ».

Cet ouvrage concis – caractère à souligner dans un domaine qui suscite une très abondante littérature juridique et économique – posait de façon synthétique la question sociétale du risque de RC (il avait sur ce point une fonction interpellative des décideurs) et traitait de façon analytique les principaux problèmes de l'assurance de RC avec des propositions précises pour les résoudre. Alors que s'ouvre la septième année suivant la diffusion du livre blanc, il est légitime de s'interroger sur l'évolution du risque de RC depuis novembre 2000 au regard des problématiques soulevées par ce livre blanc.

« **L**e bon sens est la chose au monde la mieux partagée » disait Descartes au début du *Discours de la méthode* ajoutant malicieusement « car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux mêmes qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont ». S'il est un sujet bien

partagé au sens qu'il concerne chacun de nous et que chacun a sur lui quelques opinions, c'est bien le sujet de la responsabilité civile et de son assurance. Le « bon sens » en matière d'assurance de la responsabilité civile est celui qui oriente vers une meilleure assurabilité des risques, étant précisé qu'il ne s'agit pas ici d'une assurabilité théorique (tout risque aléatoire est

assurable) mais d'une assurabilité réalisée ; cela implique au moins trois conditions :

- une sécurité juridique sur la délimitation du risque (règles de responsabilité claires et pérennes) et sur les conditions contractuelles de la garantie de l'assurance ;
- un engagement de l'assureur adapté au risque à la fois quant au champ de la garantie et quant à son plafond ;
- un prix de la couverture du risque compatible avec les ressources de l'assuré tirées de l'activité couverte.

S'agissant des conditions de la responsabilité civile, le livre blanc est seulement interpellatif et dans son préambule pose comme « première question essentielle » : « Comment concilier une indemnisation équitable des victimes avec une responsabilisation justifiée des entreprises ? ».

C'est effectivement une question essentielle pour la société et c'est celle-ci, par les décisions de ses représentants, qui doit faire les choix politiques, les arbitrages entre les contraintes économiques, et les aspirations à une protection sans cesse améliorée des victimes, bref trouver le point d'équilibre qui donne à la responsabilité civile sa finalité sociale la plus efficace.

L'assurance à cet égard n'est que l'outil, outil particulièrement important puisqu'il va sécuriser la réparation revenant à la victime, garantir qu'elle est effective – que vaut une condamnation à d'importants dommages et intérêts prononcée contre un responsable insolvable ! – donc contribuer à l'efficacité du dispositif de responsabilité ; mais elle n'est qu'un outil avec ses contraintes techniques et ses limites ; erreur donc de croire que, quelle que soit l'évolution du risque, l'assurance suivra comme jadis l'intendance suivait les armées en campagne ! Les « crises de la responsabilité » ne sont souvent que des crises de l'assurance de responsabilité qui ne peut plus répondre aux besoins de couverture du risque, phénomène naturellement aggravé par l'insécurité juridique sur l'application des clauses contractuelles.

Les messages du livre blanc de l'assurance de responsabilité civile ont-ils eu quelque influence sur les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles ?

Pour proposer une réponse à cette question, nous allons revenir sur quelques événements législatifs ou jurisprudentiels récents touchant à l'assurance de responsabilité et les commenter sous l'éclairage de livre blanc dont un bref résumé figure dans l'encadré ci-après. Nous évoquerons ensuite quelques thèmes de réflexion qui pourraient alimenter une actualisation du livre blanc.

Bref résumé du livre blanc de l'assurance de responsabilité civile (novembre 2000)

Dans le contexte des mutations techniques, sociales et économiques de la société, le risque de responsabilité civile a connu dans les quinze dernières années une évolution sans précédent amenant l'assurance de responsabilité aux confins de ses limites économiques. Face à un risque nécessairement évolutif sous l'effet de pressions multiformes, l'assureur de responsabilité civile est confronté à de nouveaux défis auxquels il ne peut répondre que si les conditions fondamentales de mutualisation des risques aléatoires ne sont pas remises en cause. Les assureurs ont un impératif besoin de sécurité juridique quant à l'application des clauses d'exclusion qui délimitent le risque assuré dans les formules de type « tout sauf », quant à l'application des plafonds de garantie (la garantie est nécessairement limitée, encore faut-il déterminer comment s'épuise le plafond de garantie en cas de sinistres sériels ou catastrophiques) et quant à l'application de la garantie dans le temps.

Les principales propositions du livre blanc :

- généraliser la pratique de l'épuisement des montants de garantie par l'ordre chronologique de présentation des réclamations des lésés à l'assuré et la consolider par la loi ;
- passer entre assureurs une convention de gestion des sinistres catastrophiques permettant d'indemniser les victimes dans la limite des garanties disponibles avant même que les responsabilités soient déterminées ;
- soumettre à l'avis d'une commission composée d'assureurs et de magistrats la rédaction des principales clauses d'exclusion afin de limiter les incertitudes juridiques sur leur interprétation ;
- restaurer la liberté contractuelle pour l'application de la garantie dans le temps aux « grands risques » au

sens de l'article L111-6 du Code des assurances ;

- passer des conventions de marché concernant l'application de la garantie dans le temps en matière de risques de masse (critères à retenir selon les risques, reprise du passé inconnu systématique lorsque le critère recommandé n'est pas le fait générateur, subséquente et ses conditions d'application, arbitrage des litiges entre assureurs...);
- canaliser la responsabilité pour que l'assurance du risque de développement devienne envisageable dans des limites d'engagement certaines ;
- développer l'assurance directe ;
- étendre les possibilités légales et réglementaires de constituer des provisions d'égalisation.

Responsabilité civile : les événements marquants depuis novembre 2000

■ Le comble de l'insécurité juridique

Ironie chronologique, l'arrêt Beule a été rendu dans le mois qui suivait la publication du livre blanc (Conseil d'État, 29 décembre 2000) ⁽¹⁾ : le Conseil d'État adoptait la solution jurisprudentielle imposée par la Cour de cassation depuis le 19 décembre 1990 prohibant la base réclamation (cf. *infra*) en matière d'application de la garantie dans le temps des contrats d'assurance de responsabilité civile et déclarait illégale la clause-type édictée par un arrêté du 27 juin 1980 limitant dans le temps la garantie due en cas de réclamation présentée postérieurement à la cessation du contrat.

Certes, la survivance des clauses base réclamation figurant dans un texte réglementaire alors que depuis décembre 1990 la Cour de cassation en déclarait l'illégalité était une bizarrerie juridique ; mais le motif même retenu par la Cour de cassation pour justifier sa jurisprudence (défaut de cause dans un contrat synallagmatique) était de toute évidence erroné.

L'implacable logique juridique se développant à partir d'un mauvais argument aboutissait à trouver illégal, vingt ans après sa publication, un texte parfaitement légal au moment de celle-ci en se basant sur une jurisprudence novatrice conçue dix ans après !

C'était une illustration quasi caricaturale de l'insécurité juridique dénoncée dans le livre blanc et le signe qu'il était largement temps de traiter enfin par la voie législative la question de la garantie dans le temps. À noter aussi que l'arrêt Beule remettait l'accent sur les problèmes posés par la rétroactivité de la jurisprudence.

■ La RC médicale et son assurance

Longuement préparée après plus d'une décennie de discussions sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, la loi Kouchner du 4 mars 2002 ⁽²⁾ a eu le grand mérite d'édicter les règles relatives à la responsabilité médicale ; cette clarification législative de la RC médicale était nécessaire à un moment où la jurisprudence qui en était longtemps restée aux principes posés par l'arrêt Mercier de 1936 (obligation de moyens du médecin et donc RC uniquement pour faute prouvée) cherchait en diverses directions les moyens de mieux réparer le préjudice des victimes de l'activité médicale.

Rappelons succinctement que la loi Kouchner a :

- écarté la jurisprudence Perruche en matière de maladies génétiques non détectées ;
- posé le principe de la responsabilité pour faute en ce qui concerne les actes diagnostiques ou thérapeutiques ;
- entériné la jurisprudence qui venait de se développer sur les maladies nosocomiales (RC pour faute présumée) ;
- confirmé la RC objective du fournisseur de médicaments ou d'appareils médicaux.

Mais en instaurant une obligation d'assurance et une obligation d'assurer alors que les problèmes d'application de la garantie dans le temps n'étaient pas réglés et que les assureurs étaient confrontés à une aggravation considérable des charges de la RC médicale, la loi Kouchner a provoqué une première crise

en France de l'assurance de RC médicale. Il fallait donc une nouvelle intervention législative pour éviter que nombre de médecins ne se voient dans l'impossibilité d'exercer leur activité n'ayant pas trouvé d'assureur pour les couvrir.

Ce fut le rôle de la loi About promulguée le 30 décembre 2002 ⁽³⁾ ; elle a instauré la base réclamation comme critère d'application de la garantie dans le temps pour tous les contrats d'assurance de RC médicale souscrits après le 1er janvier 2003 avec obligation pour l'assureur de reprendre le passé inconnu et d'accorder une garantie subséquente après cessation d'effet du contrat.

La charge de la réparation du préjudice nosocomial non imputable à une faute de l'établissement pouvant peser trop lourdement sur les coûts de l'assurance, la loi About a apporté une solution peu orthodoxe sur le plan juridique mais qui ne vise que l'efficacité économique : les règles de responsabilité édictées en la matière par la loi Kouchner ne sont pas modifiées mais la loi prévoit que pour les conséquences graves (séquelles se traduisant par une incapacité permanente partielle [IPP] supérieure à 25 %) c'est l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (Oniam) qui prend en charge l'indemnisation (sauf à recourir ensuite contre l'établissement s'il a commis une faute) ; si l'IPP est inférieure à 25 %, la prise en charge incombe à l'assureur de l'établissement hospitalier en cause.

Il est indéniable que les lois Kouchner et About ont apporté de la sécurité juridique en précisant les règles de responsabilité, en instituant un organisme d'indemnisation des accidents médicaux graves n'engageant pas de responsabilité, et en restaurant la base réclamation comme critère d'application de la garantie dans le temps des contrats RC.

Tout n'a pas été résolu pour autant et, en janvier 2006, une nouvelle crise de l'assurance de RC médicale se déclenche après que la Cour de cassation ait refusé d'appliquer rétroactivement les dispositions de la loi Kouchner relatives aux handicaps génétiques non décelés.

Il paraît instructif de reprendre les diverses étapes qui ont conduit à cette situation.

En premier lieu, la Cour de cassation retient une conception souple du lien de causalité en ne

dissociant pas la naissance (qui n'aurait pas eu lieu si la maladie génétique avait été décelée) du handicap (indubitablement **causé** par la maladie génétique et non par la faute du médecin qui ne l'a pas décelée – arrêt Perruche 17 novembre 2000 ⁽⁴⁾).

En second lieu, les critiques d'ordre juridique (le lien de causalité doit rester une condition fondamentale de la responsabilité civile), économique (poids du risque résultant de la jurisprudence) et éthique (naître n'est en aucun cas un préjudice) ont conduit à une intervention législative (l'article 1^{er} de la loi Kouchner du 4 mars 2002).

Puis, la Cour européenne des droits de l'homme estime (arrêts du 6 octobre 2005 ⁽⁵⁾) que l'application rétroactive de l'article 1er de la loi Kouchner aux instances en cours prive les plaignants d'un droit patrimonial acquis avant la date d'entrée en vigueur de la loi et condamne donc l'État français à indemniser les plaignants pour le préjudice résultant de la différence entre ce qu'ils auraient pu obtenir au titre de la responsabilité civile du médecin et ce qu'ils reçoivent des dispositifs sociaux d'aides aux handicapés. Il faut souligner que c'est l'État qui est responsable et que le préjudice est différentiel.

Ensuite, la Cour de cassation écarte le 24 janvier 2006 ⁽⁶⁾ la rétroactivité de l'article 1er de la loi Kouchner en expliquant dans son communiqué que la méconnaissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) exposerait l'État à de nouvelles condamnations ; alors même que ce n'est pas le principe de la rétroactivité de la disposition législative qui est condamné mais le fait que l'État n'ait pas mis en place des dispositifs de compensation au handicap équivalents à une indemnisation de droit commun, la responsabilité pèse à nouveau sur le médecin et évidemment pour la totalité du préjudice y compris le recours des organismes sociaux.

Enfin, par optimisme – ou pour minimiser la crise – d'aucuns ont, lors de réunions sur les conséquences de l'arrêt du 24 janvier 2006, soutenu que le principe de non-rétroactivité ne concernerait que les préjudices ayant donné lieu à action en justice avant la promulgation de la loi Kouchner. D'autres soulignaient que l'on pouvait s'attendre à une extension de la non-rétroactivité pour les préjudices d'enfants nés avant la

promulgation de la loi Kouchner ; la cour d'appel de Reims, par un arrêt du 30 octobre 2006, vient de statuer en ce sens.

Que l'on ne s'étonne donc pas si l'assurance RC de certaines professions médicales à risques lourds est devenue particulièrement chère alors même que les médecins concernés ne peuvent pas répercuter le coût du risque dans le prix de leurs prestations. En ce domaine caractérisé par une grande volatilité des résultats (les sinistres très graves sont rares mais peuvent coûter 5 à 6 millions d'euros !), pour une population d'assurés faible (1 500 obstétriciens libéraux environ), l'opération d'assurance devient difficile. Cependant, pratiquement tous les praticiens médicaux ont trouvé en 2006 un assureur sans recourir au Bureau central de tarification qui n'a eu que soixante et un cas à traiter (1 096 cas en 2003, 417 en 2004).

L'article 66 de la loi 2006-1640 du 21/12/2006 (de financement de la Sécurité sociale pour 2007) autorise le gouvernement à prendre par ordonnance avant le 30 avril 2007 des mesures visant à « limiter les conséquences de la mise en jeu de la responsabilité civile médicale et maîtriser les charges en résultant pour les médecins concernés ». Il s'agirait d'écrêter à 1 ou 2 millions d'euros l'indemnisation à charge du médecin et de son assureur, l'excédent étant pris en charge par l'Oniam.

Longuement discuté tout au long de l'année 2006, l'écrêtement ne fait l'unanimité ni dans son principe, ni quant à l'efficacité attendue.

Il est bien évident que la limitation de la charge de l'indemnisation pesant sur le professionnel et son assureur, dès lors qu'elle serait d'application immédiate (au *minima* aux réclamations présentées à partir de l'ordonnance) aurait un effet mécanique sur la charge de la RC médicale pesant sur les spécialistes à risques lourds. Cependant, les incertitudes sur l'évolution dans l'avenir de la fréquence et du coût moyen des sinistres de RC médicale même en deçà du montant écrêté ne permettent pas de spéculer sur une stabilisation pérenne de la charge des indemnisations du seul fait de l'écrêtement.

Ici encore, l'écrêtement relève d'un choix politique après que les assureurs aient expliqué les avantages et inconvénients de la mesure envisagée.

■ L'encadrement législatif de l'application de la garantie dans le temps

Il avait fallu la crise de l'assurance de RC médicale pour obtenir une restauration législative de la base réclamation.

La voie était ainsi ouverte pour l'encadrement législatif de l'application de la garantie dans le temps dans tous les contrats de RC générale. L'article 80 de la loi 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière comporte des dispositions très sensiblement différentes des propositions du livre blanc : rappelons que celles-ci visaient essentiellement la restauration de la liberté contractuelle pour les grands risques (voir encadré) et l'organisation du marché par convention pour les risques de masse parallèlement à la jurisprudence de décembre 1990 que l'on supposait maintenue. Les propositions du livre blanc impliquaient donc une législation *a minima*. Mais il est apparu impossible de revenir sur une jurisprudence bien établie sans y substituer un cadre légal et réglementaire impératif :

- toute garantie de responsabilité civile couvrant une personne physique en dehors de son activité professionnelle est nécessairement en base « fait dommageable » ;
- toute garantie de responsabilité civile couvrant soit une personne physique du fait de son activité professionnelle, soit une personne morale, peut être stipulée :
 - . soit en base « fait dommageable »,
 - . soit en base « réclamation » ; dans ce cas, le contrat reprend nécessairement le passé inconnu de l'activité couverte et doit comporter une garantie subséquente d'au moins 5 ans (10 ans pour certaines catégories de risques).

Il n'y a pas lieu de rentrer ici dans les détails complexes de la loi et d'évoquer les incertitudes juridiques résiduelles, par exemple sur la mise en jeu de la subséquente. Soulignons que, en matière d'application de la garantie dans le temps, il n'y a pas de solution miracle qui protège l'assuré indéfiniment tout en respectant les contraintes techniques et économiques de l'assurance. La « garantie à perpétuité » instaurée

par la jurisprudence de décembre 1990 était impraticable. La loi du 1er août 2003 réalise donc un compromis entre des exigences contradictoires et il faudrait garder cela à l'esprit avant d'en dénoncer les imperfections soit au nom d'une insuffisante protection des assurés et des victimes, soit au nom des contraintes et pratiques des assureurs.

L'arbitrage des litiges entre assureurs concernant le « passé connu » prévu dans le livre blanc a été mis en place aussitôt après les lois d'encadrement de la garantie dans le temps.

La convention du 24 juin 2003 pour les litiges RC médicale et celle du 17 décembre 2003 pour les autres catégories de responsabilité civile mettent en œuvre les principes suivants :

- tout litige entre assureurs membres de la FFSA ou du GEMA, Groupement des entreprises mutuelles d'assurances, relatif à la détermination du passé connu relève obligatoirement de l'arbitrage professionnel ;
- l'assureur dont le contrat est en vigueur au moment de la réclamation doit gérer le sinistre pour compte commun tant que le litige n'est pas résolu ;
- la distinction entre passé connu et passé inconnu se fait sur la base de critères déterminants indiqués dans chacune des conventions.

La question du « passé connu, passé inconnu » est inhérente à la gestion de la garantie dans le temps en base réclamation puisque la logique même de l'application de la garantie aux réclamations formulées après la date d'effet du contrat implique que l'assureur couvre les réclamations relatives à des faits dommageables commis avant la prise d'effet tandis que le principe même du caractère aléatoire de l'assurance oblige à exclure de la garantie les réclamations consécutives à des faits dommageables dont les conséquences étaient connues de l'assuré au moment de la souscription du risque. Cela peut être à l'origine de conflits irritants qui remettent en cause la légitimité de la base réclamation si les assureurs successifs déclinent tous leur garantie. La profession de l'assurance se devait donc de résoudre en son sein les difficultés inhérentes à l'application d'un critère d'application de la garantie dans le temps – qu'elle revendiquait comme seul compatible avec les contraintes techniques de l'assurance RC de certaines catégories de risques – et on ne

saurait trop insister sur l'importance de ces conventions professionnelles.

■ Les leçons de la catastrophe de Toulouse

En septembre 2002, la FFSA avait émis dans un livre blanc diverses propositions tirées de l'expérience de la gestion de l'indemnisation des dommages consécutifs à l'explosion du site AZF à Toulouse le 21 septembre 2001. Nombre de ces propositions ont été reprises dans la loi *risques technologiques et naturels* (loi Bachelot) du 31 juillet 2003 ⁽⁷⁾ :

- indemnisation des dommages aux biens d'habitation par l'assureur « direct » de ces biens selon les normes de droit commun de la responsabilité civile ;
- présomption d'imputabilité et de réalité des dommages constatés par l'assureur direct (ou son expert) pour faciliter le recours contre le responsable ; les mesures prévues à cet égard par la loi – qui pour préserver les droits de la défense des responsables n'allait pas jusqu'à imposer l'opposabilité – ont été complétées par une convention entre assureurs. Cette convention, adoptée en juin 2004 par la FFSA et le GEMA, prévoit notamment une expertise unique opposable aux assureurs des responsables éventuels pour les dommages aux biens n'excédant pas 100 000 euros (6 500 euros pour les véhicules automobiles) ;
- obligation pour les exploitants de sites Seveso seuil haut de faire procéder à l'estimation de la probabilité d'occurrence et de coût des dommages potentiels aux tiers (article 21 de la loi Bachelot) et de justifier de leur capacité financière et de gestion pour l'indemnisation des victimes d'accidents technologiques imputables à leurs installations (article 23).

■ La faute inexcusable de l'employeur

Avec les arrêts du 28 février 2002 ⁽⁸⁾, la chambre sociale de la Cour de cassation a totalement modifié le paysage de la faute inexcusable de l'employeur. Aux termes d'une jurisprudence constante, la faute inexcusable s'entendait jusque-là comme une faute d'une

exceptionnelle gravité et n'était recherchée et retenue que rarement.

Il faut reconnaître que la définition de la chambre sociale – manquement à l'obligation de sécurité de résultat incombant à l'employeur envers son salarié « lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » – correspond à la conception moderne des obligations de l'employeur en matière de sécurité au travail. Toutefois, le recours à la faute inexcusable n'est certainement pas le moyen le plus efficace à terme pour que l'indemnisation des victimes des accidents du travail se rapproche du droit commun.

Et on sait que, rendus dans des affaires d'amiante, les arrêts du 28 février sont des arrêts de principe qui ouvrent un large champ aux actions en indemnisation complémentaires (au régime de base des accidents du travail) pour les salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles.

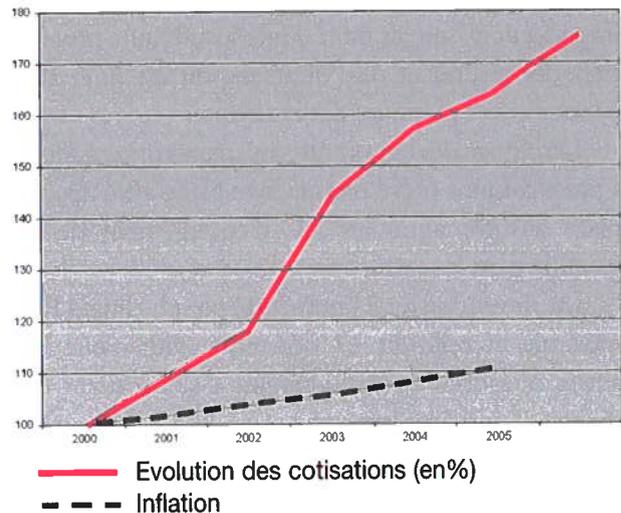
Pour les assureurs, cette jurisprudence a impliqué la nécessité de revoir les conditions de garantie de la faute inexcusable et le coût de cette garantie, jusqu'à marginal, dans l'ensemble des garanties des contrats d'assurance de RC générale.

Mais la jurisprudence de la chambre sociale devrait amener à reconsidérer les modalités actuelles d'indemnisation des accidents du travail et à chercher les dispositifs les plus à même d'améliorer, sans recourir au contentieux particulier de la faute inexcusable, les conditions d'indemnisation des salariés victimes.

■ L'évolution du chiffre d'affaires de l'assurance de RC générale

La période 2000-2006 se caractérise par une forte augmentation du volume des cotisations d'assurance de responsabilité civile générale : 1 847 millions d'euros en 2000 ; 3 244 millions d'euros en 2006. Le tableau ci-après illustre l'évolution comparée de l'inflation et des cotisations d'assurance de responsabilité. À noter aussi que la part des cotisations d'assurance RC générale dans le PIB passe de 0,128 % en 2000 à 0,179 %

en 2005 augmentant donc de 40 %. Ces chiffres montrent la vitalité de cette branche d'assurance sans cesse confrontée à de nouveaux défis.



Perspectives d'évolution du risque de RC

■ Des défis pour l'assurance, des questions pour le nouveau livre blanc

◆ Vers une réforme du droit des obligations ?

Un rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (rapport Catala) a été remis au garde des Sceaux en septembre 2005. Il contient des propositions préoccupantes quant à leur impact sur l'assurance de responsabilité civile notamment en matière de préjudice collectif et de présomption de causalité. Manifestement, le désir d'ouvrir les conditions d'indemnisation des victimes l'a emporté chez les rédacteurs de l'avant-projet sur la recherche d'une position équilibrée entre les intérêts des éventuels lésés et ceux des acteurs de l'économie qui génèrent des risques.

La généralisation de solutions jurisprudentielles particulières ne suffit pas à l'élaboration d'une réforme

dé notre droit de la responsabilité fondée sur l'efficacité. Tout projet de réforme de la responsabilité civile, qu'il soit de portée générale ou qu'il traite d'un domaine particulier, devrait donner lieu à une analyse objective de ses impacts économiques et sociaux et à l'examen *a priori* des possibilités pour l'assurance de responsabilité civile de couvrir les risques définis par le projet.

En dehors de ces perspectives de portée générale, un certain nombre de sujets particuliers vont être au centre des débats prochains sur l'assurance de responsabilité civile.

◆ RC environnementale

Ce thème ne devrait-il pas figurer parmi les événements marquant de la première partie puisqu'il s'agit de la responsabilité environnementale instaurée par la directive européenne du 21 avril 2004⁽⁹⁾ ? Le choix de l'évoquer dans ce chapitre tient à deux raisons : le projet de loi d'introduction de la directive en droit français ne sera discuté que courant 2007 et la couverture du préjudice écologique constitue un nouvel enjeu pour l'assurance de responsabilité civile.

Nous nous limiterons ici à faire quelques remarques sur l'économie générale du dispositif étant souligné qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un régime de responsabilité civile mais d'un mécanisme de réparation du dommage environnemental dont la mise en œuvre incombe aux autorités publiques.

Il est donc vain, nous semble-t-il, de critiquer ces textes au regard du droit de la responsabilité civile d'évidence inadapté à la réparation du préjudice écologique qui affecte, comme le disait fort justement la loi Barnier du 2 février 1995⁽¹⁰⁾, « le patrimoine commun de la Nation ». Les développements maximalistes qui ont caractérisé le droit de la responsabilité civile auraient conduit, s'ils avaient été purement et simplement transposés au dommage écologique, à des aberrations sur le plan économique et, en tout cas, à l'inassurabilité de ces risques. En la matière, le droit doit permettre aux autorités d'arbitrer entre les impératifs économiques et la légitime protection de

l'environnement (il ne sera de développement durable que dans le respect combiné de ces deux ordres d'impératifs).

Le dispositif prévu par la directive et le projet de loi est satisfaisant sur le plan de la sécurité juridique : définition des activités concernées et des dommages visés, procédure de réparation, exonération en cas de risque de développement. En revanche, le projet de loi en son état actuel ne retient pas l'exonération prévue optionnellement par la directive lorsque le dommage est imputable à des rejets autorisés. Or, hormis l'hypothèse d'un risque de développement qui donne lieu par ailleurs à exonération, un tel dommage ne pourrait se produire que s'il y a eu erreur d'appréciation de l'administration qui délivre les autorisations. En cette matière où le discours permanent est qu'il faut « responsabiliser » les acteurs et qui a donné lieu à une charte de l'environnement constitutionnalisée le 1er mars 2005, ne serait-il pas judicieux que chaque décideur (l'État ou l'entreprise, chacun pour ce qui le concerne) soit responsable de ce qui relève de son autorité et des risques liés aux décisions qui lui incombent ? Sachant que, ici, la réserve du droit des tiers est inopérante s'agissant du seul préjudice écologique et non d'atteintes à des intérêts individuels.

Dans ce débat, les assureurs ont réaffirmé qu'ils ne pouvaient couvrir la responsabilité objective de l'exploitant pour le dommage écologique résultant de son activité lorsque les conditions de l'autorisation ont été respectées et qu'aucune négligence ne lui est imputable.

◆ Organismes génétiquement modifiés, OGM

La directive européenne 2001/18/CE⁽¹¹⁾ renvoie aux États membres les questions de responsabilité relative aux cultures d'OGM.

Lors des travaux préparatoires s'est dégagée l'idée reprise dans le rapport Le Déaut/Ménard⁽¹²⁾ que la responsabilité d'un exploitant agricole d'OGM ne devrait être engagée en cas de diffusion fortuite d'OGM dans la production d'un exploitant voisin qu'à partir d'un certain seuil de contamination (qui doit être déterminé en cohérence avec les dispositions

européennes sur le marquage des produits soit 0,9 %). C'est bien ce que prévoit le projet de loi dans son article L 662-6. Mais cette disposition est purement et simplement neutralisée par un texte en aval du projet qui permet à l'exploitant lésé d'invoquer pour tout préjudice de contamination de ses récoltes le droit commun de la responsabilité civile ⁽¹³⁾.

Si nous soulignons ici cet aspect du projet de loi OGM qui mériterait bien d'autres développements, c'est qu'il révèle que la tentation de l'insécurité juridique délibérée reste vivace lorsque sur un sujet sensible des intérêts contradictoires sont en jeu.

◆ L'indemnisation du préjudice corporel

Les polémiques, soulevées tout au long de l'année 2006 après que la profession ait fait état de ses travaux sur l'établissement d'un référentiel d'indemnisation des préjudices corporels non économiques, nous conduisent à évoquer ce sujet dans le cadre de cet article tout en renvoyant aux développements figurant dans ce numéro de *Risques*.

Dans l'esprit du livre blanc de l'assurance de responsabilité civile, nous nous en tiendrons à deux remarques :

- le niveau d'indemnisation des victimes de préjudices corporels relève d'un choix de société évidemment en corrélation avec le niveau de vie de la société concernée et des moyens qu'elle entend consacrer à cette indemnisation, mais ce choix doit être réfléchi et assumé dans ses conséquences économiques (les discussions en RC médicale sur les préjudices lourds engageant la responsabilité des obstétriciens ont bien montré que c'est encore loin d'être évident) ;
- la barémisation ou l'emploi d'un référentiel national serait le signe d'une volonté commune de mettre de la cohérence, de l'équité et de la sécurité juridique dans l'indemnisation du corporel et on voit mal qui a de bonnes raisons pour souhaiter le contraire.

◆ L'action de groupe

Dans sa version 2007, le livre blanc de l'assurance de responsabilité civile aura également à évoquer les conséquences assurantielles de l'action de groupe si

celle-ci fait son entrée dans notre droit ; son impact économique dépendra évidemment du périmètre que le législateur choisira de lui allouer. Notons que si l'action de groupe n'implique pas *a priori* de modification dans le contenu des garanties habituelles d'assurance RC, elle conduira à s'interroger sur l'adéquation des plafonds de garantie aux risques pécuniaires encourus du fait de ces actions.

◆ L'application du plafond de garantie

Les remarques et propositions du livre blanc de novembre 2000 sur ce thème n'ont pas connu de suite notable. Cependant, la question de l'épuisement des plafonds de garantie ne pourra être indéfiniment éludée alors même que les engagements en montants attendus des assureurs de responsabilité civile sont croissants (voir par exemple la loi précitée sur les risques technologiques au paragraphe « Les leçons de la catastrophe de Toulouse ») et que la sécurité juridique sur les modalités d'épuisement des plafonds de garantie est une condition nécessaire pour que les assureurs de responsabilité puissent indemniser très rapidement et sans attendre l'issue de longs contentieux les victimes de catastrophes.

Malgré la longueur de cet article, nous n'avons pu être exhaustifs et nul doute que les rédacteurs du livre blanc 2007 auront du grain à moudre sur quelques autres sujets tout en poursuivant les réflexions évoquées dans les deux parties de cet article.

Notes

1. C. E., sect., 29 décembre 2000, *Beule et autres*, n° 212338 et 215243 (RGDA 2001, p.97, note Vincent).
2. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
3. Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.
4. Cass., ass. Plén., 17 nov. 2000, *Perruche* (JCP G 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas).

5. CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France et Maurice c/ France* (requêtes n° 151303 et n°11810/03) (JCP A 2006, 1021, obs. C. Gauthier).
6. Cass. 1^o civ., 24 janv. 2006, n° 02-13.775 et n° 02-12.260 - n° 01-16.684 et 01-17.042 (JCP G 2006, act. 46; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 94, par Ch. Radé).
7. Loi n°2003-699 *Prévention des risques technologiques et naturels*.
8. Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 837 et n° 838 (JCP G 2002, II, 10053, concl. premier av. gén. Benmakhlouf; JCP E 2002, p. 643, note G. Strebelle).
9. Directive n° 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.
10. Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.
11. Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement.
12. Rapport MM Jean-Yves Le Déaut et Christian Ménard du 13 avril 2005 « sur les enjeux des essais et de l'utilisation des organismes génétiquement modifiés ».
13. L'article L 662-11 du projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés.

LA PROBLÉMATIQUE D'ASSURANCE POUR LES PROFESSIONS À RISQUES

Olivier Muraire

Mandataire général, ACE European Group Limited

Stéphane Penet

Directeur adjoint

Direction des assurances de biens et de responsabilité,

Direction des marchés, FFSA

Les interventions des sociétés d'assurances couvrent sans difficulté les besoins de la société. Même les plus grands événements naturels ou accidentels font l'objet d'une indemnisation efficace dans les pays les plus avancés, sans que l'ampleur de ces catastrophes ne mette en péril l'équilibre des grands acteurs. Alors, pourquoi certains risques ou certaines professions ne trouvent-ils pas, à un coût acceptable, de garantie pour couvrir leur activité ? Enfin, comment le marché français traite-t-il ces difficultés particulières ?

Segmentation et mutualisation Deux phénomènes opposés ?

C'est parce que l'assureur mutualise les risques et les cotisations destinées à les couvrir que l'assurance peut jouer un rôle de lissage. La mutualisation n'est pas un principe impératif de l'assurabilité mais elle est indispensable à l'efficacité économique de l'opération d'assurance. On peut admettre que seul l'aléa est l'élément indispensable à l'assurance mais uniquement si le coût du risque est supporté par un seul acteur (pas de mutualité d'assurés) sur une seule période

économique (pas de mutualisation dans le temps). Pourquoi supporter les coûts de gestion et les taxes éventuelles de l'opération d'assurance ? Le coût de l'assurance sera en effet le coût technique pur, plus les frais. La mise en réserve des sommes nécessaires à surmonter l'événement, qui sont théoriquement égales au coût technique pur et finalement moins coûteuses, est donc plus efficace que le transfert.

Ainsi, au-delà de l'aléa et de la prévisibilité, c'est bien l'étendue de la mutualisation qui permet à l'assureur de déterminer sa cotisation. Il y a donc une recherche d'efficacité qui pousse l'assureur à étendre sa base de mutualisation.

À l'inverse, la taille du marché pousse à la segmentation. Si le risque est tarifé uniformément sur

une population large alors qu'il existe des éléments vérifiables et pertinents permettant une analyse différente d'un certain nombre d'individus – ou de groupes d'individus – dès que le marché est concurrentiel, l'assureur à tarif uniforme risque de souffrir d'une antisélection d'autant plus forte que la concurrence est plus ouverte. Donc, sur un marché large il faut segmenter les risques pour éviter l'antisélection ; ce faisant, on diminue la mutualisation. La situation ultime de ce phénomène est donc la disparition du marché ainsi que l'ont démontré certains économistes ⁽¹⁾.

Fréquence et coût du risque

Au-delà de l'aléa, il est indispensable de déterminer la prévisibilité du risque, coût et fréquence, pour pouvoir réaliser l'opération d'assurance. Par construction intellectuelle, tous les risques sont assurables ⁽²⁾ ; mais s'il est impossible d'assigner une distribution de probabilité à un type de risque, il est très difficile de les mutualiser car probabilité d'occurrence et coûts potentiels sont les éléments essentiels d'une mutualisation. Dès lors que la prévisibilité n'est pas disponible, toute construction de mutualisation sur le risque est artificielle. C'est ce qui rend difficile la garantie des risques nouveaux ou des risques de développement.

Dans le cas de fortes incertitudes sur le coût et la fréquence, le risque de perte est élevé et la tarification technique implique un surcoût d'autant plus important que le montant des garanties est élevé pour financer ce risque de perte.

De même, une fréquence non répartie limite les capacités et augmente les coûts de l'assurance ; c'est par exemple le cas des garanties de grève ou de chômage très liées à la situation économique et sociale, les garanties de dommages informatiques causés par les virus, ou d'événements naturels, qui sont appelées à jouer toutes ensemble.

Difficulté à assurer

■ Une conjonction d'éléments techniques renforcée par l'instabilité ou la contrainte

Sur chacun des éléments évoqués dans les précédents paragraphes, il est possible de trouver les éléments de mitigation de la situation.

En effet, les risques systémiques ou catastrophiques longtemps considérés comme non assurables sont maintenant couverts de façon régulière. Néanmoins, on constate que dans un certain nombre de cas, le marché répond peu ou pas du tout.

On retrouve dans les caractéristiques des risques en cause les éléments déjà évoqués ; mais très souvent viennent se greffer à la qualité technique des risques des éléments extérieurs d'instabilité – principalement judiciaire – ou de contraintes légales.

Effectivement, les exemples abondent de situations où les évolutions jurisprudentielles ont asséché l'offre d'assurance par l'impossibilité de traiter de façon efficace une situation trop discontinuée ; dans le cas où la mutualisation est difficile sur un type de risque donné, au moins l'assureur peut-il envisager de mutualiser sur plusieurs exercices si les fréquences constatées le permettent. Cependant, ce lissage dans le temps est rendu beaucoup plus difficile en cas d'instabilité juridique, la mise en place et le suivi des réserves adéquates pouvant être bouleversés par de nouveaux textes légaux ou de nouvelles décisions jurisprudentielles (l'exemple récent le plus marquant étant celui de la RC médicale).

De même, l'obligation d'assurance peut potentiellement conduire à l'assèchement de l'offre d'assurance d'un marché si la variabilité des risques est telle que certains ensembles sont potentiellement inassurables

et que la présence sur ce marché entraîne l'obligation d'assurer. L'obligation d'assurance n'entraîne pas l'obligation d'assurer en France, mais c'est un mécanisme de cet ordre qui est mis en place avec le BCT, Bureau central de tarification. Et s'il n'a pas encore conduit à un assèchement de l'offre sur certains segments du marché français de l'assurance, c'est parce que les assureurs, en acteurs sociaux responsables, ont pris les mesures pour éviter cela ⁽³⁾.

Exemples de professions et de risques atteignant les limites de l'assurabilité

Les exemples et les domaines d'assurance sont nombreux où les conditions techniques et de marché rendent difficiles la mise en œuvre de garanties adéquates.

Citons parmi d'autres :

- la RC professionnelle de plusieurs professions – depuis la RC médicale jusqu'à celle des commissaires aux comptes ou diagnostiqueurs immobiliers – ;
- les garanties RC produits, avec couverture des frais de retrait, dans l'aéronautique, l'automobile, la pharmacie, etc. ;
- certaines garanties dans le domaine de la construction ;
- les garanties d'actes de terrorisme sur les marchés qui n'ont pas mis en place de procédures spécifiques ;
- les RC ou garanties accidents de certains sports ou professions à risques.

■ La RC de certaines professions médicales

L'expérience personnelle d'un des auteurs du présent article l'a conduit à expérimenter les difficultés de certaines professions médicales, principalement chirurgiens, obstétriciens et anesthésistes.

Dans les années 1998/2002, une compétition pour gagner des parts de marché a mené les assureurs à segmenter leur offre pour offrir des garanties plus étendues avec des cotisations compétitives à plusieurs professions médicales. Les opérations de segmentation ont conduit au regroupement de risques professionnels homogènes et l'augmentation de l'indemnisation des victimes ainsi que celle de la responsabilité objective des acteurs (Loi Kouchner de 2002) ont entraîné d'abord l'augmentation des cotisations, puis le retrait pur et simple de tous les acteurs. Seule une réaction volontariste du marché et la création du Groupement temporaire d'assurance médicale a permis d'éviter une crise grave au premier janvier 2003 avec pour pratiquement tous les anesthésistes, obstétriciens et chirurgiens libéraux, une interdiction d'exercer en France en conformité avec la loi, à cause de leur impossibilité de souscrire une assurance RC professionnelle obligatoire.

L'expérience GTAM, en plus d'une analyse rapide par tous les acteurs du marché de ces risques, a conduit à les accepter avec des cotisations multipliées par trois (par rapport à la moyenne du marché) pour les obstétriciens et les chirurgiens et par deux pour les anesthésistes.

Pour ces derniers, il semble que les efforts des syndicats professionnels couplés à ceux des assureurs aient permis de mettre en avant un *corpus* de « *best practices* » et procédures techniques permettant d'améliorer le risque et de limiter le besoin de croissance des cotisations.

Pour les chirurgiens, et surtout pour les obstétriciens, une indemnisation de plus en plus élevée des victimes, une relation de plus en plus ténue entre préjudice et faute, et une fréquence de sinistres élevée (proche de 20 %), ont effectivement conduit à l'assèchement du marché. L'impossibilité dans de nombreux cas à souscrire une garantie – même avec des cotisations supérieures en partie couverte par des réductions fiscales – s'est confirmée au point que le BCT s'est trouvé engorgé fin 2003 et que le GTAM a dû être étendu au-delà d'un seul exercice.

Aujourd'hui encore, la situation n'est pas stabilisée (voir *infra* « Les professions médicales à risques : une position réactive »).

■ Un risque professionnel juste mutualisé : le risque de guerre des journalistes

Deux mille six est l'année la plus meurtrière pour les journalistes présents sur les zones de conflit. Les grands organes de presse qui envoient leurs journalistes sur les zones à risque cherchent à les couvrir, que ces garanties soient imposées par les conventions collectives – comme en France – ou fassent partie d'accords d'entreprise.

Aujourd'hui, ACE est le seul assureur qui accorde la garantie risque de guerre, et cela uniquement dans le cadre des contrats groupes souscrits à l'année pour l'ensemble des personnels. À ce jour, la surcotisation ne couvre pas les sinistres et cela sur les quatre derniers exercices. Si ACE peut continuer à accorder cette garantie, c'est parce que le reste des cotisations est bénéficiaire. Mais, que de nombreux supports choisissent de ne plus s'assurer en risque de guerre et s'assurent donc pour une cotisation moins élevée – ou bien n'étant pas exposée à ce risque – soient démarchés à moins cher, et le marché disparaîtra par retrait du seul acteur qui mutualise effectivement un risque et ne pourra plus le faire.

C'est là un exemple inverse au précédent où la mutualisation autorise une garantie qui ne pourrait être accordée autrement, les « *freelances* » ne trouvant d'ailleurs pas de couverture à un coût raisonnable.

■ Un exemple d'antisélection causant des pertes par impossibilité de mutualiser : les gendarmes

Il y a quelques années, un courtier ayant ciblé les gendarmes et disposant d'entrées dans ce corps avait proposé un programme de groupement à un assureur de la place. Le groupement mis en place pour le risque automobile s'est retrouvé très rapidement

lourdement déficitaire et a été résilié. Situation étonnante car instinctivement le risque gendarme devrait être de qualité.

Toutefois le développement avait principalement été réalisé auprès de jeunes entrant dans la gendarmerie mobile, les gendarmes plus anciens en brigade étant déjà assurés et fidèles aux deux mutuelles couvrant plus traditionnellement cette profession.

Or, la qualité du « risque gendarme » s'est retrouvée brutalement plus que contrebalancée par l'aggravation du risque automobile lié à la jeunesse de la clientèle, aggravation elle-même amplifiée par un phénomène d'impunité, ou de sentiment d'impunité lié à la profession ! En effet, un jeune gendarme de la « mobile » vit en casernement et dépense donc très peu. Il a les moyens de s'acheter un véhicule plus puissant et plus rapide, il est loin de chez lui et parcourt de nombreux kilomètres lors de ses permissions, il conduit vite car contrôlé par des collègues il anticipe leur indulgence, et une fois dans son « pays » il sort souvent, et pour les mêmes raisons peut être amené à conduire en ayant été moins attentif à ses consommations.

La sinistralité, notamment en dommages corporels, a très rapidement été considérablement supérieure à la moyenne ; et le maintien du groupement aurait entraîné des tarifs tels que les assurés ne seraient pas restés. Ils sont aujourd'hui répartis et mutualisés notamment avec des gendarmes plus mûrs ayant un profil de risque bien plus acceptable, ou assurés comme d'autres jeunes conducteurs. La mutualité détruite par l'antisélection s'est reformée d'une autre manière...

■ Le problème de demain : sélection et discrimination

Pour éviter de discriminer, certains éléments de sélection sont interdits. Aujourd'hui, il est question d'interdire la discrimination tarifaire par le sexe. Pourtant il est prouvé que les femmes sont un « risque automobile » inférieur à celui des hommes ; par ailleurs, elles ont une espérance de vie supérieure. On

devrait donc en tenir compte en leur offrant des cotisations automobile plus compétitives – ce qui est fait mais ne sera bientôt peut-être plus toléré – et en leur faisant supporter des cotisations retraite plus élevées (ce qui ne saurait se faire aujourd'hui).

Alors quelle évolution probable ? Davantage d'interdiction de segmentation et des cotisations automobile moyennées ? Davantage de segmentation et des cotisations de retraite différenciées ? À moins que l'évolution des modes de vie – tabagie et travail féminin plus important – ne conduisent à uniformiser l'espérance de vie... Nous ne le savons pas. Néanmoins la segmentation avec des éléments techniquement discriminants ou son interdiction pour protection de minorités sont peut-être la cause à venir de nouvelles situations assurantielles délicates.

Les réponses du marché

Le marché a souvent eu à faire face à des difficultés d'assurance rencontrées par certaines professions dites « à risque ». Établisons tout d'abord une échelle dans les niveaux de ces difficultés.

Les difficultés ponctuelles de tel ou tel risque sont avant tout l'affaire du jeu naturel de la sélection par les sociétés d'assurances. L'approche collective du problème n'est dans ce cas pas souhaitable. Si le législateur a prévu une obligation d'assurance et d'assurer, le BCT attribuera cette affaire à un assureur suivant des procédures parfaitement encadrées.

Lorsque ces difficultés se généralisent de façon récurrente dans un secteur d'activité donné, la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) est alors saisie soit par son ministère de tutelle (la Direction générale du Trésor et de la Politique économique, DGTPE), soit par les représentants de la profession concernée. Il convient alors d'interroger les assureurs sur leur appréciation de ce risque, de trouver les raisons de ces difficultés en créant le dialogue entre assureurs et assurés.

Le stade ultime est celui de la crise. Il est intéressant de noter que cette situation de crise peut survenir de façon soudaine ou progressive et cet aspect conditionnera fortement la façon dont le marché réagira.

Le degré d'anticipation dont feront preuve les assureurs face à la montée en puissance d'un risque déterminera le fait que celui-ci ne devienne une menace ou une opportunité pour le marché.

Dans l'historique des « difficultés d'assurance », arrêtons-nous sur trois exemples très différents dans leur contexte afin d'illustrer ce lien entre anticipation et opportunité.

■ Les professions médicales à risques : une position réactive

Le cas des professions médicales à risques illustre parfaitement une situation défensive et réactive où les assureurs ont éteint les crises les unes après les autres sans jamais pouvoir « stabiliser » totalement le marché.

Celui-ci a été confronté à des crises soudaines qu'il était souvent difficile d'anticiper. Rappelons-en la chronologie :

- 1999 : arrêt Perruche ;
- 2002 : loi Kouchner ;
- 2003 : loi Abbout ;
- 2005 : remise en cause partielle de la rétroactivité de la loi anti-Perruche par la Cour européenne des droits de l'homme.

En à peine sept ans, les éléments d'appréciation du risque de RC médicale n'ont cessé d'être chahutés, aboutissant à la crise majeure de 2003 (avec plus de la moitié des spécialités à risque qui ne trouvaient plus d'assurance) et à la crise mineure de 2006 toujours non résolue à ce jour.

La crise de 2003 fut surmontée par une action collective sur deux fronts :

- la négociation avec les pouvoirs publics afin d'adoucir les effets de la loi Kouchner : la loi Abbout, mettant une partie du risque d'infections nosocomiales à la charge de la solidarité nationale et fixant la « base réclamation » comme la règle en matière de RC médicale, allait replacer dans le domaine de l'assurable bon nombre de spécialistes et d'établissements qui ne l'étaient plus.

- la mise en place du *pool* GTAM allait permettre d'absorber pendant dix-huit mois les risques non assurés dont le BCT était engorgé risquant ainsi de le convertir en un régulateur de marché, ce qu'il n'est évidemment pas.

Le *pool* de coréassurance GTREM (Groupement temporaire de réassurance médicale) allait prendre la suite du GTAM en 2004.

L'histoire récente de la responsabilité médicale montre bien comment des choix législatifs sans étude d'impact économique et des revirements brutaux de jurisprudence (allant jusqu'à remettre en cause une loi...) placent les assureurs en situation d'absence d'anticipation.

La crise n'est toujours pas totalement résolue à ce jour : les assureurs ont éprouvé la nécessité de reconduire le GTREM en 2007, et les conditions d'assurance satisfaisantes des gynéco-obstétriciens restent toujours à trouver. Et si la décision provisoirement reportée de l'une des mutuelles professionnelles de résilier les obstétriciens était confirmée, nous nous trouverions de nouveau dans une situation de crise avec engorgement du BCT pour cette profession.

La RC médicale, en général, reste largement supportée par le GTREM qui mutualise non pas les risques mais les pertes entre les assureurs, démontrant encore la bonne volonté de la profession.

■ Les scieries : un dialogue entre professionnels

Dans un tout autre contexte, le cas des scieries françaises illustre une plus forte anticipation par les assureurs rendue possible par un dialogue serein entre professionnels.

Rappelons les faits. En 2004, la FFSA a été saisie par la Fédération nationale du bois (FNB) sur les difficultés que rencontraient nombre de leurs adhérents pour s'assurer.

Les 1 200 implantations concernées par le marché de la scierie voyaient pour beaucoup leurs contrats résiliés sans possibilité de trouver un nouvel assureur.

Une étude préalable a rapidement conclu sur la faible degré de sensibilisation au risque incendie de cette profession se traduisant par une absence ou une

non-pertinence des dispositifs de prévention et de protection.

Un programme de travail conjoint entre la FNB et la FFSA en cinq étapes a été mis en place. Partant d'une étude approfondie de la sinistralité, il aboutissait à la rédaction d'un guide des bonnes pratiques de prévention et de protection contre le risque incendie spécifiquement conçu pour les scieries.

Ce document, largement diffusé, détaillait les retours d'expériences de sinistres significatifs, décrivait les phénomènes de combustion et d'explosion, proposait une série de bonnes pratiques en matière de prévention, protection et mesures de sauvegarde, et rappelait enfin les référentiels reconnus par les assureurs en matière de protection incendie.

Ce travail en amont a permis d'éviter une « crise ». Certes, les résultats techniques de ce secteur d'activité continuent d'être sous la vigilance active des assureurs. Mais les difficultés d'assurance de cette profession semblent bel et bien avoir été surmontées.

■ Professions à risques en matière de pollution Quand l'anticipation aboutit à des opportunités...

Le dernier exemple choisi illustre une situation où les assureurs ont pu et su anticiper la montée en puissance d'un risque : celui d'atteinte à l'environnement.

Cette notion de dommages causés par les atteintes à l'environnement est apparue au début des années 1970. Les accidents de Seveso en 1976 et de Bhopal en 1984 ont fortement marqué l'opinion publique. Les législateurs français et européen ont suivi cette évolution encadrant progressivement les obligations et les régimes de responsabilité des établissements à risque :

- loi française sur les déchets en 1975 ;
- loi française sur les installations classées en 1976 ;
- directive européenne de Seveso en 1982 ;
- loi française sur l'eau en 1992 ;
- directive Seveso II en 1996 ;
- directive européenne sur la responsabilité environnementale en 2004.

Les assureurs français ont vite pressenti qu'ils seraient concernés par cette montée progressive de l'exposition des entreprises à une mise en cause de leur responsabilité en la matière.

Mais ce domaine était nouveau. Comment qualifier un dommage environnemental qui ne touche ni des personnes ni des biens appartenant à l'assuré et à un tiers, ni des biens publics au sens strict, mais dont la réparation n'en est pas pour autant facultative ?

Dès 1977, le marché français a mis en place une structure de réflexion, mais aussi de coréassurance, le Garpol, qui a joué le rôle de laboratoire pour les risques d'atteinte à l'environnement. Il a exploré l'assurabilité des risques jusqu'en 1988. Assurpol a pris le relais en 1989 avec une capacité de souscription plus attractive pour les risques industriels.

Cette mise en commun des expertises, des compétences et des capacités, dès la fin des années 1970, permet aujourd'hui aux acteurs français de l'assurance d'aborder la montée en puissance de ce risque avec des solutions déjà rôdées dans le domaine des garanties et de la réassurance.

Lors des discussions à Bruxelles en 2003 concernant la directive sur la responsabilité environnementale, et dans les discussions actuelles avec les pouvoirs publics français concernant la transposition de cette même directive, les assureurs français sont écoutés car leur expérience en la matière est réelle.

Ils peuvent par ailleurs envisager aujourd'hui la montée en puissance du risque environnemental davantage comme une opportunité que comme une

menace. Certains acteurs offrent dès à présent des contrats conformes à la nouvelle directive alors qu'elle n'a pas encore été transférée en droit français.

Le choix de ces exemples n'a pas d'autre ambition que de mettre en lumière l'importance que les assureurs doivent accorder à la veille stratégique de l'évolution des risques, et la nécessité d'adapter en permanence leurs outils d'analyse en fonction de cette évolution des risques et de celle de leur stratégie.

Les difficultés ponctuelles d'assurer un risque donné peuvent être résolues par l'arsenal technique des entreprises d'assurances. Lorsque ces difficultés se généralisent dans un secteur d'activité, les assureurs cherchent alors des solutions collectives. Plus elles seront recherchées tôt, plus la crise pourra être évitée.

Si le contexte l'autorise, cette anticipation permettra même de créer des opportunités nouvelles de développement du marché.

Notes

1. *Rotschild & Stiglitz : Equilibrium in Competitive Insurance Market ; Quarterly Journal of Economics, N° 90.*
2. *Voir à ce sujet l'article technique mais amusant de Karl Boch sur l'assurance de la découverte du monstre du Loch Ness, in Risques n° 1.*
3. *Cf. infra et Olivier Muraire, GTAM (Groupement temporaire d'assurance médicale), Premier retour sur expérience, in Risques n° 57.*

RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS ET ASSURANCE ⁽¹⁾

Muriel Fontugne ⁽²⁾

Directeur général, Chubb Insurance Company of Europe en France

Cet article, axé dans une première partie sur les dirigeants, présente certains des facteurs de nature à augmenter ou limiter les risques de mise en cause ou de condamnation personnelles des dirigeants et traite des risques principaux que ces derniers encourent. Dans la seconde partie, orientée sur les assureurs, nous présentons une grille d'analyse de risques et une discussion sur l'évolution du marché en France après un bref rappel des éléments essentiels des contrats d'assurance responsabilité des dirigeants.

Pour se protéger des risques du métier, administrateurs et dirigeants des groupes français cotés exigent une information annuelle sur l'assurance responsabilité des dirigeants. Quant aux administrateurs indépendants, ils s'inquiètent de l'érosion des montants de garantie par la faute de gestion des managers ou par la condamnation de la personne morale qui les laisserait à découvert, mettant ainsi leur patrimoine personnel en danger.

Si de telles demandes sont répandues dans les grandes entreprises, cela n'est pas le cas dans les entreprises petites ou moyennes, ni dans les associations, même si les mises en cause de dirigeants font régulièrement et depuis quelques années la « une » des journaux ⁽³⁾.

Les risques de mise en cause ou de condamnation d'un dirigeant en France

■ Quels sont les facteurs de nature à augmenter ou à limiter ces risques ?

Sans vouloir citer ni ordonner tous les facteurs

d'aggravation ou de limitation de la responsabilité des dirigeants, nos constats sont les suivants :

- l'environnement économique et social apparaît de plus en plus réglementé en France et davantage encore dès que l'entreprise s'internationalise, ou intervient aux États-Unis, avec pour conséquence l'omniprésence des aspects juridiques dans les relations d'affaires.

- il n'y a plus de secret dans le monde d'aujourd'hui ! Les sources d'informations sont nombreuses. La transmission de l'information est fluide et rapide. Sa résonance est amplifiée par l'impact des médias et des professionnels de l'analyse économique et financière. Sa traçabilité est vite établie y compris parmi les membres d'un conseil d'administration.

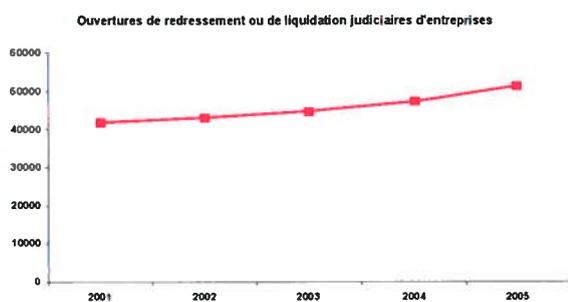
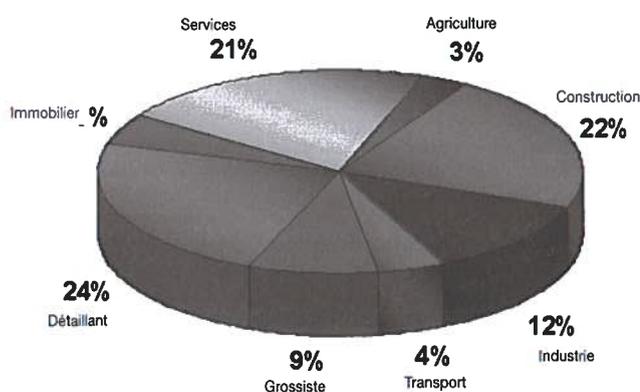
- une « judiciarisation » croissante apparaît entraînant un accroissement du nombre de procédures civiles et pénales ⁽⁴⁾. En France, les organismes de contrôle, tels ceux des marchés financiers ou de la concurrence, ont pu élargir leur efficacité et leur impact grâce – outre leurs pouvoirs d'investigation – à la « repentance et clémence ⁽⁵⁾ » et à leur pouvoir de sanction. Par ailleurs, la saisine du procureur est devenue « automatique » dès qu'un accident industriel grave se produit (droit du travail, environnement, etc.) et fréquente dans de nombreux autres cas (violation des règles de la concurrence, droit boursier...).

- les associations de protection des consommateurs,

des petits actionnaires et des défenseurs de l'environnement sont mieux organisées, plus proactives dans leurs actions ⁽⁶⁾. Les sociétés et leurs mandataires ne peuvent ignorer le risque d'« action groupée » ⁽⁷⁾, voire de « *class action* » à la française ⁽⁸⁾.

- l'observation des statistiques et de l'analyse de la répartition des défaillances d'entreprises enregistrées en 2004 (source Bil D&B) montre qu'aucun secteur n'est épargné par le risque « faillite » générateur d'actions en comblement de passif à l'encontre des dirigeants et que le risque n'est pas en diminution.

Chiffres 2005 : +2,3%



Source: Ministère de la Justice – Les chiffres clés de la Justice

- il y a de plus en plus d'investisseurs institutionnels français et étrangers dans le capital des sociétés françaises avec les risques que cela comporte ⁽⁹⁾.
- des efforts de prévention *via* les exigences en matière d'information, de gouvernance ou de prévention des faillites (NRE, 15 mai 2001, Instructions COB et recommandations complémentaires de l'AMF et la loi de sauvegarde des entreprises, 26 juillet 2005) et,

en ce qui concerne l'information financière externe, un transfert de responsabilité sur les administrateurs.

- une « professionnalisation » accrue des administrateurs s'institue grâce à la volonté de certains groupes français de former systématiquement leurs administrateurs de filiales à l'émergence de formation universitaire spécialisée et au dynamisme des associations professionnelles, tel l'Institut Français des Administrateurs.
- dans une certaine mesure, on trouve une limitation jurisprudentielle ou législative des risques de mise en cause au civil ou au pénal des administrateurs et autres dirigeants personnes physiques .

Ces constats semblent converger vers un risque accru de mise en cause des dirigeants quelles que soient les activités ou la taille de l'entreprise avec, peut être, un « transfert » partiel de l'obligation à indemnisation sur la personne morale seule ou conjointement avec la personne physique.

■ Les risques principaux encourus

◆ Qui est concerné ?

D'abord, sont impliqués les mandataires sociaux administrateurs et par assimilation les membres du conseil de surveillance, du directoire, du comité de direction, ainsi que les dirigeants « exécutifs » (directeur général, directeur général délégué, directeur de production...). Leurs pouvoirs découlent de la loi et des statuts. Ils peuvent déléguer une partie de leurs pouvoirs sous certaines conditions.

Ensuite, sont investis les délégués (pouvoirs, moyens et compétences). Ils engageront la responsabilité de la société et éventuellement leur responsabilité propre.

Enfin, sont engagés les dirigeants de fait, selon l'appréciation du juge.

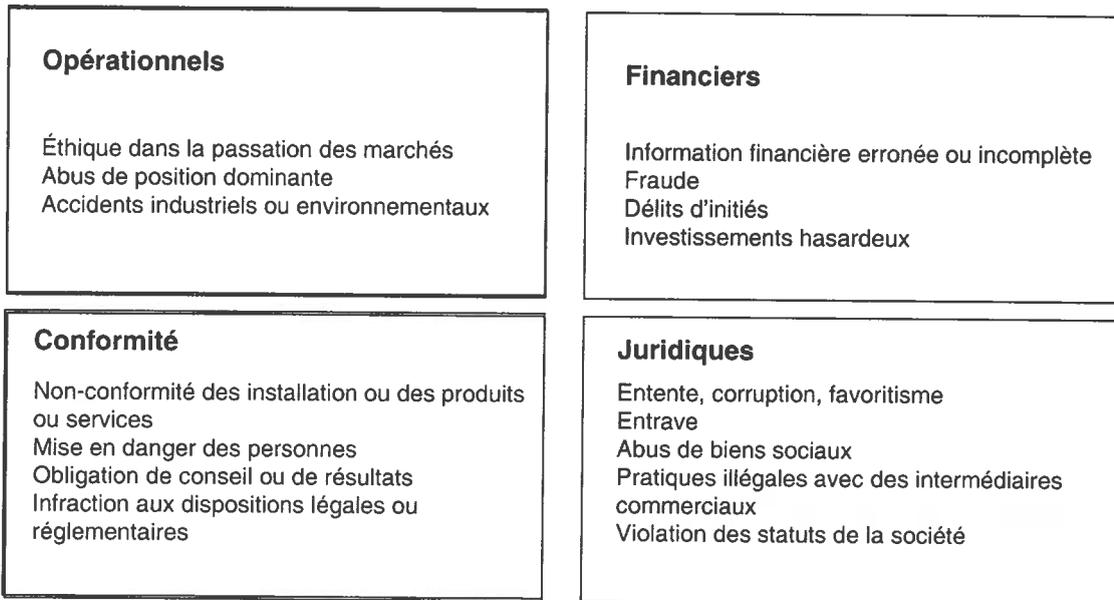
◆ Les origines des risques (fautes de gestion) sont multiples

- Les risques surviennent en général :
 - en raison de ce qui a été décidé (ou ce qui n'a pas été décidé ou suivi) ;

- suite à ce qui a été dit (ou aurait dû être dit) ;
- du fait d'une politique commerciale, d'investissement, etc., – ou pour défaillance dans la mise en

- œuvre d'une politique existante – ;
- du fait également de la non-conformité des produits ou des installations.

◆ Les principales mises en cause par typologie de risques



◆ Les parties prenantes à l'origine des actions contre les dirigeants

D'une façon générale, toutes les personnes physiques ou morales qui estiment avoir subi un préjudice suite à une faute de gestion d'un dirigeant peuvent exercer une action en responsabilité civile contre ce dirigeant.

En fonction de la nature de la faute de gestion ⁽¹⁾, le ministère public ou les autorités administratives pourront engager une action pénale contre le/les dirigeant(s) et souvent la société personne morale. On rappellera que la responsabilité pénale n'est pas exclusive de la responsabilité civile (condamnation à des dommages et intérêts).

Les actions peuvent être initiées par :

- les actionnaires (sociétés, personnes physiques, salariés), les banques ;
- les concurrents, les fournisseurs et les clients ;

- les associations, les organisations de défense (environnement, consommateurs, riverains...)
- les pouvoirs publics et les autorités de contrôle ;
- d'autres (nouveaux) dirigeants/administrateurs ;
- les commissaires aux comptes, les experts-comptables, en défense de leur propre mise en cause ;
- les liquidateurs, les mandataires *ad hoc*.

L'action en responsabilité peut être soit une action individuelle, exercée par une personne ayant subi un préjudice propre, soit une action « sociale » destinée à réparer le préjudice subi par la société – qui peut être intentée par un ou plusieurs actionnaires.

Les actions sont initiées en général sur les fondements suivants :

- le nouveau Code de commerce : l'article L 225-251 : les dirigeants sont responsables individuellement et solidairement sur leurs biens propres (ex-loi du

24 juillet 1966) des conséquences des infractions aux lois et règlements, de toutes violations des statuts, ainsi que de toutes fautes de gestion ;

- la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : les dirigeants peuvent avoir à supporter tout ou partie du passif de la personne morale (ex-article L 624-3, nouveau L 651-2, et article L 652-1 concernant l'obligation aux dettes sociales) ;

- le Code civil (articles 1382, 1383, 1992) ;

- la loi NRE du 15 mai 2001 (pouvoirs des actionnaires) ;

- la loi du 1er août 2003 dite « de sécurité financière ».

Le dirigeant mis en cause personnellement se trouve ainsi confronté à une situation inhabituelle, qu'il ne maîtrise pas, où il est individuellement visé et qui peut affecter son patrimoine personnel. Il doit en effet régler lui-même ses frais de défense et, en cas de condamnation, les amendes et les dommages et intérêts éventuels ⁽¹²⁾.

L'assurance : une protection financière pour les dirigeants

■ L'objet du contrat, son fonctionnement

Par construction, le contrat « responsabilité des dirigeants » est d'abord une protection financière pour les personnes physiques lorsqu'elles sont mises en cause pour une faute de gestion ⁽¹³⁾ individuelle ou collective. Les contrats sont construits sur une base « tous risques sauf ».

La garantie de base, pour les personnes physiques assurées ⁽¹⁴⁾, comprend deux volets :

- le remboursement des frais de défense (civile ou pénale) ⁽¹⁵⁾ ;

- le paiement des dommages et intérêts éventuels.

Des extensions de garantie sont souvent proposées :

- la personne morale administrateur en sa qualité de dirigeant de droit ;

- le remboursement des frais de communication de crise ;
- le remboursement des honoraires d'assistance psychologique ;

- les mandats d'administrateurs personnes physiques dans les participations.

Des extensions de garantie sont également négociées au cas par cas (frais de défense et dommages et intérêts) :

- à la personne morale,

• en cas de réclamation pour faute non séparable,

• pour les réclamations boursières,

• pour les responsabilités spécifiques liées aux introductions en bourse,

- aux personnes physiques assurées,

• pour des réclamations liées à l'emploi (pour des risques dénommés : harcèlement, discrimination, licenciement abusif...),

• pour des mandats d'administrateur dans des « entités » sans lien capitalistique avec le souscripteur.

Les principales exclusions sont :

- la faute intentionnelle ou dolosive ;

- les violations des lois ou règlements constituant un crime ou un délit intentionnel ⁽¹⁶⁾ ;

- les amendes civiles ou pénales, les pénalités de nature fiscale, douanière ou civile ;

- les dommages habituellement couverts par d'autres contrats d'assurance, responsabilité civile (générale, produit, professionnelle, pollution...), responsabilité fiduciaire (plan d'épargne...), propriété industrielle, etc. ;

- les réclamations liées aux avantages personnels, rémunération, etc., obtenus par un assuré et auxquels il n'avait pas légalement droit ;

- les événements ou circonstances connus à la souscription du contrat.

Les points à vérifier sur le fonctionnement du contrat sont :

- le libre choix de l'avocat par l'assuré ;

- la territorialité tant pour les assurés que pour les mises en cause ;

- l'allocation des montants assurés entre la personne morale et les assurés personnes physiques si toutes les

parties bénéficient des garanties frais de défense, voire dommages et intérêts (allocation prédéterminée) ;
 - la problématique des nouvelles activités, acquisitions, ou des sociétés cédées ;
 - le contenu du questionnaire, la qualité requise du signataire et les conséquences en cas de fausse déclaration (cas de la connaissance par un assuré et impact sur d'autres personnes physiques – membres du

conseil ou comité exécutif –) ;
 - la qualité d'« assuré » pour les administrateurs indépendants personnes morales (fonds d'investissement) et le risque consécutif d'érosion pour les personnes physiques du montant de garantie le cas échéant ;
 - l'articulation entre le contrat responsabilité civile générale et le contrat responsabilité des dirigeants ⁽¹⁷⁾.

■ Les critères d'analyse de risques pour les assureurs

<p>Caractéristiques juridiques Âge de la société (moins de 3 ans) Privée LBO, MBO, LMBO ou d'un RES Cotée en bourse, aux États-Unis, émission ADR II ou III Structure juridique (filiales, JV/pays de domiciliation)</p>	<p>Activités à risques Institution financière, promotion immobilière, santé humaine, télécommunications, hautes technologies, informatique, biotechnologies, construction, services aux collectivités publiques, tabac</p>
<p>Situation financière des trois dernières années Rating des agences de notation/crédit Ratio de liquidité, endettement/capitaux propres positifs, résultat net</p>	<p>Environnement économique de l'assuré Concurrence Fusion, acquisition, restructuration Délocalisation Clients/fournisseurs</p>
<p>Gouvernance Composition du conseil Comités spécialisés – audit/rémunérations Représentation des minoritaires/majoritaires</p>	<p>Sinistralité passée : Liste des mises en causes passées (nature et montant)</p>

■ Quel marché pour les assureurs ?

L'assurance responsabilité des dirigeants existe depuis le début des années 1970 aux États-Unis et depuis 25 ans environ en France. Les entreprises françaises publiques ou privées avec un chiffre d'affaires au-delà du milliard d'euros sont toutes assurées.

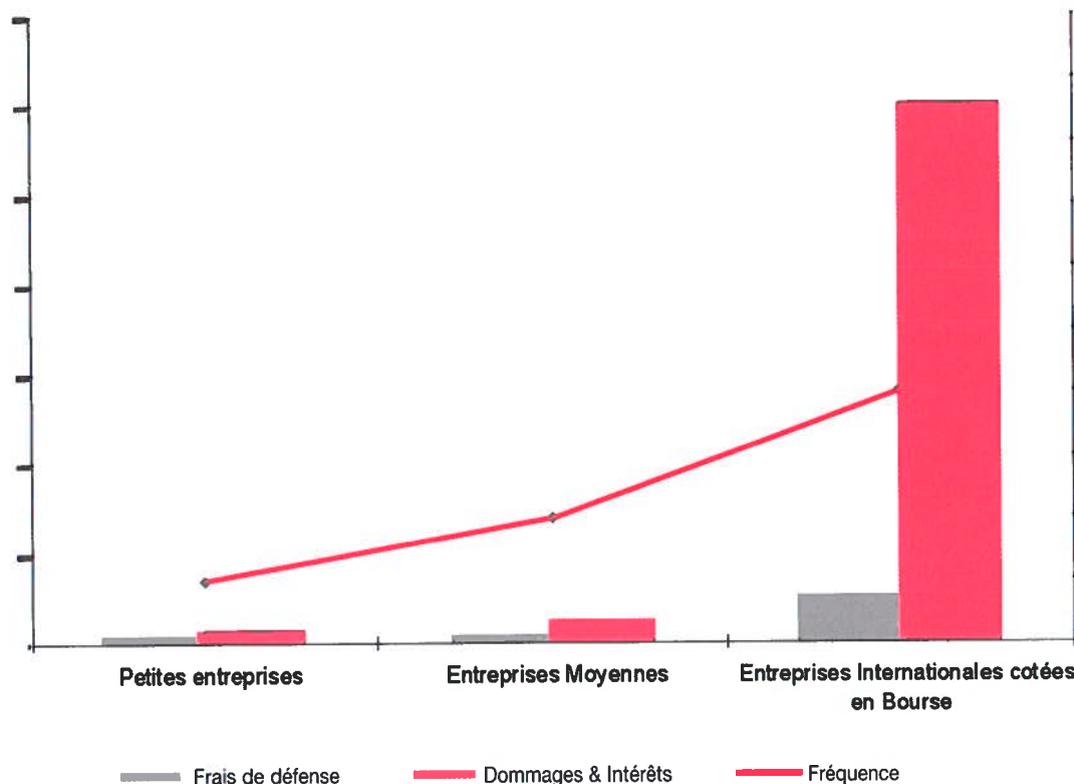
Les PME, TPE, voire les microentreprises qui représentent ensemble plus de 95 % du tissu économique français font l'objet d'actions commerciales importantes de tous les assureurs.

Les assureurs nouveaux entrants et assureurs de

réseaux d'agents se retrouvent en concurrence avec les assureurs traditionnels, certains ayant mis en œuvre une souscription simplifiée et partiellement automatisée.

Pour des montants de garanties entre 750 000 € et 1 500 000 €, les cotisations minimales varient de 700 à 2 300 € ⁽¹⁸⁾ pour des entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 150 millions d'euros, et pour autant que leurs caractéristiques juridiques et financières entrent dans les grilles de tarification automatique des assureurs.

Le profil des risques pour les assureurs peut être illustré par le graphe ci-après :



Le montant des frais de défense va varier en fonction de la nature du litige (droit du travail, concurrence, douanier, boursier, action en comblement de passif...), du type de procédure (civil, pénal, arbitral), de la territorialité (France, États-Unis, autres pays...) et de la complexité du litige.

Le montant des dommages et intérêts est de l'ordre de 50 000 € à plusieurs dizaines de millions d'euros en fonction des critères évoqués ci-dessus.

En conclusion

Les dirigeants ont plus que jamais la nécessité d'anticiper comment leurs actions, décisions, vont être « vécues » et jugées dans le futur. La protection financière de leur patrimoine personnel dépendra de

la qualité de l'assureur choisi ⁽¹⁹⁾, des garanties et des montants assurés.

Quant aux assureurs, la rentabilité des contrats responsabilité des dirigeants dépendra essentiellement de leur discipline de souscription (par opposition à la volonté de conquête de parts de marché) et de leur vigilance à l'évolution de l'environnement juridique et, en particulier, à l'émergence de nouveaux types de réclamations (les « *class actions* » à la française, l'« action directe » contre les assureurs...).

Si la philosophie initiale des contrats responsabilité des dirigeants doit rester celle de la protection des personnes physiques, il faudra nécessairement se poser la question du transfert des garanties aujourd'hui accordées à la personne morale dans les contrats responsabilité des dirigeants vers des contrats spécifiques – à développer – ou vers les contrats responsabilité civile des entreprises.

Annexes

Annexe 1 : Exemple des dossiers sinistres traités par Chubb et par d'autres assureurs

Aux États-Unis, les affaires Enron, Tyco, Worldcom ont marqué par la taille des enjeux financiers, les

comportements répréhensibles des dirigeants et, fait nouveau, par l'obligation faite par le juge de la contribution « personnelle » de personnes physiques.

Les dix plus grosses transactions sont ⁽²¹⁾ :

Enron	2005	7 160 millions USD
World Com, Inc	2004-05	6 156 millions USD
Cendant Corp.	2000	3 529 millions USD
AOL Time Warner	2005	2 500 millions USD
Nortel Networks	2005	2 473 millions USD
Royal Ahold	2005	1 091 millions USD
IPO Allocation litigation	2005	1 000 millions USD
McKesson HBOC	2003	960 millions USD
Lucent Technologies	2003	673 millions USD
Bristol Myers Squibb Co	2004-05	574 millions USD

Aux États-Unis, une action collective a été introduite à l'encontre d'un groupe français, coté dans ce pays, pour défaut de communication lors de l'acquisition d'une autre société aux États-Unis (prise en charge des frais de défense 10 100 000 euros ; paiement des dommages et intérêts 75 000 000 euros).

En France, on peut citer :

- une réclamation boursière introduite à l'encontre de la société et de ses dirigeants pour diffusion de fausses informations lors d'une fusion (prise en charge des frais de défense 1 380 000 euros ; paiement des dommages et intérêts 4 800 000 euros).

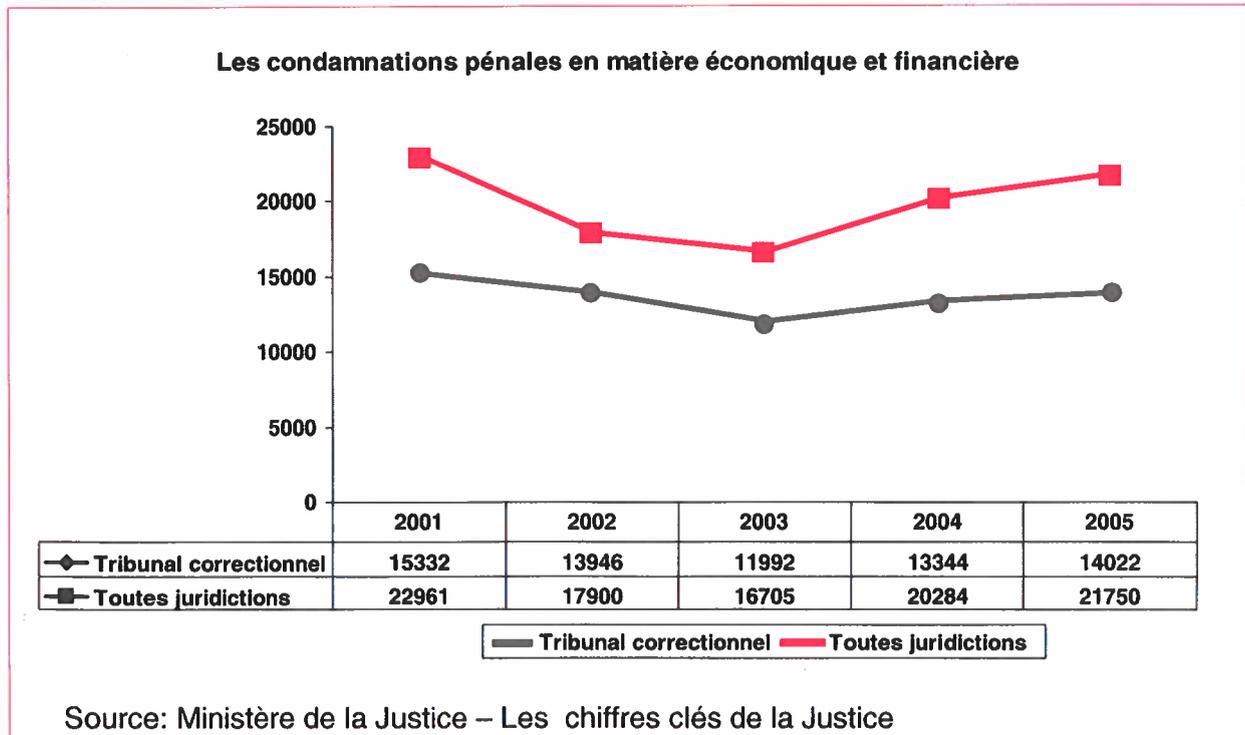
- une action en comblement de passif : assignation à l'encontre de la filiale et de ses administrateurs sur les fondements de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 devenu article L-624.3 du nouveau Code de commerce (prise en charge des frais de défense 230 000 euros ; paiement des dommages et intérêts 1 676 000 euros).

- une poursuite au pénal : un dirigeant de société a été mis en examen, un de ses sous-traitants ayant eu recours à des travailleurs clandestins (prise en charge des frais de défense 15 000 euros).

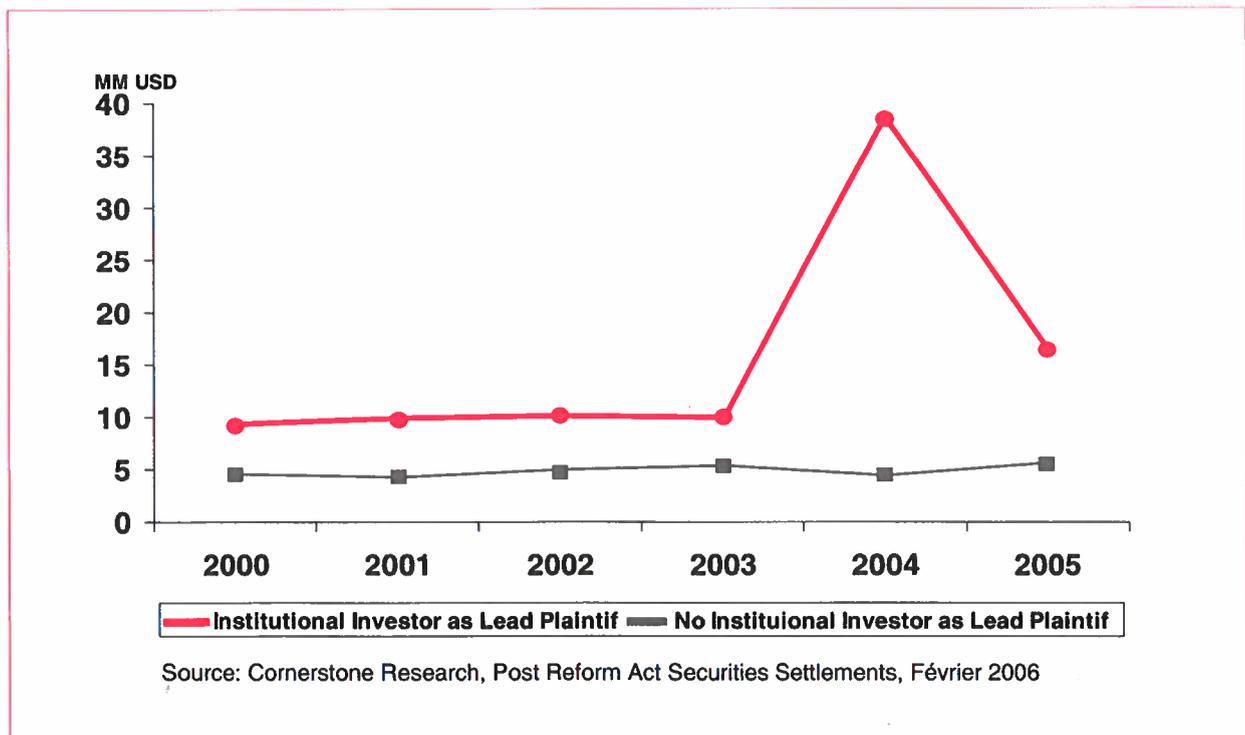
- une mise en cause pour délit d'entrave (Code du travail article L-483.1) : le conseil d'administration d'une société a été assigné pour avoir entravé le fonctionnement du comité d'entreprise en omettant de le consulter sur un projet de réorganisation d'un service (prise en charge des frais de défense 7 500 euros ; paiement des dommages et intérêts 15 000 euros).

- une procédure au civil : assignation délivrée par une société à l'encontre de ses commissaires aux comptes suite à la découverte de détournements perpétrés pendant 2 ans. Appel en garantie des dirigeants par les commissaires aux comptes (prise en charge des frais de défense 28 000 euros ; paiement des dommages et intérêts 168 000 euros).

Annexe 2 : Évolution du nombre de condamnations



Annexe 3 : Comparaison des montants de réclamations aux États-Unis avec ou sans investisseur institutionnel comme plaignant principal – D&O Insurance 2005



Notes

1. Dans cet article nous ne traiterons pas de la responsabilité des dirigeants de sociétés cotées en bourse aux États-Unis.
2. Tous mes remerciements à Hélène Boissan, Guillaume Deal et Hélène Lenaerts de Chubb pour leurs contributions.
3. Voir exemples de sinistres en annexe 1.
4. Les chiffres-clés de la Justice : site du ministère de la Justice, et annexe 2.
5. Voir procédure de clémence pour les repentis sur le site institutionnel du conseil de la concurrence.
6. Voir l'évolution des activités de ADAM , Deminor ou APAC par exemple.
7. TGI de Paris, jugement du 12 septembre 2006 dans l'affaire SIDEL ; les Échos du 13 septembre 2006, La Vie financière du 13 octobre 2006. La presse internationale s'en est même fait l'écho : « International Herald Tribune du 5 décembre 2006 ». Affaire en appel. (Plainte d'actionnaires victimes de fausses informations – et réparation forfaitaire de 10 € par action accordée par le tribunal).
8. Chapitre IV du projet de loi n° 3430 « en faveur des consommateurs ».
9. Voir annexe 3.
10. Ainsi par exemple le « cas de la faute détachable » (faute commise de façon intentionnelle par le dirigeant, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales) qui seule permet depuis l'arrêt du 20 mai 2003 au juge du fonds de retenir la responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers.
11. Exemples : abus de biens sociaux, non-respect du droit du travail (réglementation hygiène et sécurité, accidents du travail, entrave, discrimination) ou du droit de la consommation et de la concurrence ou du droit douanier (import/export) ou encore du droit fiscal (« fraude »).
12. Voir cependant note n° 15.
13. La faute de gestion peut être une simple erreur, omission, imprudence, déclaration inexacte, ou négligence. Celle-ci n'est pas définie par la loi, est appréciée par le juge et évolue avec la jurisprudence.
14. Les assurés : les dirigeants de droit – les administrateurs, le président-directeur général, les directeurs généraux (et adjoints), les membres du conseil de surveillance, gérants ou liquidateurs amiables.
15. L'attention du lecteur est attirée sur un arrêt récent de la cour de cassation (chambre sociale 18/10/2006) qui a condamné l'employeur à prendre en charge les frais de défense engagés par l'un de ses préposés poursuivi en justice pour des faits commis dans le cadre de son activité professionnelle. Cette jurisprudence nous semble ouvrir la porte à la possibilité pour la personne morale de prendre en charge, dans certains cas, les frais de défense de ses dirigeants lorsqu'ils sont mis en cause à titre personnel par des tiers – sans prendre le risque de l'abus de bien social.
16. Les frais de défense seront couverts jusqu'à la reconnaissance par l'assuré ou toute décision de justice ou sentence arbitrale du caractère intentionnel ou dolosif, du caractère fautif ou illicite.
17. Dommages corporels par exemple.
18. Observation du marché en France – octobre 2006 – par Chubb.
19. Solvabilité, expertise dans la gestion des sinistres, responsabilité des dirigeants, capacité de choix des avocats par les assurés...
20. Source Chubb
21. Source Stanford Law School Securities Class Action Clearinghouse, février 2006, D&O Insurance, 2005.

L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS : RÉALITÉS ET FANTASMES

Jérôme Kullmann

Professeur à l'université Paris Dauphine

Directeur de l'Institut des assurances de Paris

Président de l'Association internationale du droit de l'assurance (France)

« Est inséré un article L. 225-254-1 du Code de commerce ainsi rédigé : " Toute assurance en responsabilité civile souscrite ou payée par la société afin de couvrir la responsabilité civile des administrateurs ou du directeur général est nulle et ne peut avoir aucun effet. Toute disposition contraire est réputée non écrite. " »

Fort heureusement, il ne s'agit pas là d'une disposition issue d'une nouvelle loi mais de ce qui n'est pour l'instant qu'une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale « relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées »⁽¹⁾. Son inscription n'a pas été admise mais il n'en est pas moins intéressant de relever les motifs exposés par son auteur⁽²⁾. Celui-ci se réfère à l'actuel article L. 225-251 du Code de commerce : les mandataires sociaux sont « responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

L'auteur de la proposition de loi part alors d'un constat : « Malheureusement, l'application de cette règle par la Cour de cassation montre une réalité aux antipodes de la volonté du législateur de 1966.

La dénaturation inacceptable de la loi par la chambre commerciale explique que des pratiques aussi illégales qu'immorales aient pu trouver leur plein épanouissement. Les apports jurisprudentiels successifs de la Cour de cassation ont condamné la société anonyme à n'être que le bouclier inexpugnable derrière lequel se réfugient tous les mandataires sociaux dès que leur responsabilité est individuellement ou collégalement engagée. En droit comme en

fait, en dehors de certaines situations de faillite, cette responsabilité reste purement théorique. »

La raison en serait simple : « De jurisprudence constante, deux principes retenus par la chambre commerciale et la chambre criminelle de la Cour de cassation interdisent, dans les sociétés anonymes, la mise en jeu de la responsabilité personnelle des mandataires sociaux par les actionnaires ou les tiers. D'une part, il doit être démontré que la faute du mandataire social est séparable de ses fonctions, exercice en pratique impossible au regard de l'interprétation restrictive des tribunaux de la notion de " faute détachable des fonctions ". D'autre part, il est

exigé de celui qui intente l'action en responsabilité un préjudice direct et certain. Or, cette double condition n'est remplie que dans très peu d'hypothèses. Autant dire, en pratique, jamais ». Plus précisément encore, « la jurisprudence de la chambre commerciale exige du salarié, comme de l'actionnaire, qu'il prouve que la faute du mandataire social à l'origine de son préjudice soit détachable de sa fonction tout en déniait cette qualification à toute faute commise dans le cadre du mandat social y compris à la faute intentionnelle caractérisée ». Autrement dit, la responsabilité du dirigeant n'existe pas car la Cour de cassation fait en sorte qu'elle n'existe pas.

C'est avec une très originale lucidité qu'est ensuite abordé le problème de l'assurance de ce risque : « Il existe en effet aujourd'hui des assurances qui couvrent le risque en responsabilité civile, de manière assez curieuse d'ailleurs puisque ce risque est quasi nul compte tenu de la jurisprudence actuelle. » La logique gouverne la conclusion : l'article 2 de la proposition de loi « oblige le dirigeant, comme l'administrateur, dont la responsabilité personnelle a été judiciairement reconnue, à supporter sur ses propres deniers une partie des dommages et intérêts. Pour ce faire, il interdit toute souscription et tout paiement d'assurance en responsabilité civile par la société au profit des dirigeants et des administrateurs ».

Si pareilles assertions révèlent tant l'ignorance du risque de responsabilité d'un dirigeant que la méconnaissance de son assurance⁽³⁾, elles font surtout la part belle à des fantasmes qui refont périodiquement surface depuis plus de trois siècles.

L'ignorance du droit positif

La faute séparable du dirigeant résulte évidemment de son caractère intentionnel. Surtout, elle n'est pas une condition universelle de la responsabilité.

■ La notion de faute détachable

Il faut immédiatement faire justice d'une péremptoire affirmation, contenue dans l'exposé des motifs de la

proposition de loi visant à interdire l'assurance de responsabilité des dirigeants : la chambre commerciale de la Cour de cassation rejeterait la faute détachable même en présence d'une faute intentionnelle. Il suffit de lire l'un de ses arrêts antérieur au dépôt de ce texte à l'Assemblée nationale : « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute détachable de ses fonctions ; il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. En conséquence, la cour d'appel, ayant constaté qu'un dirigeant a cédé à une société deux créances qu'il avait déjà cédées à un établissement bancaire, et avait ainsi volontairement trompé son cocontractant sur la solvabilité de la société dirigée, en a exactement déduit qu'il avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle »⁽⁴⁾.

■ Le domaine restreint de la faute détachable

◆ Les responsabilités du dirigeant

Il est parfaitement exact que la responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers ne peut être engagée qu'à l'occasion d'une faute détachable de ses fonctions⁽⁵⁾. On n'insistera pas outre mesure sur l'évidente logique de cette condition en rappelant simplement que, si tel n'était pas le cas, le dirigeant serait responsable de tous les manquements que l'on peut reprocher à une personne morale, celle-ci ne pouvant plus, dès lors, voir sa responsabilité engagée à l'occasion de son activité. Il faut tout de même sensiblement nuancer la portée de cette condition : la faute détachable n'est pas exigée lorsque le dirigeant est mis en cause par la société, celle-ci pouvant fonder son action sur toute faute, quelle qu'en soit la gravité⁽⁶⁾. Bien plus, le caractère détachable de la faute du dirigeant n'est pas indispensable au succès de l'action en comblement de passif social lorsqu'une insuffisance d'actif est constatée dans le cadre d'une procédure collective⁽⁷⁾.

◆ Les divergences au sein de la Cour de cassation

L'exigence d'une faute détachable – pour la responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers – est affirmée par les chambres civiles de la Cour de cassation⁽⁸⁾, mais telle n'est pas la position de la chambre criminelle. En présence d'une infraction pénale consistant à ne pas avoir souscrit une assurance obligatoire⁽⁹⁾, la troisième chambre civile estime en effet que, même constitutif du délit prévu et réprimé par les articles L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L. 243-3 du Code des assurances, et caractérisant une abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance, le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité décennale n'est pas séparable des fonctions de dirigeant. Elle en déduit que la responsabilité civile personnelle du dirigeant de la société vis-à-vis des tiers qui ont souffert de l'absence de garantie d'assurance n'est pas engagée⁽¹⁰⁾. En revanche, pour la chambre criminelle, le dirigeant doit répondre des conséquences dommageables de l'infraction dont il s'est personnellement rendu coupable ; en conséquence, eût-il été commis dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social, ce délit engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels cette infraction a porté préjudice⁽¹¹⁾. La contemplation des nombreuses infractions pénales que peut commettre un dirigeant et qui sont susceptibles de provoquer la mise en jeu de sa responsabilité civile par des tiers montre que la solution adoptée par la chambre criminelle vient notablement réduire la portée de l'exigence d'une faute détachable.

Il est donc radicalement faux d'affirmer péremptoirement qu'une telle faute constitue une condition *sine qua non* de la responsabilité du dirigeant. En réalité, la responsabilité du dirigeant est effectivement engagée quelle que soit la gravité de sa faute, sauf vis-à-vis des tiers, car les chambres civiles de la Cour de cassation exigent alors une faute séparable définie comme une faute intentionnellement commise et d'une gravité particulière. Ainsi, on ne comprend pas comment on peut soutenir qu'elle reste purement

théorique⁽¹²⁾. On se bornera donc ici à renvoyer aux ouvrages qui présentent des dizaines de décisions de condamnation de dirigeants, étant rappelé que, aux côtés des arrêts de la Cour de cassation, il convient de tenir évidemment compte des décisions rendues par les juridictions du fond et non frappées de pourvois⁽¹³⁾.

Le risque est bel et bien réel, même s'il ne se réalise pas fréquemment. Cette dernière circonstance n'ôte bien entendu pas son objet, ni son intérêt, à l'assurance de la responsabilité des dirigeants – ce n'est pas parce qu'on a jamais été touché par un incendie, par une catastrophe technologique ou naturelle, ou par un acte de terrorisme, que ces risques demeurent purement théoriques et que leur assurance est dépourvue de toute utilité... Au surplus, l'objet et la portée de cette assurance de responsabilité sont plus complexes que les auteurs de la proposition de loi de bannissement semblent l'imaginer.

La méconnaissance de l'assurance de responsabilité des dirigeants

L'utilité de cette assurance n'est pas cantonnée à la garantie de la dette de responsabilité, dont on sait que, à l'origine, elle était conçue comme une assurance de la mise en cause de la responsabilité. En tout état de cause, les comportements les plus vicieux ne sauraient provoquer la mise en jeu des garanties.

■ Un contrat d'assurance multirisques

Si l'on s'en tient à son nom, l'assurance de responsabilité des dirigeants a pour cœur la couverture de la dette de responsabilité. Or, même à supposer que celle-ci soit moins souvent établie par le juge que certains le souhaitent⁽¹⁴⁾, d'autres risques sont garantis dans le cadre des contrats actuellement mis sur le marché. Il faut essentiellement faire état de la prise en

charge des dépenses liées à la mise en cause de la responsabilité, que celle-ci soit finalement reconnue ou non. Un procès engendre en effet des débours dont le montant peut être fort important et dépasser les capacités du dirigeant assuré – et à cet égard, il suffit de consulter la jurisprudence pour constater que les actions ne concernent pas que de grands dirigeants de grandes sociétés ! Si une garantie spécifique est souvent accordée – et semble relever de l'assurance de pertes pécuniaires (ou de frais, diraient nos voisins belges) –, il ne faut pas non plus omettre le système de la direction du procès qui, lui, fait partie intégrante de l'assurance de responsabilité : l'assureur choisit et rémunère lui-même l'avocat, l'expert, etc., qui veilleront à la défense des intérêts de l'assuré ⁽¹⁵⁾. Supprimez l'assurance de responsabilité des dirigeants, et vous faites par là même disparaître la direction du procès.

■ Une garantie limitée

La garantie de la dette de responsabilité civile, comme celle des frais de mise en cause de la responsabilité, n'est jamais illimitée. Outre les plafonds, il faut insister sur les franchises qui peuvent être librement stipulées – et la moralisation de l'assurance est ainsi mise en place.

Cela dit, c'est surtout par le biais de l'exclusion légale de la faute intentionnelle ou dolosive, édictée par l'article L. 113-1 du Code des assurances, que sont écartés de l'assurance les comportements les plus critiquables des dirigeants. Or, l'évolution très récente de la jurisprudence traduit un élargissement du domaine de l'exclusion. On sait que, selon la Cour de cassation, la faute intentionnelle classique suppose la réunion de deux éléments : d'une part, un geste fautif volontairement commis et, d'autre part, la recherche du dommage tel qu'il est effectivement survenu. Ce second élément permet de caractériser la faute intentionnelle subjective, par opposition à un nouveau concept, celui de faute intentionnelle « objective ». Il faut en effet bien comprendre que, dans la première hypothèse, il est rare de trouver une faute intentionnelle dans le domaine d'une activité professionnelle ; si l'on reprend l'exemple du

dirigeant qui ne souscrit pas délibérément une assurance obligatoire, ce n'est pas dans le but même de causer un dommage aux éventuels tiers victimes de l'absence de garantie ; ou celui du dirigeant qui cède à une société deux créances qu'il avait déjà cédées à un établissement bancaire : ce n'est pas dans le but même de causer un dommage à cette société. Il est plus que rare ⁽¹⁶⁾ d'observer un pur motif de vengeance dans le cadre des actes ou des faits commis par un dirigeant au nom de sa société ! En d'autres termes, il n'y a pas faute intentionnelle subjective dès que c'est un intérêt purement égoïste qui a présidé à la faute volontaire.

Tout change avec la faute intentionnelle objective. Le premier élément est toujours exigé, mais le second ne l'est plus : il est remplacé par un constat, celui de la suppression de l'aléa. Deux arrêts reflètent parfaitement cette évolution jurisprudentielle. Dans l'un, une société fait un appel d'offre pour la construction d'un ouvrage et précise que ne seront retenues que les offres qui répondront exactement au cahier des charges. Une offre y satisfait, mais l'entreprise est écartée ; une autre ne lui est pas conforme, mais elle est retenue. La responsabilité de la société est établie, et l'assureur est mis hors de cause car cet assuré a commis une faute intentionnelle en rendant inéluctable la réclamation de la société dont l'offre a été injustement écartée ⁽¹⁷⁾. Dans l'autre arrêt, des époux sont adjudicataires d'un immeuble et ils remettent à leur avocat une somme destinée au Trésor public... somme qui est, semble-t-il, dissipée par ce professionnel. Il est cependant jugé que son assureur de responsabilité ne doit pas sa garantie car il a commis une faute intentionnelle ⁽¹⁸⁾. Pourtant, dans une affaire comme dans l'autre, il est certain que ce n'est pas afin de provoquer un dommage chez la victime que l'assuré a ainsi mal agi.

En conséquence, la faute intentionnelle au sens du droit du contrat d'assurance (article L. 113-1 du Code des assurances) serait ainsi devenue plus large que la faute intentionnelle au sens du droit du dirigeant social, constitutive d'une faute séparable. Cela signifie que même en présence d'une responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers, issue d'une faute séparable, et bien entendu d'une responsabilité non subordonnée à cette dernière, l'assurance de responsabilité

ne permettra pas à cette personne de s'abstraire systématiquement de la charge de la réparation du dommage.

Au fond, le risque de responsabilité et le risque de mise en cause de la responsabilité des dirigeants existent, nombre d'entre eux les ont rencontrés. Les contrats d'assurance que ces personnes peuvent souscrire, ou faire souscrire par leur société, disposent d'un véritable objet. Le paradoxe que l'on observe dans quelques esprits est, lui, vide de sens : le risque est purement théorique, il faut donc supprimer son assurance... À la vérité, on croit discerner dans cette incohérence intellectuelle le signe d'un bien vétuste fantasme : l'assurance tend à rendre l'assuré, devenu garanti, tout bonnement irresponsable.

Conclusion

C'est donc bien le moment, en guise de conclusion, de procéder à un bref rappel historique : l'ordonnance royale de 1681, tout en interdisant l'assurance sur la vie humaine, a aussi prohibé l'assurance de responsabilité civile pour les dommages arrivant par le fait ou la faute de l'assuré⁽¹⁹⁾. En 1783, Balthazar Emerigon affirme qu'« il serait intolérable que l'assuré s'indemnisât sur autrui d'une perte dont il serait l'auteur »⁽²⁰⁾. En 1810, Pothier condamne l'assurance de responsabilité du fait de l'assuré en mettant l'accent sur, non pas le *votum mortis* bien connu en assurance sur la vie humaine, mais l'incitation à la faute : « convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai, ce serait une convention qui inviterait *ad delinquendum* »⁽²¹⁾. Le 1^{er} juillet 1845, la cour d'appel de Paris admet enfin la licéité de cette assurance, mais plusieurs arrêts de la Cour de cassation persistent, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, à déclarer illicite la couverture de la faute lourde de l'assuré... et même le projet de loi de 1904 sur le contrat d'assurance terrestre maintient cette solution. On le sait, c'est la loi du 13 juillet 1930 qui admet la garantie de toute faute à l'exclusion de la faute intentionnelle ou dolosive. Le spectre de l'assuré qui ne va pas hésiter à violer ses obligations légales ou contractuelles en raison de

son assurance a-t-il alors disparu ? Non, bien évidemment ! Pour des raisons tenant à la morale, la loi du 30 octobre 1946 a « interdit à l'employeur de se garantir par une assurance contre les conséquences de la faute inexcusable⁽²²⁾. L'auteur de la faute inexcusable en est responsable sur son patrimoine personnel »⁽²³⁾. Il est alors expliqué qu'« il demeure choquant pour la conscience humaine qu'une faute intentionnelle, et même simplement une faute inexcusable, n'ait pas de conséquences graves pour celui qui l'a commise ou dont le préposé est l'auteur »⁽²⁴⁾. Devant les désastres subis par les victimes du fait de l'absence d'assurance, nombre d'entrepreneurs n'étant pas en mesure de payer eux-mêmes les dommages et intérêts, l'interdiction a été abolie, pour les personnes substituées dans la direction, par une loi du 6 décembre 1976, puis pour l'employeur lui-même, par une loi du 27 janvier 1987. Sur ce point, du reste, un récent arrêt a estimé que l'abrogation de la loi de 1946 n'a pas de caractère rétroactif... ce qui est fort regrettable pour les victimes de l'amiante, notamment⁽²⁵⁾. Et l'on ne citera que pour mémoire les craintes qui se sont élevées sur l'« irresponsabilisation » qu'aurait suscitée la loi du 5 juillet 1985 sur les victimes d'accidents de la circulation⁽²⁶⁾.

À la lumière de ce peu glorieux passé, est-il illégitime de se livrer à une réflexion sur l'avenir des assurances consacrées aux dirigeants de sociétés⁽²⁷⁾ ? Les vieilles lubies ne sont pas éteintes, qui persistent à stigmatiser l'influence néfaste tant de l'assurance de responsabilité que de l'assurance « rançon »⁽²⁸⁾, tout particulièrement, sur les comportements des intéressés. Le rappel de l'histoire lointaine ou fort proche justifie le combat contre un tel obscurantisme et une telle ignorance de la réalité, tout particulièrement juridique. Ces assurances sont nécessaires. Il ne faut pas oublier qu'après des siècles de prohibition fondée sur son immoralité, c'est au nom de la morale que l'assurance sur la vie humaine a été déclarée licite en 1818 par le Conseil d'État. La même évolution a marqué l'assurance de responsabilité, et s'agissant des dirigeants, un nouveau débat mérite d'être ouvert : de la responsabilité civile, il faut passer à la responsabilité administrative, voire pénale. Quand aucune faute

intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances – et de l'actuelle jurisprudence – n'est observée, est-il *toujours* juste de faire peser le poids des amendes sur les épaules du dirigeant ? Affirmer l'inassurabilité de ces sanctions, *sans la moindre nuance*, ne revient-il pas à pérenniser les fantasmes dénoncés ?

Notes

1. Proposition n° 1304, du 17 décembre 2003.
2. Rapport Caresche, n° 1585, AN 10 mai 2004.
3. *Mais peut-être convient-il désormais de parler de l'assurance « en » responsabilité, aussi connue que l'est l'assurance « en » incendie, etc.*
4. Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092. Voir aussi Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17729 : le dirigeant a intentionnellement commis des actes de contrefaçon : faute séparable ; Cass. 1^{re} civ., 16 novembre 2004, n° 02-21.615 : la société a commis une contrefaçon et ses dirigeants ont délibérément persisté dans la violation d'une obligation légale et obstinément refusé sans justification de se mettre en règle : faute séparable ; Cass. com., 25 janvier 2005, n° 01-10740 : le dirigeant a commis des actes de contrefaçon de manière délibérée et persistante, pendant plusieurs années, malgré les mises en garde et en dépit des procédures judiciaires engagées : faute séparable.
5. Cass. com. 28 avril 1998, 96-10253, RTDCom. 1998 p. 623, obs. B. Petit et Y. Reinhard : « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ».
6. Voir Lamy Sociétés commerciales 2006, dir. J. Mestre, n° 652.
7. On rappellera que le chapitre qui contient les articles L. 651-1 et suivants est effectivement intitulé « De la responsabilité pour insuffisance d'actif », et que la jurisprudence estime que l'action en comblement relève effectivement du droit de la responsabilité et ne se borne pas à une sanction découlant de la procédure collective.
8. Voir par exemple Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17729 ; Cass. 1^{re} civ., 16 novembre 2004, n° 02-21.615 ; Cass. 3^{me} civ., 4 avril 2001, 99-17731 bulletin 2001 III N° 45 p. 35.
9. Assurance dommages ouvrage et assurance de responsabilité décennale.
10. Cass. 3^{me} civ., 4 janvier 2006, RGDA 2006, p. 619, note J. Kullmann ; Petites Affiches, 19 avril 2006, p. 10, note J.F. Barbieri.
11. Cass. crim., 7 septembre 2004, RGDA 2005, p. 162, note J.P. Karila.
12. *Et l'on peut s'interroger sur la matière qu'aurait bien pu traiter, dans une telle approche, une thèse fort importante : Soray Messai, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, dir. P. Le Cannu, Thèse Paris I, 2005.*
13. Voir, par exemple, Lamy Sociétés commerciales 2006, n° 663, n° 2468, n° 2916, n° 3376.
14. Voir F. Descorps Declère, Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, RTDCom., 2003, p. 25.
15. *Et de l'assureur aussi, naturellement !*
16. Quoique... : voir Cass. 3^{me} civ., 24 février 1999, n° 97-10103 : la cour d'appel – qui a constaté que la détérioration des lieux loués, par arrachage du tissu mural, enlèvement des gaines de protection des fils électriques, ainsi que des plaques de polystyrène, et démontage du faux-plafond, traduisait un esprit de vengeance et constituait un acte malveillant extérieur à la gestion – a pu en déduire que le gérant de la société avait commis de ce chef une faute détachable de son rôle de gérant, qui engageait sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.
17. Cass 2^{me} civ, 22 septembre 2005, RGAT p.907, note J. Kullmann, RCA 2005, com.370, note H. Grontel
18. Cass.2^{me} civ., 24 mai 2006, RGDA 2006 p 635, note J. Kullmann
19. Article 27.
20. Traité des assurances et des contrats à la Grosse, Marseille, 1783, Tome I, Chapitre 12, Section XXXV, p.559.
21. Traité du contrat d'assurance, Sube et Laporte 1810, n° 64.
22. « faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que

devait avoir son auteur, en l'absence de toute cause justificative » : Ch. réunies, 16 juillet 1941, RGAT 1941.459.

23. Article 65

24. Rouast, *L'assurance de la faute inexcusable*, RGAT 1947, p.23.

25. Voir Cass. 2^{me} civ., 14 juin 2006 ; J. Kullmann, *Amiante : tempête en eaux troubles pour l'assurance de responsabilité*, RGDA, 2006, p. 587.

26. Voir notamment F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation après la loi du 5 juillet 1985*, Litec 1985, n° 174, p.105 : « la loi consacre dans une large mesure l'irresponsabilité de la victime lorsque celle-ci n'est pas le conducteur » ;

« D'autres ont parlé de déresponsabilisation », de la victime et des auteurs potentiels de dommages. « Il n'en demeure pas moins qu'à l'égard de ceux qui participent à la circulation, la notion du bien et du mal devient sans intérêt, seul l'asocial de la circulation (ingambe et d'âge moyen) étant civilement responsable. Tout le poids de la prévention repose sur la loi pénale ».

27. Et d'associations, et de communes, et de départements, etc. !

28. Dont la licéité ne fait, à nos yeux, aucun doute – le défaut de souscription pouvant même constituer, de la part d'un employeur, une grave faute envers les dirigeants comme les salariés exposés au risque d'enlèvement.

LA PROBLÉMATIQUE

« ASSURANCES, RISQUES, RESPONSABILITÉS »

DANS LE SECTEUR DE L'INGÉNIERIE

Alain Bentéjac

Président Syntec Ingénierie et Coteba

Les questions d'assurances/risques/responsabilités sont aujourd'hui l'une des préoccupations majeures des entreprises du secteur de l'ingénierie. À l'instar d'autres professionnels comme les chirurgiens, les ingénieristes sont confrontés à une augmentation spectaculaire des cotisations, à une dégradation constante des conditions d'assurance et, dans certains cas, à un refus pur et simple de couverture. Cette situation s'explique par les risques liés de manière générale au domaine de la construction, mais aussi par le rôle très particulier joué par les sociétés d'ingénierie dans ces opérations. Syntec Ingénierie, la fédération des professionnels, s'est naturellement saisie de cette question vitale pour ses adhérents et multiplie les initiatives (livre blanc, colloques, rencontres avec les pouvoirs publics et les autres acteurs...) pour essayer d'apporter des solutions concrètes. Dans cet esprit, le dialogue avec le monde de l'assurance, bien que difficile, est une évidente nécessité. Cet article n'a d'autre but que de faire prendre conscience aux responsables du secteur de l'assurance de l'importance de ces enjeux pour notre profession et d'esquisser quelques voies pour l'avenir.

Un enjeu vital pour le secteur de l'ingénierie

Le secteur de l'ingénierie professionnelle est souvent mal connu bien qu'il occupe une place importante dans l'économie française : cette profession représente un chiffre d'affaires annuel de 25 milliards d'euros et emploie près de 200 000 collaborateurs, majoritairement des ingénieurs ou des cadres. Les sociétés d'ingénierie jouent un rôle-clé dans la plupart des projets d'investissement

dans les domaines les plus divers (bâtiment, infrastructures, équipements industriels, développements technologiques...) et sont très largement impliquées dans l'innovation et la recherche. Les entreprises françaises de ce secteur jouissent d'une excellente réputation et ont aujourd'hui des possibilités de développement très importantes à l'international.

Mais le développement de ce secteur est fortement handicapé par les difficultés de plus en plus importantes que rencontrent les sociétés d'ingénierie en matière d'assurance. Cette situation s'explique par certains phénomènes de portée générale : le secteur

de la construction pris au sens large, qui est un des principaux champs d'activité de l'ingénierie, est connu pour être sinistrogène. Même si les grandes catastrophes comme l'effondrement du Terminal 2E de l'aéroport Charles de Gaulle sont fort heureusement très rares dans notre pays, les projets de construction sont trop souvent marqués par de multiples conflits entre les acteurs concernés (maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre, entreprises de BTP...) qui se traduisent par des mises en jeu fréquentes des contrats d'assurance. Ce phénomène – qui à vrai dire n'est pas nouveau – est aujourd'hui aggravé par la tendance à la juridiciarisation de notre société et par l'application de plus en plus systématique du principe de précaution. Bien des problèmes qui autrefois se réglaient tant bien que mal par une négociation directe entre les parties intéressées font maintenant l'objet de procédures judiciaires et donc de recours aux assurances.

Face à cette tendance lourde, les sociétés d'ingénierie sont particulièrement exposées : en effet, compte tenu du rôle qu'elles jouent dans la conception technique des projets et ensuite dans la supervision de leur réalisation, elles sont, en cas de conflit, presque systématiquement appelées à la cause. Or, si les responsabilités des entreprises d'ingénierie peuvent ainsi être engagées pour des montants très importants, leur place dans la chaîne de la valeur des opérations de construction est limitée : leurs prestations sont généralement facturées sous forme d'honoraires qui représentent un faible pourcentage du coût total d'un projet. Selon les éléments communiqués par Guy d'Argentre, directeur Construction d'Axa, lors d'un récent colloque organisé par Syntec Ingénierie, la maîtrise d'œuvre (architectes, ingénieries, bureaux de contrôle) paye 25 % des cotisations d'assurance du secteur. Il y a donc une disproportion énorme entre la rémunération que peuvent tirer les sociétés d'ingénierie de leur participation à l'acte de construire et le montant des risques qu'elles doivent assumer et, par voie de conséquence, le volume des cotisations d'assurance qu'elles doivent payer.

Les difficultés rencontrées par les sociétés d'ingénierie en matière d'assurances ne se limitent pas à la question des cotisations. Les conditions des assurances se durcissent d'année en année : plafonds de couverture abaissés, franchises de plus en plus élevées, exclusions de certains risques voire – dans des cas de plus en plus nombreux – refus pur et simple de couverture pour certaines entreprises ou certains types d'opérations.

Dans un tel contexte, il était devenu impératif pour Syntec Ingénierie de s'attaquer à ce problème, en se concentrant sur les principales difficultés : la garantie décennale et la responsabilité civile professionnelle.

La décennale : une garantie dévoyée

La responsabilité civile décennale a profondément changé au cours des dernières années du fait du comportement de certains acteurs et de l'évolution, à notre sens regrettable, de la jurisprudence. Ce régime, qui a été voulu par le législateur pour protéger les maîtres d'ouvrage en leur assurant une qualité de construction minimale pendant 10 ans, s'est transformé peu à peu en un moyen de financement parmi d'autres de certaines opérations de construction, ou de leur maintenance, notamment au vu des nombreuses déclarations de sinistres dans la neuvième année... De plus, le champ de cette garantie ayant été sans cesse élargi par la jurisprudence, elle est mise en jeu par tous les maîtres d'ouvrages d'opérations de bâtiment, qu'il s'agisse de simples particuliers qui font construire leur pavillon ou de grands investisseurs institutionnels qui possèdent parfois des patrimoines immobiliers de plusieurs centaines de milliers de mètres carrés et disposent d'équipes techniques aptes à diriger la construction de plusieurs projets importants en permanence. Si l'on se souvient que cette procédure a été pour

l'essentiel mise en place en 1978 suite au scandale des « Chalandonnettes », on mesure à quel point cette garantie a été progressivement détournée de son objet originel.

Nous considérons donc que la garantie décennale devrait être recentrée vers son véritable objectif, la protection des particuliers, maîtres d'ouvrage occasionnels, qui se lancent dans la construction d'un bâtiment une ou deux fois dans leur vie. Cette garantie devrait donc être réservée prioritairement aux projets d'habitations individuelles dont les futurs propriétaires sont les maîtres d'ouvrage ainsi qu'aux projets de locaux professionnels menés par des maîtres d'ouvrage qui ne sont pas eux-mêmes des professionnels de l'immobilier ou de la construction (par exemple le garagiste qui construit ou rénove son garage). Une telle réforme de la garantie implique une modification de la loi, perspective qui – nous le savons – effraie ou décourage de nombreux spécialistes. Syntec Ingénierie considère pour sa part que cet obstacle n'est nullement insurmontable, pour peu que l'on prenne la peine d'expliquer au législateur que l'idée n'est pas de limiter la protection du consommateur mais au contraire de lui réserver le bénéfice de cette garantie importante.

Sans attendre cette réforme majeure et dans le cadre de la législation actuelle, des améliorations significatives pourraient être apportées. C'est le sens des travaux du groupe de travail interprofessionnel présidé par Georges Mercadal, ingénieur général des Ponts et Chaussées, ancien directeur de la Construction au ministère de l'Équipement. Ce groupe propose des mesures concrètes qui peuvent être mises en œuvre par les acteurs du monde de la construction eux-mêmes : amélioration du service après-vente, reconnaissance de la qualification professionnelle des intervenants, amélioration des attestations d'assurance par l'adoption d'une nomenclature unique... Toutes ces initiatives vont dans le bon sens mais ne permettront pas, même si elles sont mises en œuvre de manière complète et rapide, de faire l'économie d'une réflexion de fond sur l'utilisation de la décennale.

La responsabilité civile professionnelle : une garantie à recadrer

Le secteur de l'ingénierie n'est pas seulement confronté à l'augmentation du coût de la garantie décennale, assurance obligatoire. Il est également pénalisé, et peut-être de manière encore plus forte, par l'évolution de la garantie civile professionnelle. Cette couverture est en effet de plus en plus souvent exigée par les maîtres d'ouvrage, et les montants de couverture demandés sont de plus en plus élevés. Or, les sociétés d'ingénierie ont de plus en plus de mal à obtenir des assurances en responsabilité civile professionnelle (RCP) dont le coût ne soit pas prohibitif. Il n'est pas rare de voir des assureurs exiger de leurs clients un triplement de leurs cotisations d'une année sur l'autre.

Face à cette évolution, la première voie consiste naturellement à essayer de mieux cerner les risques couverts en partant du principe qu'une meilleure maîtrise des risques devrait se traduire par un allègement du coût des assurances. C'est pour cela que nous recommandons la plus grande vigilance dans la négociation des clauses responsabilités/assurances des contrats qui lient les ingénieristes à leurs clients. Nous proposons notamment que les dommages immatériels soient exclus car c'est dans ce domaine que la disproportion entre le bénéfice économique du contrat pour la société d'ingénierie et le montant des risques qu'elle devrait théoriquement assurer est la plus forte. Il n'est pas rare de voir une société, dont les honoraires sur une opération se sont élevés à quelques dizaines de milliers d'euros pour une prestation technique, appelée pour couvrir des préjudices de plusieurs dizaines de millions d'euros (perte d'exploitation en cas de retard de livraison d'un ouvrage par exemple). Ce combat est pour nous capital et fondamentalement juste. Il n'en reste pas moins très difficile car il dépend de la relation entre les ingénieristes et leurs clients maîtres d'ouvrage, qui est

souvent déséquilibrée au profit de ces derniers. C'est pourquoi Syntec Ingénierie intervient actuellement auprès des pouvoirs publics pour que l'État montre l'exemple en adaptant dans le sens souhaité les clauses-types des marchés publics.

Une démarche globale de transparence et d'équité

D'une manière générale, la question des assurances appelle aujourd'hui un changement profond d'état d'esprit pour tous les acteurs.

Les maîtres d'ouvrage semblent avoir une responsabilité particulière dans les dérives actuelles et devraient adopter une attitude plus responsable, tant dans la mise en jeu des assurances que dans les conditions qu'ils imposent à leurs prestataires. Syntec Ingénierie, pour sa part, suggère à ses adhérents une meilleure définition de leurs responsabilités contractuelles : exclusion des immatériels, plafonnement de leur responsabilité à un certain pourcentage de leurs honoraires... Dans le même ordre d'esprit, les maîtres d'ouvrage devraient être incités à mettre en place de manière systématique une complémentaire d'ouvrage qui viendrait s'ajouter aux garanties des différents intervenants, elles-mêmes plafonnées à des montants raisonnables, proportionnels à leur

place dans la chaîne de la valeur de la construction.

Les professionnels de l'ingénierie n'entendent pas, de leur côté, s'exonérer de leurs responsabilités. Les dispositions avancées par Syntec Ingénierie n'ont pas pour but de les déresponsabiliser, mais de retrouver un certain équilibre entre les différents acteurs. Nous sommes d'ailleurs conscients des efforts que nous devons poursuivre pour améliorer la qualité de nos prestations, et donc des projets dans lesquels nous intervenons : qualifications professionnelles, certification qualité, politique de formation et de capitalisation du savoir... Nous souhaitons que les efforts accomplis en la matière soient mieux reconnus par les maîtres d'ouvrage et par les sociétés d'assurances.

S'agissant enfin des assureurs, acteurs-clés de cette problématique, il nous semble qu'une démarche nouvelle devrait être adoptée dans tous les domaines. Sur un plan très pratique, un effort devrait être fait pour améliorer la lisibilité et la transparence des conditions d'assurance, de même que pour augmenter la rapidité de traitement des dossiers : quand une société d'ingénierie fait une proposition à un client ou répond à un appel d'offres, elle doit connaître les conditions d'assurance à temps. Force est de constater que ce n'est pas toujours le cas.

Sur un plan plus général, les caractéristiques très particulières de notre profession mériteraient une attention plus grande de la part des assureurs. Syntec Ingénierie est prête, pour ce qui la concerne, à ouvrir un large dialogue avec le monde de l'assurance dans le but de rechercher de manière concertée les voies d'un règlement de cette question cruciale.

PROFESSION À RISQUES OU PROFESSIONS RISQUÉES COMMENT ASSURER TOUS LES ACTEURS DE LA CONSTRUCTION ?

Philippe Marie-Jeanne

Directeur général adjoint, SMABTP

*« Article premier - Chaque industrie est la plus difficile de toutes »
« Quelques lois générales » dans Propos de O.L. Barenton Confiseur,
d'Auguste Detoef*

Nous focaliserons notre propos aux assurances obligatoires des professionnels à l'acte de construire : maîtres d'ouvrage (publics et privés), promoteurs, prestataires intellectuels (contrôleurs techniques, bureaux d'études, économistes, coordonnateurs santé sécurité), fabricants (d'EPERS ⁽¹⁾), entreprises et artisans, et constructeurs de maisons individuelles (CMI). Concernant les architectes, leur problématique étant particulière, elle n'est pas traitée dans les réflexions qui suivent.

Un marché concentré

L'assurance construction est souvent considérée à juste titre par les assureurs comme une branche complexe et risquée, réservée à des spécialistes : les dix premiers assureurs détiennent plus de 95 % de part de marché et quatre d'entre eux sont des assureurs spécialisés (plus de 40 % de leur chiffre d'affaires correspond à l'assurance construction). La concentration sur le marché de la réassurance est encore plus forte, traduisant la défiance des grands réassureurs à la branche construction.

Une assurance difficile, pas seulement pour les professions risquées

Cependant, s'arrêter à l'explication de l'attrition de l'offre ou du risque intrinsèque à certains acteurs pour comprendre les difficultés d'assurance serait un raccourci erroné.

En effet, cette concentration même forte n'est pas exceptionnelle dans l'assurance (les dix premiers

assureurs automobile pèsent environ 90 % du marché). Toutefois, comment expliquer que dans d'autres pays (par exemple en Espagne, au Royaume-Uni ou au Danemark), les risques de la construction sont assurés avec moins de difficultés ?

L'assurance de la construction : un sujet d'ordre public

La nécessité d'un constat plus global et argumenté a poussé les ministères des Finances et de l'Équipement à missionner l'inspection générale des Finances, celle des Ponts et Chaussées et de l'Équipement afin d'« expertiser la situation actuelle du marché de l'assurance construction, en vérifiant notamment dans quelle mesure l'objectif de responsabilisation des acteurs de la construction – tel qu'il résulte de la loi de 1978 – a été atteint » et de « procéder à une analyse de l'équilibre économique... ». Dans les sujets signalés par la lettre

de mission, figure l'assurance des très grands chantiers et des nouvelles entreprises ⁽²⁾. Fruit de la collecte des positions des différents acteurs, le constat et les recommandations du rapport sont une base sérieuse de travail. Certains points sont repris ici.

Ajoutons qu'une concertation interprofessionnelle menée en 2005 (rapport Mercadal) a proposé des mesures permettant d'améliorer à bref échéance le fonctionnement du régime de l'assurance construction (reconnaissance de la qualification, attestation d'assurance, contrôle technique et prévention, gestion des réclamations en DO ⁽³⁾, SAV, fonctionnement de la CRAC ⁽⁴⁾, et mise en place de contrats de deuxième ligne sur les grands chantiers).

Quelles sont les professions à risques aujourd'hui ?

Nous pouvons essayer de préciser les activités qui rencontreraient des problèmes à trouver une assurance au travers de l'activité du Bureau central de tarification (BCT) :

Activités pour lesquelles le BCT a rendu plus de dix décisions relatives à la RCD ⁽⁵⁾ en 2005

Activités	Nombre de décisions
Maîtres d'œuvre et économistes	64
Maçonnerie	44
Bureaux d'études	32
Pisciniers	29
Charpente, menuiserie, couverture	28
Entreprises générales de bâtiment *	23
Maisons ossature bois	12
Plombiers	12
Constructeurs de maisons individuelles	11
Promoteurs	90
Étanchéité	10
Total	355

* souvent sans personnel d'exécution

Source : BCT

Il faut cependant signaler que les saisines sont fréquemment le fait de problèmes de compétences des personnes ou d'antécédents défavorables (mauvais payeurs, expérience sinistres) et non pas toujours relatives à la nature des activités.

Ensuite, la difficulté d'assurer – toute relative cependant car rapportées à la population totale les saisines en nombre restent faibles : 510 en 2005 pour 350 000 contrats – concerne surtout les professionnels nouvellement installés, certains ne détenant pas les qualifications requises (pisciniers, maîtres d'œuvre, bureaux d'études), et certains procédés constructifs (maison à ossature bois avec des importateurs étrangers par exemple). Nous rencontrons également des difficultés à suivre l'évolution des activités traditionnelles de nos entreprises, notamment quand elles veulent accroître leur champ ou leur domaine d'intervention.

Mais il faut ajouter à cette liste les demandes des maîtres d'ouvrage (de plus en plus nombreuses) pour certains ouvrages (bâtiments de prestige publics ou privés, résidences de tourisme, hôpitaux, ouvrages innovants...) et les petits maîtres d'ouvrage occasionnels (particulier ou professionnel).

Enfin, des risques difficilement assurables ne passent pas au BCT car le marché trouve des solutions pour éviter la lourdeur de la procédure formelle. Sont concernés notamment les contrôleurs techniques, les maîtres d'œuvre (géotechniciens, bureaux d'études...), les fabricants d'EPERS, des promoteurs immobiliers, des CMI et un nombre important de maîtres d'ouvrage particuliers en DO.

Dans un premier temps nous analyserons les freins à l'*assurabilité*, au-delà de la seule dangerosité des activités, pour mieux ensuite appréhender les voies et moyens de l'assurance des « professions à risque » de la construction.

Les freins à l'*assurabilité* sur le marché de l'assurance construction

Classiquement, l'assurance permet de couvrir des risques mesurables quand les conditions de financement ne sont pas trop insupportables et que l'asymétrie d'information (antiselection et risque moral) peut être correctement traitée. Quand l'une de ces conditions n'est pas remplie, il est possible de solliciter l'intervention de la loi ou de la réglementation, ou de partager les risques (plutôt que de les mutualiser) dans le cadre de groupements (*pools* d'assurance ou de coréassurance). Nous allons ainsi analyser l'effet de quatre caractéristiques du marché de l'assurance construction que sont : le contexte juridique et réglementaire, le problème de la mutualisation et du financement des risques de pointe, l'asymétrie d'information sur un marché évolutif et complexe, et enfin un contrôle technique qui n'est pas encore suffisamment intégré dans le processus qualité.

■ Un contexte juridique générateur de risques

Le contexte juridique s'avère :

- **déresponsabilisant.** Ce phénomène joue particulièrement dans les procédures d'indemnisation de l'assurance de DO et de l'obligation d'assurer (soumise au contrôle du BCT). Le système ne favorise pas les bonnes pratiques et n'encourage pas les constructeurs à honorer leurs engagements pendant l'année de parfait achèvement⁽⁶⁾ avant l'intervention de l'assurance. De plus, aucun frein n'existe quand les compétences ne sont pas adaptées aux activités exercées puisque le BCT ne peut introduire de critères de qualification pour juger de l'éligibilité d'une saisine

alors même que l'accès à la profession dans le BTP est insuffisamment réglementé. Enfin, la responsabilisation est freinée par le périmètre trop large d'un régime qui bénéficie à l'ensemble des maîtres d'ouvrage professionnels alors même qu'il avait vocation à protéger les consommateurs.

- **trop rigide.** Les réformes du 4 janvier 1978 ⁽⁷⁾ et de 1990 sur le contrat de CMI qui ont fixé durablement le cadre dans lequel nous évoluons, devaient surtout protéger les particuliers accédant à la propriété. L'expérience a montré, sur le terrain de la prévention, ou de l'assurance de grands chantiers innovants, les limites d'une approche uniforme (impossibilité d'intégrer dans le processus de construction des maisons individuelles le traitement correct des fondations, quasi-impossibilité d'assurer les ouvrages prototypes ⁽⁸⁾ en partageant le risque avec le maître d'ouvrage).

- **porteur d'insécurité.** Le législateur ou le juge cherchent toujours à sécuriser coûte que coûte l'indemnisation des victimes ce qui entraîne notamment des saupoudrages de responsabilités, des évolutions de la nature des garanties (l'extension des cas d'application de la notion d'impropriété à la destination depuis 1978 et l'extension des dommages aux existants dans le champ de la garantie décennale) et l'instauration d'une solidarité légale ⁽⁹⁾. Les relations complexes qui se nouent sur un chantier entre les différents métiers, les différents corps d'état, les traitants et les sous-traitants sont finalement déformées au travers du traitement juridique et n'incitent pas nécessairement aux comportements vertueux. Les biais sont particulièrement importants pour les prestataires intellectuels (ex. : géotechniciens ou contrôleurs techniques) dont les responsabilités ne correspondent pas toujours à la portée et au contenu de leurs missions.

Ainsi sans remettre en cause la finalité du mécanisme instauré en 1978 (réparation rapide et protection des particuliers), il faut s'interroger sur la pertinence du dispositif dans certaines situations et sur les pistes d'amélioration possibles permettant de responsabiliser les acteurs à l'acte de construire, de favoriser la prévention et la réparation des désordres.

■ Un risque que l'on mutualise difficilement

En effet, l'acte de construire est fragmenté : la coactivité est toujours très forte sur le chantier. Les nombreuses interfaces ont plusieurs effets. Elles créent d'innombrables segments de risque sur un marché de taille moyenne. Elles rendent difficile l'analyse du risque des entreprises.

De plus, la somme des qualités et des compétences ne signifie pas automatiquement la réalisation d'un ouvrage de qualité.

Le risque construction est aussi difficilement mesurable et gérable. En premier lieu, le fonctionnement de la garantie dans le temps et la lenteur de la liquidation compliquent le pilotage et la maîtrise des risques par l'assureur ⁽¹⁰⁾. Ensuite, nous disposons finalement – mais c'est fréquent en risques d'entreprises – d'assez peu de données dès que l'on souhaite segmenter alors même que la caractérisation des expositions (mesure de grandeur du risque) est complexe (l'analyse rigoureuse des activités est ardue, compliquée par d'autres effets comme la sous-traitance). Enfin, subsistent sur ces risques longs de nombreux paramètres difficilement mesurables ou prédictibles comme l'évolution de la sinistralité (jurisprudence, consumérisme...), l'évolution du coût de la réparation ou du rendement des actifs financiers.

Nous subissons également les deux formes duales de la variabilité sauvage ⁽¹¹⁾ : forte dépendance et discontinuité. Le secteur de la construction subit autant l'effet « Joseph » (effets de cycle) que l'effet « Noé » (fortes ruptures) selon la terminologie imagée de Benoît Mandelbrot. L'effet Joseph traduit d'ailleurs l'importance des risques systémiques par nature difficilement assurables dus aux effets de cycles économiques sur la qualité et sur les procédés constructifs.

Enfin, les risques de pointe sont difficilement mutualisables. Les différents traits, rapidement décrits, d'organisation du marché de la construction

exacerbent les difficultés des assureurs, confrontés à des acheteurs professionnels, à financer correctement les sinistres de pointe. La relative finesse des segments, l'incertitude ou le saupoudrage des responsabilités créent des situations où il est quasi impossible de faire payer le prix et la rémunération des risques à forte volatilité. En outre, l'ampleur de la mutualisation est fortement réduite par la spécificité très « française » de ce régime d'assurance qui n'a pas permis la constitution d'une offre abondante de réassurance et qui rend donc difficile le financement des grands risques, mais aussi la diversification à grande échelle.

■ Une forte asymétrie d'information

L'asymétrie d'information gêne le fonctionnement harmonieux de la mutualisation. Elle n'est pas propre à la construction, mais elle est ici fortement amplifiée par les spécificités (cf. *supra*) de ce secteur et l'absence d'une vraie information sur les désordres (les études de l'AQC ⁽¹²⁾ restent partiellement exploitables par les assureurs).

L'antisélection et le risque moral sont bien sûr renforcés par la difficulté du pilotage, l'obligation d'assurer et le fonctionnement du dispositif.

Ainsi, le défaut d'entretien après réception sur certains ouvrages (exemple : sur les résidences de tourisme ou sur les logements privés), du fait de la présomption de responsabilité qui pèse sur les professionnels, entraîne de fortes aggravations des risques et vient charger anormalement le régime d'assurance.

Les techniques non traditionnelles et plus généralement l'innovation posent aussi le problème des frontières entre l'assurable et le non-assurable : le risque pris par les entreprises peut évoluer selon la couverture qui leur est accordée et l'absence de référentiels techniques rend difficile l'appréhension des risques.

Enfin, rappelons le rôle important – mais pas toujours visible aux assureurs – de la maîtrise d'ouvrage professionnelle sur la qualité des risques, et les

conséquences fâcheuses de la recherche systématique du moins-disant entraînant une contraction des coûts et des délais, et sur leur influence pas toujours positive dans les choix constructifs et sans réel transfert corrélatif de responsabilités.

■ L'influence insuffisante du contrôle technique sur la qualité

La nouvelle législation était construite sur plusieurs grands principes fondamentaux dont la légitimation du contrôle technique comme instrument principal de la prévention des sinistres. Force est de constater que cet objectif n'est que très partiellement atteint. En effet, le peu d'intérêt de la plupart des maîtres d'ouvrage pour ce contrôle a entraîné une politique du moins disant préjudiciable à sa qualité et son effectivité avec un double effet négatif sur la survenance des désordres dans la construction mais aussi sur l'assurabilité des contrôleurs techniques.

Un élément stabilisateur de l'offre : la présence de mutuelles spécialisées

Face à ces difficultés, les entrepreneurs ont compris très rapidement la nécessité de disposer de regroupements mutualistes permettant de fournir des solutions d'assurance stables et efficaces. Les sociétés mutuelles spécialisées permettent de conjuguer plusieurs éléments favorisant l'assurance des professions à risque : la connaissance fine de la matière assurable, la gestion dans la durée, l'accompagnement des assurés et la prudence. Ces mutuelles ont aussi compris qu'une bonne maîtrise globale de l'assurance construction passait également par l'assurance DO et sont donc en général sorties du seul cadre de l'assurance de responsabilité.

La connaissance fine des risques permet d'abord de prévoir des approches suffisamment segmentées

mais aussi une adaptation des réseaux de distribution afin d'appliquer correctement des règles de souscription strictes et nécessairement prudentes. Cette intimité avec les métiers de nos clients permet également de promouvoir des actions de prévention, de formation et d'information, de renforcer la normalisation des risques ou de jouer un rôle de quasi-conseil en amont de la construction sur l'impact de certains choix constructifs en termes de risque (la SMABTP dispose ainsi d'un corps interne d'experts intervenant tant en souscription qu'en règlement). Enfin, la spécialisation nous permet d'apporter un vrai service lors du traitement des réclamations et de trouver les voies les plus efficaces de réparation.

La gestion du risque dans la durée est facilitée par un fort lien des assurés avec leur mutuelle, autorisant une mutualisation temporelle qui vient compléter et renforcer l'insuffisante mutualisation annuelle. Cette gestion dans le temps permet aussi, à partir de techniques de type bayésien (personnalisation selon l'expérience sinistre), de mieux segmenter les risques.

L'accompagnement des assurés correspond à notre capacité à favoriser les bonnes pratiques (normes et labels, études géotechniques, SAV...), à nouer des conventions de gestion pour éviter le financement par l'assurance de petits désordres et renforcer la responsabilité des intervenants. Ainsi nous encourageons les démarches qualité, labels, certification, ou normes. Nous participons aux groupes de travail avec les professionnels et au sein des ministères (ministères Équipement, Écologie et Développement durable...) afin de faire partager notre expérience, nos convictions et nos engagements sur l'amélioration des règles et des dispositifs constructifs. Nous avons également une fondation (Excellence SMA) qui œuvre pour l'amélioration de la qualité et la prévention⁽¹³⁾ et sommes membre-fondateur du GIS MRGENCI (maîtrise des risques en génie civil).

La gouvernance et l'absence de conflit d'agence avec des actionnaires nous permettent de gérer prudemment nos provisions techniques et de constituer un matelas suffisant de fonds propres afin de faire face à la forte et incompressible incertitude résiduelle. Les mutuelles sont ainsi bien adaptées à une gestion correcte du risque dans les branches longues⁽¹⁴⁾.

De plus, nous avons fortement développés nos capacités actuarielles et de suivi afin de mieux appréhender et piloter le portefeuille pour accroître nos capacités de réactions.

Cette spécialisation est nécessaire et, de fait, existe chez nos principaux concurrents qui ont créé des départements spécifiques pour l'assurance de la construction. En outre, les concours importants de réassurance ne sont disponibles que pour les assureurs disposant d'entités suffisamment expertes.

Cette spécialisation permet de consolider assez de données et de bénéficier des économies d'échelle permettant de gérer ce risque complexe.

Comment faciliter l'assurance des professions à risques demain ?

Rappelons en guise d'avertissement que, sur tous les marchés, le caractère obligatoire de l'assurance ne garantit pas une offre d'assurance suffisante et que le renforcement des obligations n'aurait qu'un effet contre-productif. C'est bien plutôt sur le risque lui-même et les conditions d'assurance qu'il faut agir.

Il nous faut donc améliorer l'*assurabilité* des professions à risques :

- en améliorant le dispositif actuel pour mieux responsabiliser les acteurs et recréer quand c'est nécessaire un peu de liberté contractuelle. Ainsi, il faut travailler comme le préconise le rapport Mercadal sur le fonctionnement de la GPA et favoriser les engagements d'entretien des ouvrages. C'est aussi dans cet esprit d'assouplir le régime d'assurance qu'a été voté l'amendement Mercier⁽¹⁵⁾. Pour faciliter sa mise en œuvre, il faudra simplifier et favoriser l'utilisation de secondes lignes globales en complément des contrats de base (revoir notamment le cadre juridique de la maîtrise d'ouvrage publique et élaborer un engagement conventionnel) afin de préserver la sécurité des

entreprises sur le plan de l'assurance. Ces solutions permettent également une recherche optimale des capacités de réassurance. Cependant, il est regrettable que cet amendement n'ait pas plus impliqué les maîtres d'ouvrage professionnels car ce sont leurs choix (budget et temps consacrés aux études et au chantier) qui déterminent fortement les responsabilités des autres intervenants à l'acte de construire.

Pour ce qui concerne les fabricants, comme le recommande la mission interministérielle, le régime spécifique des EPERS pourrait être supprimé ; le régime général de responsabilité du vendeur/fabricant est suffisant. Cela aurait l'avantage de rendre le risque plus facilement assurable et d'éviter le recours à de coûteuses protections de réassurance.

- en poursuivant la normalisation des activités (attestations d'assurance), des produits, des procédures pour améliorer la gestion et la connaissance des risques. Il faut également engager avec les professionnels du BTP une réflexion sur l'accès à leurs métiers car aujourd'hui un nombre important de problèmes d'assurance et de sinistralité découle de l'arrivée sur le marché d'acteurs insuffisamment formés et manquant d'expérience.

- en renforçant le rôle du contrôle technique par une souscription plus exigeante en contrat de chantiers, mais également par un élargissement des missions des contrôleurs techniques. Ensuite, à l'instar de ce qui est réalisé par la filiale espagnole de la SMABTP, travailler sur un suivi des missions des contrôleurs. Réfléchir enfin, comme le suggère la mission, à des inspections plus fréquentes des assureurs sur les chantiers quand cela est nécessaire.

- en élargissant la prévention, dans le prolongement du nouvel accord sur la collecte avec l'AQC (Sycodés). Il faut en effet favoriser la constitution de données sur les désordres. La profession travaille également avec le BRGM (bureau des recherches géologiques et minières) sur des cartes de susceptibilité relative au problème des sols argileux (subsidence). À ce titre, il faut réfléchir sur le processus de construction des maisons individuelles pour permettre selon

la nature du sol une vraie adaptation technique (fondations et planchers) Il faut pousser les professionnels (assureurs et constructeurs) à soutenir notre effort sur l'adéquation des fondations au sol et encourager les démarches qualité. Enfin, il faut continuer, comme nous le faisons à la SMABTP, tout en mutualisant les risques, à traiter avec équité les professionnels qui font des efforts pour réduire les désordres et les réclamations au travers d'avantages tarifaires.

Quels enjeux demain ?

J'en vois notamment trois :

- d'abord sur l'Europe qui risque d'avoir à terme une influence notable sur le régime et sur l'assurance des professions à risque, non seulement par la modification des régimes juridiques ou assurantiels, mais également par l'effet de la libre circulation des services ;

- puis sur le projet Solvabilité II, qui va plutôt renforcer le besoin de fonds propres nécessaires pour opérer dans cette branche, montrant à tous les investisseurs – si cela était encore nécessaire – l'importance du besoin de marge pour la couverture des professions à risque ;

- enfin, sur la couverture de la responsabilité civile générale de certains acteurs (prestataires intellectuels et grands opérateurs notamment) qui subissent des réclamations de moins en moins maîtrisables (notamment quand il s'agit d'immatériels consécutifs) portant leurs engagements à des niveaux considérables.

Notes

1. EPERS : élément pouvant entraîner la responsabilité solidaire. Cette responsabilité instituée par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (article 1792-4 du Code civil) prévoit que le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement, peut être recherché sur le fondement de

la responsabilité décennale solidairement avec les constructeurs. Elle est soumise à l'assurance obligatoire.

L'application de cette responsabilité selon des critères spécifiques (originalité dans sa conception, spécificité pour répondre à un usage précis et déterminé, aptitude du produit ou du matériau à être mis en œuvre sans modification) est l'objet d'une jurisprudence abondante, très mouvante, voire contradictoire, entre le Conseil d'État (CE 6 octobre 2004) et la Cour de cassation (CC 3e civile, 15 mars 2006).

2. Pour le lecteur intéressé, ce rapport maintenant disponible sur le site www.finances.gouv.fr donne un aperçu très complet du régime, de ses difficultés ainsi que les pistes d'amélioration proposées par la mission. L'annexe donne une vision très instructive de différents systèmes dans une vingtaine de pays.

3. Assurance dommages ouvrage (DO) : instituée par la loi 78-12 du 4 janvier 1978 (L.242-1 du Code des assurances), cette assurance doit être souscrite obligatoirement par toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire ou de vendeur, fait réaliser des travaux de construction. Elle intervient au bénéfice des propriétaires ou acquéreurs successifs de l'ouvrage. Son objet est de préfinancer, en dehors de toute recherche de responsabilité, les dommages affectant l'ouvrage de la nature de ceux qui relèvent de la garantie décennale (article 1792 et suivants du Code civil). Après indemnisation, elle recourt contre les assureurs de responsabilité décennale des constructeurs.

4. CRAC : convention règlement assurance construction.

5. Responsabilité civile dommages

6. Durant la garantie de parfait achèvement – GPA – (un an à compter de la réception des travaux), l'entrepreneur est légalement tenu à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage au moyen des réserves à la réception ou révélés postérieurement (article 1792-6 du Code civil). En ce qui concerne ces derniers dommages, il a été admis par la jurisprudence qu'ils pouvaient relever également du régime de la garantie décennale et de son assurance obligatoire lorsqu'ils revêtent le caractère de gravité ou d'impropriété à la destination. Ils peuvent être aussi couverts par l'assurance obligatoire de dommages ouvrage lorsque l'entreprise, après mise en demeure restée infructueuse, n'a pas exécuté son obligation de garantie de parfait achèvement.

7. La réforme du 4 janvier 1978 (dite Spinetta du nom du président de la commission interministérielle qui a proposé le texte) a modifié le régime de la garantie décennale (article 1792 et suivants du Code civil) due par les constructeurs et a institué une obligation d'assurance de responsabilité pour les constructeurs et de dommages pour les maîtres d'ouvrage (articles L.241-1 à L.243-8 du Code des assurances). Au titre de la garantie décennale, les constructeurs sont soumis

pendant dix ans à compter de la réception à une présomption de responsabilité qui s'applique envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage pour les dommages qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Cette présomption de responsabilité s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement de l'ouvrage lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Au titre de l'assurance obligatoire, elle a prévu un système à double détente (préfinancement par l'assureur dommages ouvrage dans un premier temps puis recours contre les constructeurs responsables des dommages et leurs assureurs). Elle a enfin prévu une obligation d'assurer pour les sociétés d'assurances.

8. Ouvrages exceptionnels conçus selon des modalités architecturales et/ou techniques originales et inédites. Plus précisément, les opérations comportant de manière généralisée des procédés de technique non courante pour l'une au moins des parties constitutives de l'ouvrage suivantes : les fondations, les structures, les éléments de clos et les éléments de couvert.

9. La garantie décennale fait peser sur les constructeurs responsables une solidarité légale de telle sorte qu'ils sont tenus chacun pour le tout envers le maître de l'ouvrage alors qu'il n'existe entre eux aucun lien de représentation.

10. L'assurance de la décennale en capitalisation relève de la gageure ! Il faut rappeler que nous avons une vision claire d'un exercice de souscription cinq ans après et que notre capacité à accroître nos fonds propres est fortement dépendante du différentiel entre les rendements financiers obtenus et l'inflation future des coûts de réparation. Comme si nous conduisions une voiture sans pare-brise avec un rétroviseur, sur une route avec des virages...

11. Pour des informations complémentaires sur cette analyse du risque voir Ch. X du livre de B. Mandelbrot, Une approche fractale des marchés.

12. AQC : Agence qualité construction.

13. Vous trouverez des informations sur cette fondation sur le site www.smabtp.fr rubrique prévention.

14. Selon la théorie de l'agence (théorie économique qui a cherché à comprendre et à gérer les conflits entre les différents intervenants d'une entreprise), les assureurs sont particulièrement exposés à deux types de conflits, celui entre les détenteurs du capital et les dirigeants et celui entre les détenteurs du capital et les clients. L'autout des mutuelles réside dans leur capacité à maîtriser le second type de conflit : leur statut leur permet notamment, sur les risques longs, de privilégier la prudence et la pérennité sur la rentabilité. Elles peuvent donc

réellement avoir une gestion de bon père de famille et une stratégie à long terme.

15. Amendement Mercier : le nouvel article L 243-9 du Code des assurances prévoit que : « Les contrats d'assurance souscrits par les personnes assujetties à l'obligation d'assurance de responsabilité en vertu du présent titre peuvent, pour des travaux de construction destinés à un usage autre que l'habitation, comporter des plafonds de garantie. »
« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les montants de garantie peuvent être plafonnés, en

fonction notamment du montant des ouvrages, de leur nature ou de leur destination, de la qualité du maître d'ouvrage et du constructeur et, le cas échéant, du niveau de la couverture d'assurance des différents intervenants à une même construction ».

Ainsi, selon des conditions qui seront déterminées par un décret, pour les grands ouvrages (hors secteur habitation), les contrats d'assurance obligatoire de responsabilité décennale des constructeurs pourront disposer de montants de garantie limités alors que leur responsabilité restera illimitée.

LA RESPONSABILITÉ NON INTENTIONNELLE DES ÉLUS LOCAUX

Robert Bouju

Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale

C'est sous l'impulsion des associations d'élus que le législateur a, en juillet 2000, modifié le régime de la responsabilité pénale non intentionnelle. Si les poursuites contre les élus sont marginales, d'aucuns ont décelé dans ces recherches en responsabilité une « logique sacrificielle du bouc émissaire » – bien connue des anthropologues du droit – « où l'on offre, en lieu et place de la destruction opérée par le crime, la destruction d'un symbole »⁽¹⁾.

La conciliation des différents objectifs poursuivis par le législateur n'en relevait pas moins de la gageure : relâcher la pression pénale sur une catégorie particulière de justiciables tout en adoptant un texte de portée générale⁽²⁾ sans déresponsabiliser automobilistes et employeurs. La réponse fut trouvée dans la distinction entre auteur direct et indirect, le lien de causalité devenant ainsi « le nœud gordien de la responsabilité pénale en matière non intentionnelle »⁽³⁾. La formule n'a pour autant convaincu ni les associations de victimes dénonçant une « loi clientéliste » destinée à assurer aux décideurs une « amnistie anticipée »⁽⁴⁾, ni les magistrats dont certains ne cachaient pas leur agacement devant l'impression donnée par le législateur « d'adapter successivement la loi pénale à une catégorie de justiciables sous couvert d'une application généralisée de mesures catégorielles »⁽⁵⁾. L'effet dépenalisateur escompté était dans ce contexte d'autant moins acquis que les nouvelles notions juridiques laissaient ouvertes les interprétations les plus variées. Aussi, certains⁽⁶⁾ promettaient à la loi du 10 juillet 2000 le même sort que celui qui avait été réservé à son aînée de 1996⁽⁷⁾.

Le bilan de cinq ans d'application de la loi est plus contrasté : si les statistiques sont flatteuses pour le législateur, il n'est pas sûr que la jurisprudence ait dissipé totalement les craintes exprimées par les élus. Au-delà des chiffres, il ne faut pas négliger la forte dimension symbolique de ce contentieux.

Un contentieux statistiquement insignifiant

L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale recense les mises en cause⁽⁸⁾ des élus locaux, des fonctionnaires territoriaux et des collectivités locales, à partir des déclarations de sinistres des sociétaires de SMACL assurance et de la jurisprudence. Tributaires de la publication des décisions de justice, les chiffres de l'observatoire⁽⁹⁾ ne sauraient donc prétendre à l'exhaustivité, même si les nouvelles technologies de l'information permettent un meilleur accès aux décisions des juridictions du fond⁽¹⁰⁾.

Les violences involontaires représentent un peu moins de 10 % du contentieux pénal des élus ⁽¹¹⁾, soit le quatrième motif de mise en cause. En intégrant les atteintes involontaires à l'environnement, dont une partie est concernée par la loi du 10 juillet 2000 ⁽¹²⁾, le champ de la responsabilité pénale non intentionnelle concerne tout au plus 15 % du contentieux des élus, très loin derrière les manquements au devoir de probité ⁽¹³⁾.

Le taux moyen annuel de pénalisation des élus pour violences involontaires est ainsi passé de 55/100 000 sur la période 1995-2001 à 20/100 000 sur le mandat en cours. Les fonctionnaires territoriaux ont aussi bénéficié des nouvelles dispositions mais de façon moins marquée avec un taux moyen de mise en cause évoluant sur la même période de 30/100 000 à 20/100 000.

Il faut cependant rester très prudent dans l'analyse de ces chiffres compte-tenu de leur ordre de grandeur très relatif et de leur caractère non exhaustif. En outre, l'analyse des condamnations prononcées postérieurement à la loi interroge sur le caractère durable de cette tendance.

Un contentieux symboliquement prégnant

La dimension symbolique du contentieux ne doit pas être sous-estimée : se dévouant pour leur collectivité avec des moyens souvent insuffisants au regard des contraintes qui sont les leurs ⁽¹⁴⁾, les élus vivent d'autant plus mal une mise en cause pénale qu'ils ont le sentiment de servir parfois de bouc émissaire. La loi du 10 juillet 2000 répond-elle à ces craintes ? Pas si sûr. Certes, depuis la réforme, les élus sont considérés comme des auteurs indirects, même si les premières décisions avaient laissé entrevoir une extension possible de la causalité directe ⁽¹⁵⁾. De fait, à leur égard, le débat s'est plus situé sur l'existence d'une faute qualifiée que sur la nature du lien de causalité. Il reste que la faute

caractérisée a éclipsé la faute manifestement délibérée, les éléments constitutifs de la première, non dénués de subjectivité, étant plus faciles à réunir que ceux de la seconde. Sans doute est-ce cette subjectivité qui nourrit le malaise persistant des élus. La confrontation des motifs de condamnation et des moyens de défense peut en effet interroger sur la pertinence de certains éléments à charge retenus à leur encontre.

Dans un premier temps, les arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation ont été favorables aux élus poursuivis, soit que la Haute Cour annule, au nom de la rétroactivité *in mitius*, les condamnations prononcées sous l'empire du droit antérieur ⁽¹⁶⁾, soit qu'elle confirme les arrêts de relaxes ou de non-lieux qui lui étaient soumis ⁽¹⁷⁾. La première hypothèse permet de comparer, dans une même espèce, l'issue judiciaire avant et après l'adoption de la loi. Or, les deux juridictions de renvoi ont confirmé les condamnations ⁽¹⁸⁾. Dans les deux cas, il est relevé une carence fautive des élus à ne pas avoir mis un terme aux dangers dont ils avaient personnellement connaissance. Pourtant, dans la première espèce, il est notamment reproché au maire de ne pas avoir donné suite à un devis concernant des travaux de sécurité alors même que les magistrats reconnaissent que ce devis ne concernait pas la buse à l'origine de l'accident. De plus, après que les juges d'appel aient concédé que personne n'avait directement informé le maire du danger, les magistrats de cassation n'en concluent pas moins « que l'intéressé avait été, personnellement, informé de la dangerosité de l'aire de jeux ». Sans doute faut-il en conclure que c'est l'attitude générale du maire concernant la sécurité des aires de jeu qui est sanctionnée – non son comportement particulier sur la buse à l'origine de l'accident. Il serait en effet trop facile pour un maire qui manifesterait un désintérêt général pour les questions de sécurité de s'exonérer en contestant ne pas avoir eu connaissance d'une situation particulière. Mais ne serait-il pas plus productif, en termes de prévention, de démontrer explicitement l'incidence de ce désintérêt général sur l'accident à l'origine des poursuites plutôt que de procéder par voie d'affirmations en apparente contradiction avec ce qui a été jugé en appel ?

Dans une autre espèce, la préoccupation sécuritaire du maire va se retourner comme élément à charge prouvant qu'il aurait dû avoir conscience du risque prévisible d'accident provoqué par un chauffard ayant percuté un défilé. La Cour de cassation⁽¹⁹⁾ avait pourtant annulé la condamnation de l' élu prononcée après l'entrée en vigueur de la loi en reprochant aux juges du fond d'avoir relevé « à la charge du maire un manquement à une obligation de sécurité prévue par la loi, sans préciser la source et la nature de cette obligation, et en déduisant de ce manquement prétendu qu'il avait commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, sans rechercher en quoi les diligences du prévenu n'étaient pas normales au regard de l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal, et adaptées aux risques prévisibles ».

La cour de renvoi⁽²⁰⁾ n'en confirmera pas moins la culpabilité du maire. En effet, l' élu « a admis sa connaissance de la réputation » du chauffard et « n'ignorait pas le fréquent comportement irresponsable de certains conducteurs et la particulière gravité des risques auxquels ils exposaient autrui. Les lourdes fautes de conduite commises par Mathieu H. – en circulant à la vitesse de 100 km/heure à son arrivée dans l'agglomération, avec une voiture équipée de trois pneus lisses, et en occupant la voie de gauche de la chaussée après avoir coupé le virage dangereux annoncé par panneau de signalisation –, et l'accident dont elles ont été la cause directe, n'étaient donc ni imprévisibles ni inévitables ». Ce, d'autant plus que l' élu avait osé invoquer « son souci constant de la sécurité dans tous les domaines ». Il reste pourtant à démontrer que la présence d'un véhicule actionnant ses feux de détresse, ou d'un véhicule avec gyrophare en début de cortège, aurait suffi, comme le suggère la Cour, à « attirer l'attention de Mathieu H. sur la nécessité de réduire en temps utile sa vitesse très excessive ». Dans le cas contraire, la Cour aurait-elle pour autant relaxé l' élu ou aurait-elle déduit des circonstances de l'accident que les mesures prises étaient manifestement insuffisantes au regard de la réputation de l'automobiliste irresponsable ?

Dans d'autres espèces, est notamment reproché à l' élu tantôt de ne pas avoir convoqué une commission

de sécurité sans rapport avec l'accident⁽²¹⁾, tantôt de s'être reposé sur l'avis d'un comité consultatif composé de professionnels dont le « prétendu savoir » aurait dû être remis en cause...⁽²²⁾. Plus récemment, un élu a été condamné⁽²³⁾ pour ne pas avoir pris d'arrêt interdisant la baignade dans un étang communal alors qu'il reste à démontrer que l'état d'ébriété de la victime l'aurait rendu sensible à un panneau d'interdiction. Les maires ruraux se sentent d'autant plus exposés que, ne disposant que de peu de moyens financiers et humains, ils se retrouvent en première ligne en cas d'accident, le maire se devant d'être d'autant plus présent sur sa commune que celle-ci est petite⁽²⁴⁾.

D'aucuns objecteront qu'il appartient aux élus, comme aux chefs d'entreprises, de déléguer leurs pouvoirs. Mais la compatibilité entre le régime des délégations en droit pénal et en droit administratif reste à démontrer⁽²⁵⁾. De fait, le tribunal correctionnel de Lyon⁽²⁶⁾ a condamné un maire en relevant que la délégation invoquée au profit du directeur des services techniques, à la supposer établie, « eût constitué, non une délégation de pouvoirs mais une simple délégation de signature exercée sous la surveillance et la responsabilité du maire ». Ce raisonnement, d'une logique juridique irréprochable, prive de tout effet exonératoire les délégations des élus aux cadres territoriaux, ceux-ci ne pouvant en droit recevoir que des délégations de signature.

Une impression de flou subsiste donc. Elle s'explique du fait du décalage dans le temps entre le moment où l' élu, confronté à un problème, peut considérer – avec la perception qu'il a alors des choses – que les mesures qu'il prend sont suffisantes, et celui où le juge examine les faits. Plus, cette situation fait naître le risque d'adoption d'une attitude fataliste préjudiciable à l'exercice de préventions qui n'apparaissent plus exonératoires. Répression et prévention peuvent cependant se concilier : outre que la peur du juge pénal peut avoir des vertus pédagogiques, une motivation fine et circonstanciée des décisions de justice peut fournir aux préventeurs d'utiles enseignements. L'une des pistes évoquées lors du colloque organisé au Sénat le 1er mars 2006 sur le bilan de la loi Fauchon pourrait contribuer à

améliorer cette synergie par une mesure alternative qui reste jusqu'ici une coquille vide, faute de déclinaison législative spécifique : l'ajournement avec injonction ⁽²⁷⁾ qui permet au juge de dispenser le prévenu de toute peine s'il s'est conformé à certaines prescriptions. Il y a là une piste à étudier qui pourrait donner au juge pénal un rôle moteur dans la prévention des risques chaque fois que peut être constaté un manquement à une obligation déterminée.

Notes

1. HUGUES MOUTOUH, *Libres propos sur la responsabilité pénale des élus*, Dalloz, n° 6, 2000.
2. *Par peur de froisser le principe d'égalité et l'opinion publique.*
3. Yves Mayaud, *Chronique de jurisprudence*, Rev. sc. Crim., p.71, 2005.
4. *Interview du professeur Claude Got*, Libération, mardi 4 avril 2000.
5. Serge Petit, *La responsabilité pénale des agents publics et des élus*, Gazette du Palais, 10/11, novembre, doctrine p. 3, 1999.
6. *La réforme sera-t-elle suffisante ?*, Le Courrier des maires, mai, 2000.
7. Loi 96-393 du 13 mai 1996.
8. *Entendues au sens large : du simple dépôt de plainte à la citation directe en passant par la constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction.*
9. www.observatoire-collectivites.org
10. *Une accélération de ce processus serait la bienvenue grâce à une meilleure diffusion des décisions du fond par le site Légifrance à l'instar de ce qui se pratique déjà pour les juridictions de l'ordre administratif.*
11. *Contre un peu plus de 20 % pour les fonctionnaires territoriaux.*
12. *Dès lors que l'infraction, tel le délit de pollution, comporte dans ses éléments constitutifs la réalisation d'un dommage.*
13. *44 % pour les manquements au devoir de probité (entendus au sens large : corruption, détournement de fonds publics, favoritisme, prise illégale d'intérêts, escroquerie, abus de confiance, recel d'abus de biens sociaux, vol...) ; atteintes à l'honneur 18 % (diffamation, dénégation calomnieuse), atteintes à la dignité 9 % (injures, discrimination, harcèlement moral), divers 10 %. Total supérieur à 100 % du fait du cumul d'infractions dans une même procédure.*
14. *Pour la seule année 2005, ce sont près de 1 000 textes législatifs et réglementaires intéressant les collectivités locales qui ont été publiés au Journal officiel. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater que les élus locaux sont ainsi victimes de l'activité de leurs pairs députés et sénateurs... Rappelons ici que la Commission Massot avait proposé, en vain, pour freiner la pénalisation des décideurs publics, un moratoire d'un an sur la création de nouvelles infractions.*
15. CA Rennes, 19 septembre 2000, n° 99/01598 (enfant ayant chuté d'une falaise au cours d'une sortie scolaire organisée sur l'île d'Ouessant). Dans cette espèce seul le maire a été considéré comme auteur indirect à l'inverse des enseignants accompagnateurs et du directeur de l'établissement ayant autorisé la sortie.
16. Cass. crim., 20 mars 2001, Bull. crim. n° 75 annulant un arrêt de la Cour d'appel de Rennes ayant condamné un maire à la suite du décès d'un enfant écrasé par une buse en béton dans un centre communal d'action sociale ; Cass. Crim., 9 octobre 2001, Bull. crim. n° 204 réformant un arrêt de la Cour d'appel de Pau condamnant un maire à la suite du décès d'un skieur victime d'une sortie de piste.
17. Cass. crim., 31 janvier 2001, 00-81290 : confirmant le non-lieu prononcé au profit d'un maire poursuivi à la suite de chute mortelle de touristes sur un chemin de randonnée ; Cass. crim., 28 mars 2001, 00-84568 : confirmant le non lieu ordonné au profit d'un maire inquiété à la suite d'une noyade d'un enfant dans un plan d'eau communal ; Cass. crim., 27 novembre 2001, 00-87153 : confirmant le refus d'informer des chefs de mise en danger délibérée de la vie d'autrui rendu au profit d'un maire mis en cause à la suite d'une agression mortelle en centre-ville ; Cass. crim., 4 juin 2002, Bull. crim. 2002 n° 127 confirmant la relaxe d'un maire de Charente-Maritime poursuivi à la suite du décès d'un adolescent qui s'était suspendu à une cage de football non fixée au sol.
18. CA Rennes, 9 janvier 2003, confirmée par Cass. crim. 2 décembre 2003 bulletin criminel 2003 n° 231 ; CA Toulouse, 9 novembre 2003, juris-data 03-244825.
19. Cass. crim., 18 juin 2002, Bull. crim. n° 138.
20. CA Rouen, 10 septembre 2003, n° 0200782.

21. *Cass. Crim.*, 18 mars 2003, *Bull.crim.* n° 71.

22. *TGI Bonneville*, 17 juillet 2003, n° 654/2003.

23. *TGI Avesnes-Helpes*, 15 novembre 2005, *Courrier des maires*, décembre 2005.

24. *Cass. crim.*, 18 mars 2003, *Bull.crim.* n° 71 ; voir dans le même sens *Tribunal Police d'Angers* 30 août 2006, n° *parquet* 04/7675.

25. *Question écrite* n° 20113 de M. Jean-Louis Masson publiée dans le *JO Sénat* du 27/10/2005 - page 2765, *Question écrite* n° 57171 de Mme Zimmermann Marie-Jo publiée dans le *JO AN* du 08/02/2005 page : 1259.

26. *TGI Lyon*, 2 juillet 2004, n° *parquet* 0258935.

27. *Article* 132-66 à 132-70 du *Code pénal*.

LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE ENTRE OBLIGATION DE MOYENS ET DE RÉSULTAT : UNE INTERPRÉTATION

Claude Fluet

Université du Québec, Montréal

L'évolution récente du droit de la responsabilité médicale montre un glissement vers des formes d'obligation de résultat, voire de pure responsabilité sans faute, par opposition à l'obligation traditionnelle de moyens. L'explication la plus courante est que cette tendance reflète le souci qu'ont eu les juridictions de faciliter la réparation financière des dommages. Je suggère ici a contrario que l'évolution en question puisse aussi s'expliquer par la recherche d'une plus grande efficacité incitative dans la prévention de l'aléa thérapeutique.

Le droit de la responsabilité médicale a connu une évolution importante au cours des vingt dernières années. Le développement des techniques médicales et la valorisation de la sécurité se sont traduits par un accroissement considérable du contentieux devant les juridictions civiles et administratives. L'accroissement du contentieux a lui-même été à l'origine d'une intense activité jurisprudentielle, de même qu'il a pu être favorisé par les tendances – et les flottements – de la jurisprudence, avec les conséquences que l'on sait pour l'assurance en responsabilité médicale. Enfin, des législations majeures, dont la loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades et la qualité du système de santé, ont consacré certaines de ces évolutions, semblent en avoir infléchi d'autres et ont introduit des aménagements importants en matière d'indemnisation des victimes.

Il est incontestable que, partant de la notion traditionnelle de responsabilité pour faute et d'obligation de moyens, la jurisprudence des vingt dernières années a graduellement étendu le domaine de la responsabilité médicale ⁽¹⁾. Cette extension s'est faite de

plusieurs manières, mais on peut rappeler en particulier :

- la référence par les tribunaux à des critères ou standards plus exigeants en matière de diagnostic ou de soins et donc pour juger de ce qui constitue un acte non fautif ;
- lorsque la preuve de la faute est difficile, le recours plus fréquent à des présomptions de faute, au renversement de la charge de la preuve (imposant au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu faute) et l'introduction de notions nouvelles comme la perte de chance ;
- pour certains actes médicaux, un glissement de l'obligation traditionnelle de moyens vers ce qui s'apparente à une obligation de résultat, par exemple l'absence de maladresse dans l'exécution de l'acte chirurgical ;
- l'obligation de résultat s'agissant de la sécurité des matériels et produits utilisés, mettant en place une véritable responsabilité sans faute du fait des produits défectueux.

La responsabilité médicale n'est évidemment pas le seul domaine touché par cette tendance. Par exemple,

l'obligation de sécurité-résultat concernant les matériels est parallèle à l'introduction dans le Code civil des articles 1386 et suivants transposant la directive CEE 1985 sur les produits défectueux. Il reste que le droit de la responsabilité médicale a été particulièrement innovateur au cours des dernières années, à la mesure de la difficulté des problèmes soumis aux diverses juridictions.

L'évolution de la jurisprudence a fait craindre à certains une tendance vers l'instauration d'une véritable responsabilité objective du médecin, à un point tel que le législateur, dans la loi du 4 mars 2002, a cru nécessaire de réaffirmer avec force le rôle fondamental de la faute en matière de responsabilité des professionnels de la santé. Par ailleurs, l'explication la plus courante des tendances de la jurisprudence a mis l'accent sur le souci qu'auraient eu les juridictions du fond de favoriser ou faciliter la réparation financière des dommages subis, d'où un glissement vers la responsabilité sans faute ou l'obligation de sécurité-résultat. En effet, la responsabilité pour faute est un piètre mécanisme d'indemnisation puisque la réparation ne survient que s'il y a faute prouvée.

Cet article développe l'argument que le souci de la réparation financière des dommages, même s'il semble incontestable dans certains jugements, représente une explication peu satisfaisante des tendances générales de la jurisprudence. Le glissement vers une obligation de résultat et le recours à des présomptions de faute ne se sont manifestés que pour une certaine catégorie d'aléas thérapeutiques. Ceux-ci se caractérisent soit par le fait que la simple survenance de l'aléa représente par elle-même un indice particulièrement probant de l'existence d'une faute, soit par le fait que les éléments de preuve additionnels pour juger de la faute sont peu informatifs ou difficiles à obtenir. Pour ces raisons, on peut faire l'argument que le glissement dont il est question s'explique en fait par des considérations incitatives, c'est-à-dire par le souci d'utiliser la responsabilité médicale dans un objectif de prévention de l'aléa thérapeutique, plutôt que pour en réparer financièrement les conséquences. Dans cette perspective, le glissement en question n'apparaît

d'ailleurs pas comme incompatible avec le maintien, sur le plan conceptuel tout au moins, de la notion de faute comme facteur déterminant de la responsabilité.

L'analyse qui suit fait appel aux modélisations habituelles de l'analyse économique du droit. Je développe l'argument dans un cadre simple, en faisant abstraction de considérations d'aversion pour le risque et d'assurance de responsabilité. On pourrait cependant faire le même argument, dans un cadre plus complexe, en prenant ces facteurs en considération.

Un modèle simple

Dans le cadre de leur activité, les producteurs de soins – médecins, établissements de santé, etc. – prennent d'innombrables décisions quant aux gestes à poser (ou à ne pas poser). La notion juridique de « faute » suppose qu'il est possible de distinguer entre des actions désirables et indésirables ou entre des qualités d'actions, par exemple en termes de diligence, d'attention et de niveau de précaution. Pour faire simple, je suppose que pour chaque catégorie d'actions il y a deux niveaux possibles : un niveau souhaitable que je représenterai par n , cette notation suggérant une *norme*, et un niveau indésirable dénoté par f , ce qui suggère une *faute*. À l'action de niveau f est associé un risque d'aléa thérapeutique plus élevé qu'à l'action de niveau n . J'utilise les notations suivantes :

p_n = probabilité de dommage avec l'action n ;

p_f = probabilité de dommage avec l'action f ;

D = gravité du dommage ;

c = différence de coût (efforts, inconvénients, etc.) entre les actions n et f .

Par hypothèse, la probabilité de conséquences dommageables est plus basse avec l'action n qu'avec l'action f . Par hypothèse également, l'action n est socialement justifiée étant donné la réduction du risque de dommages qu'elle permet relativement à f , la gravité des dommages possibles et le « coût » de

l'action n par rapport à f . Plus précisément, la diminution de l'espérance de dommages est plus importante que la différence de coût entre les actions, ce qui s'écrit :

$$(p_f - p_n) \cdot D \geq c. \quad (1)$$

Une responsabilité *sans faute* fait supporter l'aléa thérapeutique au producteur de soins, quelle que soit par ailleurs la qualification de son action. Si le producteur supporte D à titre de dommages-intérêts lorsque se produit l'aléa, il sera incité à faire n plutôt que f puisque la réduction de ses coûts attendus en responsabilité est plus importante que la différence de coût entre les actions. Le « calcul » du producteur est alors le même que dans la condition (1). En revanche, une responsabilité *pour faute* ne fait supporter l'aléa au producteur que si la cour détermine qu'il a fait l'action fautive f . Dans ce cas, le producteur aura *a fortiori* intérêt à faire f plutôt que n puisque cela lui permet d'échapper à la responsabilité et donc d'éviter, avec certitude, tout paiement de dommages-intérêts.

La mise en œuvre de la responsabilité pour faute n'est évidemment pas aussi simple en pratique. Par exemple, la distinction entre des actions fautives et non fautives (entre n et f) peut être ambiguë, tant pour le praticien que pour la cour. En particulier, les standards peuvent se modifier avec l'évolution des techniques et des valeurs, d'où des périodes de transition ou « risque juridique » quant aux normes de comportement. En outre, et c'est sur ce point que j'insisterai, même si les standards de comportement sont bien établis, il peut souvent être difficile de déterminer si le producteur a réellement fait n ou f . En effet, comparé à la responsabilité sans faute, la responsabilité pour faute requiert beaucoup plus d'information. Non seulement faut-il prouver la survenance du dommage et la relation de causalité, comme en responsabilité sans faute, mais il faut également établir le comportement qu'a eu le producteur de soins, c'est-à-dire son niveau de précaution, de diligence, d'attention ou tout autre caractéristique pertinente.

En pratique, la cour devra donc souvent juger que

le producteur a fait f plutôt que n sur la base d'éléments de preuve imparfaits quant aux comportements véritables, d'où un risque d'erreur. S'il y a une possibilité d'erreur d'appréciation de la part de la cour, on conçoit facilement que le producteur sera soumis à un risque de responsabilité même si, en réalité, ses actions sont tout à fait irréprochables. De plus, on peut se demander dans quelle mesure le risque d'erreur dans les jugements est compatible avec la préservation d'incitations appropriées, pour le producteur, à entreprendre l'action n plutôt que f . En fait, cette dernière question est fondamentale. On a souligné dans l'introduction que la responsabilité pour faute n'est pas un mécanisme satisfaisant au plan de l'indemnisation des victimes. Si en plus elle ne procurait pas les incitations appropriées pour prévenir l'aléa thérapeutique, on ne verrait pas bien l'intérêt de maintenir une telle règle de responsabilité.

Effets sur les incitations

Comme on vient de le voir, le risque d'erreur dans la détermination des comportements signifie qu'un producteur réellement non fautif pourrait être condamné à tort. De même, un producteur réellement fautif pourrait ne pas être condamné. Appelons A_n la probabilité que la cour conclut (à tort) que le producteur ait fait f lorsqu'en réalité il a fait n . Appelons A_f la probabilité qu'elle conclut (avec raison cette fois) que le producteur ait fait f lorsqu'il a réellement fait f . Avec une règle de responsabilité pour faute et la possibilité d'erreurs de la part de la cour, la réduction du risque de responsabilité que permet l'action n comparativement à l'action f est égale à :

$$p_f \cdot A_f - p_n \cdot A_n$$

Compte tenu des dommages-intérêts auxquels l'expose un jugement de faute et de la différence de coût entre les actions, le producteur fera donc n plutôt que f si :

$$(p_f \cdot A_f - p_n \cdot A_n) \cdot D \geq c. \quad (2)$$

On voit que la condition (2) peut ne pas être satisfaite même si la condition (1) l'est. Contrairement à la responsabilité sans faute, la responsabilité pour faute pourrait donc être *désincitative* si les risques d'erreur sont importants. Pour prendre un exemple caricatural, ce pourrait être le cas si la cour disposait de tellement peu d'éléments d'information qu'elle déciderait de la faute du producteur en tirant à pile ou face (de sorte qu'on aurait $Af = An = 1/2$). De façon générale, en combinant les conditions (1) et (2), la responsabilité pour faute avec risque d'erreur fournit les incitations appropriées si :

$$pf \cdot Af - pn \cdot An = pf - pn \quad (3)$$

Autrement dit, il faut que la diminution de la probabilité d'être tenu responsable, lorsqu'on prend l'action non fautive, soit la même que la diminution de la probabilité de survenance de l'aléa thérapeutique.

Avant de voir ce qu'on peut tirer de ce modèle très simple, il faut discuter des facteurs influençant le risque d'erreur de la cour dans l'appréciation de la faute. De façon schématique, ce risque dépend :

- de la précision de l'information dont elle dispose quant aux comportements du producteur de soins ;
- du degré de certitude qu'elle requiert pour un jugement de faute.

Considérons d'abord le premier élément. L'information à la disposition de la cour est de deux ordres. Premièrement, la simple survenance de l'aléa thérapeutique constitue elle-même un élément d'information pertinent. Dans certains cas, cet élément d'information peut être particulièrement significatif, comme on le verra ci-dessous. Deuxièmement, la cour disposera d'éléments de preuve additionnels (expertise, témoignages, documents, etc.) quant à la qualité des soins dispensés, leur pertinence, l'état du patient et ainsi de suite.

Prenons le cas de figure où le second groupe d'éléments d'information est inexistant, en ce sens que la cour ne peut observer que la survenance du

dommage. En conséquence, on ne s'attend pas à ce qu'elle soit en mesure de prononcer un jugement éclairé sur la présence ou non d'une faute. Cependant, cette conclusion serait erronée dans le cas extrême où pf est positif, mais $pn = 0$. En effet, l'aléa thérapeutique ne peut alors se produire que si le producteur a fait l'action fautive f : l'aléa ne survient tout simplement pas si le producteur a fait n . Dans ce cas, même si elle ne peut observer directement les actions, la cour aurait raison de déduire la « faute » de la seule survenance de l'aléa. Ainsi, dans ce cas extrême, une obligation de résultat – ou du moins ce qui semble l'être – n'est pas conceptuellement incompatible avec une responsabilité basée sur la faute ou l'obligation de moyens. Par extension, on conçoit dès lors que la cour pourrait également avoir raison de juger qu'il y a eu faute si pn est très petit comparativement à pf . En l'absence de faute, l'aléa dommageable est alors très peu probable, bien que possible. La réalisation de l'aléa constitue donc par elle-même un indice particulièrement probant de la présence d'une faute.

Faisons maintenant abstraction de ces cas extrêmes et prenons le cas de figure, plus courant, où le second groupe d'éléments d'information n'est pas vide. La cour a alors à juger de la présence d'une faute non seulement à partir de l'indice que représente la survenance du dommage, mais aussi à partir d'autres éléments de preuve qui peuvent être plus ou moins informatifs. Une question importante est alors celle du degré de certitude que requiert la cour pour juger qu'il y a eu faute, lorsque l'information additionnelle dont elle dispose est par nature imparfaite ⁽²⁾. Si la cour jugeait toujours qu'il y a eu faute, quels que soient les éléments de preuve additionnels qu'on lui soumet, on aurait $Af = An = 1$. Malgré la référence à une notion de faute, la règle de responsabilité serait alors l'équivalent d'une pure obligation de résultat. Inversement, si la cour exigeait un degré de certitude infiniment grand pour juger qu'il y a eu faute, on aurait $Af = An = 0$. Dans ce cas, évidemment, la condition (2) ne pourrait être satisfaite, de sorte que la responsabilité ne fournirait pas les incitations appropriées.

La situation intéressante est celle où la cour pourrait accepter de déclarer qu'il y a eu faute même en l'absence d'une certitude absolue. On peut associer le degré de certitude requis par la cour au risque d'erreur An qu'elle est prête à accepter, c'est-à-dire au risque de condamner à tort un défendeur qui en réalité n'était pas fautif. Sous des hypothèses, on peut démontrer deux propriétés importantes concernant la relation entre An et Af et les effets sur les incitations du producteur ⁽³⁾.

Premièrement, Af sera d'autant plus grand que An l'est. Autrement dit, Af est croissant en An : plus on accepte un risque élevé de condamner un innocent, plus on aura de chances de condamner avec raison un producteur réellement fautif.

Deuxièmement, Af est plus grand que An sauf aux extrémités des valeurs possibles de An (lorsque $An = 1$, $Af = 1$ également). Un défendeur réellement fautif a donc plus de chance d'être condamné que celui qui ne l'est pas.

Il découle de ces deux propriétés que, calculée en fonction de An , l'expression $pf \cdot Af - pn \cdot An$ apparaissant à gauche de la condition (2) a une forme semblable à l'une des deux courbes représentées à la figure 1, soit la courbe en traits pleins dénotée a , soit la courbe en pointillés dénotée b . La différence entre ces deux courbes dépend de l'apport informationnel que représentent les éléments de preuve « additionnels », comparativement à la seule survenance du dommage.

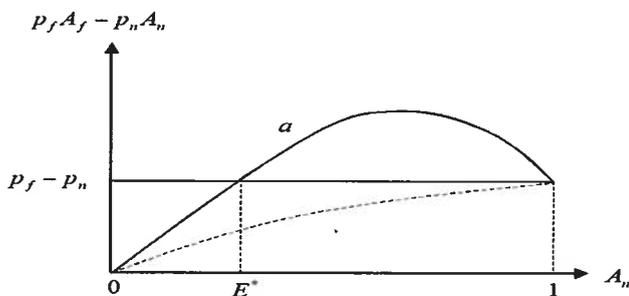


Figure 1

Prenons le cas de la courbe a . On a vu que l'équation (3) définit la condition pour que les incitations du producteur soient appropriées. Dans le cas de figure représenté par la courbe a , la responsabilité pour faute fournit les bonnes incitations si la cour accepte un risque d'erreur $An = E^*$. En principe, bien sûr, un producteur non fautif ne devrait pas être tenu de réparer les conséquences dommageables, mais il arrivera en pratique qu'il le soit (avec une probabilité $pn - E^*$ dans cet exemple) du fait des erreurs de la cour dans l'appréciation des comportements.

Prenons maintenant le cas de la courbe b . Comparativement à a , la courbe b représente une situation où les éléments de preuve additionnels sont moins informatifs. Les risques d'erreur sont alors plus importants. En effet, pour tout niveau donné d'erreur An , la probabilité Af de ne pas faire d'erreur (en condamnant avec raison un fautif) est maintenant plus faible. L'expression $pf \cdot Af - pn \cdot An$ est donc plus petite, de sorte que la courbe b est toujours en dessous de la courbe a (sauf aux extrémités).

La situation représentée par la courbe b permet une conclusion importante : dans ce cas de figure, il n'existe pas de niveau d'erreur An inférieur à l'unité tel que la condition (3) puisse être satisfaite. En d'autres termes, l'information additionnelle sur les comportements (par rapport à la simple observation de la survenance de l'aléa) est tellement pauvre que des incitations appropriées ne peuvent être fournies qu'avec $Af = An = 1$, ce qui s'apparente à une obligation de résultat. *On en conclut donc que, lorsque l'information additionnelle est pauvre relativement à l'indice que représente la survenance de l'aléa, la recherche de l'efficacité incitative devrait conduire à une forme d'obligation de résultat.*

Notons qu'il s'agit bien ici de l'apport informationnel que représentent les éléments de preuve « additionnels », relativement à l'indice que constitue la simple survenance de l'aléa. Par exemple, si cet indice est par lui-même très convaincant (le cas discuté précédemment où pn est très petit), il y aura plus de chance d'avoir une situation telle que b , sauf

si les éléments de preuve additionnels sont eux-mêmes particulièrement informatifs.

Interprétation

Quels enseignements peut-on tirer de ces développements ? La thèse proposée ici est que les glissements apparents vers une obligation de résultat, observé au cours des vingt dernières années, peuvent le plus souvent s'expliquer par des considérations incitatives, plutôt que par le souci d'assurer coûte que coûte l'indemnisation des victimes. En termes de l'analyse proposée ci-dessus, on devrait donc observer le recours à une obligation de résultat lorsque la situation s'apparente à celle qu'illustre la courbe *b*, mais non à celle qu'illustre la courbe *a*. Il semble, en effet, que les « innovations » jurisprudentielles les plus remarquées correspondent bien à ce genre de situation. Je donnerai quelques exemples qui me semblent particulièrement significatifs, mais on pourrait en trouver plusieurs autres.

Le premier a trait à l'obligation d'exactitude du geste technique chez le chirurgien, dont on a dit avec raison qu'elle semble très proche d'une obligation de résultat. Ainsi, on a vu des tribunaux parler de « geste maladroit caractérisant une faute », de « maladresse constitutive d'une faute » ou autres qualifications similaires. Certains ont reproché à ces qualifications le fait qu'une maladresse est toujours possible, même chez un chirurgien compétent particulièrement attentif et diligent. En conséquence, l'effet est de faire supporter au chirurgien des risques relevant de l'aléa thérapeutique normal, en l'occurrence la maladresse accidentelle malgré les précautions appropriées.

Demandons-nous cependant quels éléments de preuve pourraient, dans la plupart des cas d'espèce, permettre à la cour d'apprécier le véritable comportement d'attention et de diligence du chirurgien, lorsque la maladresse est avérée. Devrait-on s'en remettre aux témoignages du personnel médical présent dans la salle d'opération pour exonérer le

chirurgien ? On voit que l'observation de la faute véritable, au sens de l'obligation de moyens, est particulièrement malaisée en pareil cas. On peut donc en conclure que, même si la maladresse accidentelle n'est pas considérée conceptuellement comme une faute, elle peut en être un indice particulièrement probant, à défaut d'éléments de preuve contraires suffisants.

Le second exemple est l'obligation de sécurité-résultat, s'apparentant à une responsabilité sans faute, concernant les matériels médicaux et produits utilisés. Les cours ont estimé que des appareils médicaux appropriés ou en bon état ne représentent pas par eux-mêmes une source importante d'aléas thérapeutiques, que par ailleurs la vérification préalable de leur performance est généralement aisée. Ce qui est en cause ici n'est pas la difficulté de démontrer la diligence dans la vérification ou l'entretien des appareils (respect des protocoles d'entretien, etc.). Sur ce point, cette catégorie d'exemple diffère donc du problème de la maladresse du médecin. Par contre, les situations concernées se caractérisent souvent par le fait que le risque d'aléa est infime si les précautions appropriées sont prises. Un exemple évident, où une obligation de résultat serait retenue, est le risque d'infection résultant d'appareils mal stérilisés. En l'espèce, l'infection est un indice probant d'une insuffisance de précautions. Ici encore, l'obligation de résultat n'est pas en contradiction avec la notion de faute : il s'agit tout simplement d'une situation où le résultat est un indice probant de la commission d'une faute.

Enfin, je terminerai par le rôle accordé aux présomptions de faute se traduisant, en pratique, par un renversement de la charge de la preuve. La doctrine traditionnelle veut que la victime ait la charge de la preuve de la faute, puisque l'absence de faute est présumée être la situation « normale ». Ainsi, certains ont pu interpréter le renversement de la charge de la preuve comme établissant une présomption que la faute est la situation « normale », le but visé étant en fait de faciliter l'indemnisation des victimes.

Cependant, cette interprétation néglige le rôle de la charge de la preuve dans la « production » d'éléments

de preuve. L'imposition de la charge au producteur de soins est utile si ce dernier a plus facilement accès que la victime à des éléments de preuve à contenu informationnel élevé. C'est le cas *a fortiori* si les éléments de preuve peuvent être préconstitués par le producteur avant même la survenance d'un aléa, par exemple par une meilleure documentation des diagnostics, des prescriptions, etc. En termes du modèle, on pourrait ainsi avoir une situation où l'attribution de la charge de la preuve à la victime conduit à des éléments de preuve « additionnels » de faible qualité, comme dans la courbe *b* de la figure 1. En revanche, l'imposition de la charge de la preuve au producteur de soins permet à la cour de disposer d'une meilleure information pour apprécier les comportements, comme dans la courbe *a* de la figure 1. On obtient ainsi le résultat paradoxal, dans ce genre de situation, que l'attribution de la charge de la preuve au producteur est une condition nécessaire pour que soit préservée la compatibilité entre responsabilité pour faute et incitations appropriées.

Conclusion

Cet article n'a fait qu'ébaucher un argument qui exigerait sans doute d'être étoffé et nuancé. Le souci

de faciliter l'indemnisation explique certainement en partie une certaine tendance jurisprudentielle récente. Cependant, cette seule considération n'est pas suffisante pour rendre compte du détail de son évolution. En particulier, elle n'explique pas pourquoi des obligations de résultat et des présomptions de faute sont apparues dans certains cas de figure et non dans d'autres. En revanche, les considérations de prévention et d'efficacité incitative semblent fournir une telle explication.

Notes

1. Pour un examen détaillé, voir S. Welsh, *Responsabilité du médecin*, 2e éd., Litec, Paris, 2003.

2. Il s'agit ici du « standard de preuve » qu'appliquent les cours. Dans les régimes de droit codifié, les cours se prononcent sur la base de leur intime conviction, ce qui en pratique laisse beaucoup de liberté d'appréciation. Dans la common law anglo-saxonne, le standard est celui de la « prépondérance des probabilités » : pour que la faute soit prononcée, il suffit qu'elle apparaisse plus vraisemblable que son contraire.

3. Voir D. Demougin et C. Fluet, « Preponderance of Evidence », *European Economic Review*, 50, 963-976, 2006.

3.

L'équité dans la réparation du dommage corporel

■ Philippe Trainar
Introduction

■ Savinien Grignon Dumoulin
L'équité dans la mise en œuvre du droit à réparation du dommage corporel

■ Dominique Martin
Dispositif de règlement des accidents médicaux, équité et action publique

■ Sylvie Chanh
Le régime fiscal des indemnisations

■ Claude Delpoux
Les contraintes assurantielles de l'indemnisation des dommages corporels

■ Pierre-Yves Geoffard
L'équité dans le financement du système d'indemnisation

■ Christian Gollier
Réparation du préjudice et efficacité

■ François Ewald
Pour une réforme de la réparation du dommage corporel

INTRODUCTION

Philippe Trainar

Chief Economist, Scor

La réparation du préjudice corporel pose trois problèmes principaux :

- en premier lieu, pour un préjudice identique l'indemnisation des victimes varie fortement d'une juridiction à l'autre ; cela pose un problème d'équité qui est dans l'ensemble assez bien vu par les différents acteurs et qui a incité la Cour de cassation à organiser le séminaire dont sont extraites les contributions publiées dans ce numéro de la revue *Risques* ;

- ensuite, l'indemnisation varie aussi d'une période à l'autre du fait de la dérive à la hausse du coût de l'indemnisation des dommages corporels allouée par les tribunaux ; ce constat pose tout à la fois un problème d'équité intertemporel – en général ignoré – et un problème d'efficacité ; ce problème d'efficacité est lié à la difficulté d'assurer la responsabilité dans ce cadre, voire à l'inassurabilité de celle-ci dès lors que ce qui serait assuré ne couvrirait plus un aléa corporel mais une dérive juridique non maîtrisée ;

- enfin, le principe de réparation intégrale n'incite guère les victimes à la prévention des sinistres ; on suppose que le dommage corporel est en soi suffisant pour inciter la victime à un comportement prudent, ce que la psychosociologie des comportements à risque dément formellement (cf. comportements en matière de conduite routière, de sida ou de consommation de tabac).

Les contributions ci-après sont centrées sur la question de l'équité dans la réparation du préjudice corporel. Comme on le constatera, elles élargissent le

débat sur l'équité à des dimensions nouvelles de celle-ci. Surtout, elles démontrent – s'il en était besoin – qu'il n'est pas possible de traiter la question de l'équité sans aborder la question de l'efficacité et de la prévention. Les trois questions sont indissolublement liées entre elles quant au fond. Elles ne peuvent être séparées que pour les besoins de l'analyse.

Savinien Grignon Dumoulin constate que, dans la mesure où l'indemnisation est détachée de la faute et part de la victime ainsi que de son droit à l'intégrité physique, indépendamment des circonstances dans lesquelles il a été porté atteinte à celle-ci, la question de l'équité de l'indemnisation se pose nécessairement. Il constate que les arguments avancés pour justifier des différences de traitement sont peu convaincants et avance des solutions.

Dominique Martin s'interroge sur le principe d'équité lors de son application dans le secteur public dans le cadre du dispositif de règlement amiable des accidents médicaux. Dans la mesure où le juge ne s'est pas encore prononcé sur le fonctionnement de l'Oniam (Office national d'indemnisation des accidents médicaux) et sur les indemnités que l'office accorde, d'importants problèmes d'équité demeurent à ce jour posés, notamment dans le cadre des transactions.

Sylvie Chanb constate que si le principe d'équité s'applique aux indemnités allouées par les tribunaux, il ne s'applique curieusement pas au traitement fiscal de ces indemnités qui diffère tant en fonction de la

modalité de versement – selon qu'elle prenne la forme d'une rente ou d'un capital – que de l'identité du payeur – suivant qu'il s'agisse d'un organisme public, d'un fonds d'indemnisation ou d'une société d'assurances suite à une condamnation judiciaire.

Claude Delpoux s'interroge sur les contraintes de l'indemnisation des dommages corporels par l'assurance de responsabilité. Ces contraintes sont liées à l'assurabilité de ce type de sinistre. Plus fondamentalement, l'auteur souligne que l'équité doit s'apprécier tant par rapport aux bénéficiaires que par rapport aux personnes qui sont mises à contribution pour assurer le financement des mécanismes d'assurance.

Pierre-Yves Geoffard confirme que, d'un point de vue économique, l'équité doit être appréciée tant par rapport à l'indemnisation que par rapport au financement de celle-ci. Il estime que, en l'absence de données suffisantes, il est difficile de se prononcer sur le premier rapport. En revanche, il considère que pour ce qui concerne le deuxième rapport, un

système proche de la Sécurité sociale a plus de chance d'être équitable qu'une offre de marché.

Christian Gollier constate toutefois que, dans un univers sans responsable et donc sans problème de prévention, Sécurité sociale et offre de marché sont équivalents en termes d'efficacité et la réparation intégrale est optimale. À l'inverse, en présence d'aléa moral, le système d'indemnisation doit inciter à la prévention pour être efficace, ce qui a toute chance d'être mieux réalisé dans le cadre du marché que dans celui de la sécurité sociale.

François Ewald rappelle que la réparation intégrale n'est jamais qu'une compensation, tout simplement parce qu'on ne peut ni ne veut réparer. Ce faisant, elle est arbitraire comme en témoigne la disparité des indemnités allouées par les tribunaux. Cela débouche sur une revendication d'équité qui conduit à la mise en place plus ou moins chaotique d'un vaste contrat de solidarité, lequel ne peut être rationalisé que par une normalisation de la réparation.

L'ÉQUITÉ DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À RÉPARATION DU DOMMAGE CORPOREL

Savinien Grignon Dumoulin

Conseiller référendaire de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

« La responsabilité, au lieu de remonter à ses causes, ne s'inspire plus que de ses résultats. Elle ne part plus du responsable, mais de la victime. » (R. Savatier, *D.*, 66, *chron.*, p. 149). *C'est l'indemnisation du dommage qui est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile. À cet égard, on a pu parler d'idéologie de la réparation (L. Cadet, Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, Mél. P. Draï, Dalloz, 1999, p. 495 et s.) manifestée tant par les juges, sensibles à la dimension humaine de la réparation des atteintes à l'intégrité physique, que par le législateur qui a créé des régimes d'indemnisation spécifiques pour faire échapper la victime à l'application du droit commun et lui assurer une meilleure protection.*

Dans ce cadre, où l'indemnisation du préjudice occupe la place centrale, où l'indemnisation du dommage est détachée de la faute ou prise en charge par des mécanismes de socialisation directs ou indirects, on peut se poser la question de l'équité des différences de traitement faites aux victimes. En effet, celles-ci ne sont pas toutes indemnisées et les systèmes d'indemnisation mis en œuvre selon les cas présentent de grandes différences, tant dans la définition « conditions de fond » que dans la simplicité et la rapidité des procédures et les garanties de paiement qui sont offertes. Pourtant, la primauté de la personne humaine et le caractère absolu de son droit à l'intégrité physique sont exprimés par les articles 16 et 16-3 du Code civil. Humainement, quelle que soit l'origine de l'atteinte à l'intégrité physique subie par une victime,

ses effets seront ressentis de la même manière : « *Le dommage corporel, avec son cortège de souffrances physiques et morales et d'incidences économiques et financières est d'une profonde unité de nature.* » (Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4^e éd., n° 19-2). « *Du point de vue de la victime (qui est seule intéressée à l'indemnisation), il est en effet indifférent que l'acte dommageable soit fautif ou non, qu'il émane d'un individu ou d'un groupe, que son auteur ait pu être identifié [...] ce qui importe c'est le besoin d'indemnisation que crée la survenance d'une atteinte à l'un de ses intérêts* » (G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., n° 61).

Certes, dans tous les cas, la victime d'un accident corporel reçoit des prestations, une indemnisation minimale, des organismes de Sécurité sociale qui

assurent une protection neutre au regard de l'origine de la maladie, pathologique ou traumatique. Mais ces prestations ne constituent pas une véritable indemnisation du dommage corporel.

Si l'on se place du côté des victimes, on peut constater ainsi de nombreuses différences de traitement du point de vue de leur indemnisation. Quelles justifications peuvent être apportées à ces différences de traitement ? Quelles solutions ont été préconisées par la doctrine ?

Les différences de traitement dans l'indemnisation des victimes

Très sommairement, on peut repérer plusieurs discriminations entre les victimes de dommages corporels selon qu'un responsable est ou non identifié, selon qu'est mis en œuvre un régime de responsabilité de droit commun ou un régime spécial de responsabilité, selon qu'une assurance obligatoire – ou un fonds spécialisé (solidarité nationale) – garantit le paiement de l'indemnisation et en fonction du caractère plus ou moins rapide et simple des procédures de règlement.

■ La possibilité même d'une indemnisation

La première discrimination réside certainement dès l'existence même d'un droit à réparation. Les dommages corporels subis par certaines victimes ne peuvent dans certains cas être pris en charge ni par le droit commun de la responsabilité ni par les législations ou les dispositifs spécifiques mis en place. Il existe des « trous d'indemnisation » qui sont l'expression de la logique indemnitaire de la responsabilité civile (L. Morlet, L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit de l'indemnisation en droit privé, thèse, le Mans, déc. 2003, direction H. Groutel).

Principalement, sont concernés les dommages corporels que les victimes se causent à elles-mêmes, sans que la responsabilité d'un tiers puisse être invoquée. On pense aux accidents de la vie courante, accidents domestiques ou de sport ⁽¹⁾. À titre d'exemple, on peut citer un arrêt récent de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation qui a censuré une cour d'appel qui avait indemnisé une victime ayant été renversée et blessée par son propre véhicule, parti en marche arrière alors qu'elle en était descendue pour fermer la porte du garage de son domicile (2^{ème} civ. 13 juillet 2006, n° 05-17.095 : le gardien d'un véhicule terrestre à moteur, victime d'un accident de la circulation, ne peut se prévaloir des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 à l'encontre de son propre assureur, pour obtenir l'indemnisation de son dommage, en l'absence d'un tiers conducteur du véhicule débiteur d'une indemnisation à son égard.)

Ce sont aussi les dommages résultant d'événements naturels tels que séismes, inondations, cyclones. Si l'article L.125-1 du Code des assurances permet, dans ces hypothèses, l'indemnisation des dommages aux biens, les dommages corporels ne sont pas couverts par l'extension de garantie légale.

■ La diversité des systèmes d'indemnisation

Si les circonstances le lui permettent, la victime va, selon les cas, être en situation de mettre en œuvre un régime de réparation plus ou moins favorable à ses intérêts, au succès de sa demande. Sans porter d'appréciation sur leur bien-fondé ou leur pertinence, on peut faire le constat objectif des différences entre les systèmes de réparation offerts aux victimes. Le degré de probabilité d'échec ou de succès pour obtenir une indemnisation, l'étendue de la réparation, sa certitude, la simplicité de la procédure, les délais sont ainsi directement liés à l'économie du régime mis en œuvre. À cet égard, il existe de notables différences entre les régimes de droit commun et les régimes particuliers.

◆ Le droit commun de la responsabilité

Les conditions de responsabilité du fait personnel de l'article 1382 du Code civil se révèlent les plus rigoureuses, même si l'on tient compte de l'évolution favorable aux victimes de l'appréciation de la faute du responsable. La victime demeure dans l'obligation de prouver cette faute et qu'elle est en relation de causalité avec son dommage. À défaut de responsable identifié et de faute prouvée, il n'y a pas de réparation.

Par ailleurs, les causes d'exonération – la force majeure et la faute de la victime présentant ses caractéristiques – peuvent supprimer toute réparation. La faute de la victime exonère partiellement le responsable.

Les conditions de la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 du Code civil sont plus favorables à la victime. Responsabilité de plein droit, la preuve d'une faute n'est pas nécessaire, mais seulement de l'intervention d'une chose dans la réalisation du dommage. Cette intervention est présumée en cas de chose en mouvement ; la preuve de l'anormalité ou de la dangerosité de la chose est exigée lorsque la chose est inerte. Là aussi, le responsable peut s'exonérer totalement ou partiellement par la preuve de la force majeure ou d'une faute de la victime.

Parmi les différentes hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, il faut évoquer la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. Pour que soit présumée la responsabilité des père et mère, il suffit que l'enfant ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime (Cass. ass. plén. 9 mai 1984, Bull. n° 4) et les parents par la preuve d'une absence de faute dans l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les parents de leur responsabilité de plein droit (2^e civ. 19 février 1997, Bull. n° 56).

Dans le droit commun de la responsabilité, il faut insister sur la procédure qui permet à la victime de faire reconnaître son droit à réparation. Elle doit en effet établir que l'auteur du dommage est responsable

de celui-ci. Or, bien que les conditions de la responsabilité aient été largement assouplies, l'exigence de cette preuve suffit encore aujourd'hui à ruiner tout espoir d'indemnisation pour de très nombreux dommages. À défaut d'une transaction avec le responsable, la victime qui veut faire reconnaître son droit, en application des règles du droit commun de la responsabilité, devra engager un procès. « *L'incertitude des règles d'indemnisation et le caractère très subjectif des appréciations concernant le fait générateur ou de la causalité constituent de très fortes inclinations à plaider auxquelles cèdent trop souvent certains assureurs de responsabilité.* » (G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. n° 37).

La mise en œuvre effective du droit peut ainsi se révéler longue et aléatoire (R. Garnier, *Les fonds publics de socialisation des risques*, JCP 2003, I, 143).

Le législateur a imposé la souscription obligatoire d'une assurance dans de très nombreux cas qui figurent en annexe du Code des assurances. Mais d'une manière générale, il n'existe aucune obligation d'assurance de responsabilité civile. Les victimes qui voient leur droit reconnu, en application des règles du droit commun de la responsabilité, peuvent ainsi se trouver face à un responsable insolvable. Il est vrai que l'assurance responsabilité chef de famille, insérée dans l'assurance multirisque habitation, est largement souscrite ⁽²⁾. On peut observer en outre que, même dans les cas où elle est souscrite, l'efficacité de l'assurance responsabilité civile peut être remise en cause par des clauses de limitation ou d'exclusion de garantie, ou de plafond de garantie, susceptibles de conduire à l'insolvabilité du responsable.

◆ Les régimes particuliers

Ces régimes organisent de façon spécifique, la réparation de dommages résultant de situations particulières déterminées. Ils ont pour but premier d'améliorer le sort de certaines victimes auxquelles est portée une considération particulière pour les faire bénéficier d'un régime plus protecteur.

Il n'y a pas lieu ici de procéder à un inventaire exhaustif de l'ensemble de ces régimes, très divers, et

qui ne sont pas tous susceptibles d'intéresser la réparation du préjudice corporel. Pour souligner leur diversité, on peut reprendre la description qui en est faite par F. Leduc (*L'œuvre du législateur moderne, vices et vertus des régimes spéciaux, Resp. et ass.*, hors-série, 2001, p.50). L'auteur distingue trois catégories de régimes spéciaux :

- en première catégorie, les régimes qui s'écartent le moins du droit commun sont les régimes qui demeurent fondés sur la responsabilité. Ils désignent un débiteur de la réparation soit en considération d'une faute commise par lui, soit en dehors de toute faute, en considération d'un lien de causalité adéquate, avéré ou présumé, entre son activité et le dommage. Ces régimes spéciaux se rencontrent notamment en matière contractuelle. On pense ici à la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants du Code civil, qui organisent la responsabilité objective des producteurs, fondée sur une obligation générale de sécurité.

- la deuxième catégorie est constituée par des régimes « de garantie » qui reposent sur le principe de la socialisation directe des risques. Le débiteur de la réparation est ici un organisme payeur totalement étranger à la situation dommageable qui varie selon les régimes. C'est le système d'indemnisation des accidents du travail par la Sécurité sociale (article L.411-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale). Sont aussi notamment visés le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (article 706-3 du Code de procédure pénale et article L.422-1 du Code des assurances), le fonds d'indemnisation des victimes contaminées par le VIH (article 3122-1 du Code de la santé publique – auquel se substitue maintenant l'Oniam, Office national d'indemnisation des accidents médicaux), le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (ordonnance du 15 juin 2000), le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui indemnise à titre subsidiaire les accidents de la circulation et les accidents de chasse (articles L. 421-1 et L. 421-8 du Code des assurances), l'Oniam (article L. 1142-22 du Code de la santé publique).

- enfin, en troisième catégorie, ce sont les régimes mixtes qui apparaissent comme intermédiaires entre

la responsabilité et la garantie. D'un côté, la dette de réparation est imputée à une personne qui n'est pas étrangère à la situation dommageable, mais qui présente un lien de rattachement avec celle-ci. De l'autre côté, ils se rapprochent de la garantie en ce que l'imputation de la dette de réparation ne repose pas sur la causalité. Le défendeur est en effet tenu quand bien même il rapporterait la preuve d'un cas de force majeure ou de son absence de faute. Ces régimes désignent un répondant, figure intermédiaire entre le responsable et le payeur.

Le plus important de ces régimes est celui issu de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. La loi institue un régime d'indemnisation très protecteur : l'indemnisation est détachée d'une recherche de la causalité effective du dommage et il n'y a pas d'exonération du débiteur d'indemnisation, même en cas de force majeure. Les non-conducteurs sont particulièrement protégés puisque seule leur faute inexcusable peut leur être opposée. Les victimes « surprotégées », âgées de moins de 16 ans ou de plus de 70 ans, ne peuvent se voir opposer que leur faute intentionnelle. En revanche, la faute du conducteur-victime est prise en considération pour limiter son indemnisation. Le système est fondé sur le principe de l'assurance obligatoire. À défaut d'un responsable identifié ou assuré le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages prend le relais. La loi organise en outre des procédures de règlement rapides de l'indemnisation.

On peut citer également la loi du 31 mai 1924 sur l'exploitant d'aéronefs, la loi 8 juillet 1941 pour les exploitants de téléphériques, la loi du 30 octobre 1968 sur la responsabilité de l'exploitant d'un réacteur ou d'un navire nucléaire.

■ L'inégalité de traitement des victimes

On voit que les victimes se trouvent placées dans des situations très différentes. Certaines seront dans

l'impossibilité d'obtenir une indemnisation, d'autres devront faire reconnaître leur droit en justice, d'autres bénéficieront de procédures rapides, modernes et avantageuses.

Tantôt les victimes vont bénéficier d'une procédure accélérée de règlement de leur préjudice (victimes d'accidents de la circulation, victimes de contamination par le VIH ou par l'amiante, victimes d'accidents médicaux) ou de délais pour le versement effectif de l'indemnité, sans être tenues d'engager un procès.

Dans certains cas, elles vont bénéficier de définitions larges des faits générateurs (indemnisation des victimes d'infraction par les CIVI, Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions) ou de présomptions de causalité (victimes de contamination par le VIH ou par l'amiante, victimes d'accidents médicaux).

Le droit à indemnisation de certaines victimes sera renforcé par la réduction des cas d'exonération résultant de la force majeure ou de leur propre faute (victimes d'accidents de la circulation, victimes de contamination par le VIH ou par l'amiante, victimes d'accidents médicaux).

Certaines victimes seront en présence d'un garant solvable, directement (régimes de garantie) ou indirectement (régimes mixtes ou par le biais d'une assurance obligatoire).

Tantôt l'application d'un régime spécial sera exclusive, tantôt le recours au droit commun sera permis. Par exemple, la victime d'un accident du travail ne peut pas agir contre son employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité mais lorsque l'accident survient sur une voie ouverte à la circulation publique et implique un véhicule, la victime pourra agir sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985 pour obtenir une indemnisation complémentaire. Ainsi, le régime de responsabilité du fait des produits défectueux ne se substitue pas au droit commun, mais s'y ajoute.

La réparation est normalement intégrale mais, parfois, elle sera forfaitaire comme pour les accidents du travail, ou plafonnée comme par exemple en matière de transport aérien (article 3 de la convention de Varsovie).

Y. Lambert-Faivre a souligné les discriminations qui en résultent : « *Au coup par coup, les conventions internationales et les lois nationales tissent un habit d'arlequin de la responsabilité civile. Le droit commun de la réparation des dommages se déchire et au lieu d'adopter un régime univoque et objectif d'indemnisation de tous les dommages corporels, quelle qu'en soit la cause, un droit en miettes sanctionne des systèmes disparates où le principe d'égalité devant la loi se dilue en régimes inégaux, ici de faveur illimitée, là chichement mesurée, ici moderne et performante, là vieillie et sclérosée* » [...] « *Dans tous les pays, il y a des victimes juridiquement plus favorisées que d'autres au gré de législations soucieuses de refléter la sensibilité collective.* »

Dans le même sens, F. Leduc constatant que « *l'empirisme de la politique législative, cette casuistique sans ordre ne pouvait guère aboutir qu'à une œuvre discontinue, parcellaire, incomplète* » [...] « *remarque que des victimes pourtant placées dans des situations similaires feront l'objet d'un traitement juridique inégalitaire, les unes pouvant se prévaloir d'un régime d'indemnisation favorable alors que les autres devront se contenter du droit commun* » (L'œuvre du législateur moderne, vices et vertus des régimes spéciaux, Resp. et ass., hors-série, 2001, p.50).

C. Radé, souligne également que « *le législateur intervient à chaque fois que le besoin s'en fait sentir mais toujours pour ajouter de nouveaux régimes spéciaux, renforçant un peu plus le sentiment d'éparpillement du droit de l'indemnisation des victimes de dommages corporels* » [...] « *L'état des lieux des fonds et offices mis en place montre ainsi une multiplication des structures d'indemnisation, une variété des procédures et une diversité des intervenants. Il n'existe donc pas à proprement parler de système d'indemnisation des victimes d'accidents mais plutôt un ensemble hétéroclite de dispositifs spéciaux où les victimes se perdent aisément* » (Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile, Dalloz, 2003, chron. p. 2247).

En définitive, selon les circonstances où s'est produit leur dommage, on ne peut que constater de profondes disparités dans le traitement des demandes d'indemnisation des victimes.

Un constat d'inéquité

■ Des justifications peu convaincantes

Les discriminations résultant des différents systèmes de réparation offerts aux victimes sont-elles équitables ? En soi, une différence de traitement n'est pas nécessairement inéquitable, si elle est justifiée. Ainsi, se pose la question de leur justification, des raisons qui font que l'on offre une situation plus favorable à certaines victimes qu'à d'autres.

Sur ce plan, il est difficile de trouver des justifications générales à cette hétérogénéité dans l'indemnisation des victimes. En réalité, on peut observer que la faveur faite à certaines catégories de victimes répond dans chaque cas à des données particulières telles, par exemple, que le nombre des victimes et l'enjeu financier qu'elles représentent, la possibilité qu'elles ont de faire entendre leur cause, les carences fautives de l'État, le souci de répondre à un « trou d'indemnisation », de satisfaire l'opinion publique.

L'hétérogénéité des solutions résulte à la fois d'une évolution de l'interprétation des textes du Code civil et de l'instauration de systèmes particuliers répondant à un moment donné à une demande sociale forte et mise en place dans les conditions économiques financières propres à la problématique prise en considération. Y. Lambert-Faivre évoque à cet égard des « lois circonstancielles qui ne sont que des réponses politiques à des émotions collectives » (*Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Larcier, 1994, p. 352). F. Leduc (article précité, n° 21, p. 55) observe également « que le législateur se contente de rechercher dans chaque régime spécial un point d'équilibre ponctuel entre les forces contraires en tension : dans un sens, la poussée victimiste, la pression de l'opinion publique ; dans l'autre, les impératifs budgétaires, le souci de ne pas entraver le dynamisme d'activités socialement utiles, les pressions corporatistes ».

Dans le cadre d'une évolution générale du droit de la responsabilité civile où c'est l'indemnisation du dommage qui est considérée comme l'objectif essentiel, détachée de la faute, ces éléments d'explication apparaissent bien faibles et surtout pas de nature à justifier de telles différences de traitement des victimes. De telles différences sont alors source d'inéquité. Si les dommages corporels subis par deux victimes sont identiques, alors celles-ci ne méritent-elles pas la même considération ? À dommage égal, réparation égale.

■ Quelles solutions ?

Cette complexité et cette injustice du droit en matière de réparation du préjudice corporel sont soulignées à l'heure actuelle par de nombreux auteurs dont certains préconisent des réformes profondes. Plusieurs voies sont suggérées pour rendre l'indemnisation plus équitable.

Certains prônent une refonte globale du système et la généralisation du système de Sécurité sociale, à l'instar de l'expérience de La Nouvelle-Zélande qui a élaboré un système étatique d'indemnisation automatique de tous les accidents, quelle que soit leur origine :

- L. Mellenec a défendu l'idée d'instaurer un régime unique de l'invalidité et de la dépendance (*L'indemnisation du Handicap*, Desclée de Brower, 1997).
- P. Le Tourneau plaide également pour que tous les dommages corporels, quelle qu'en soit l'origine (domestique, professionnelle, de transport, de la route, médicale, des infractions, du terrorisme), soient réparés de plein droit et pris en charge par la Sécurité sociale (*Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2006/2007, n° 91).

Mais dans les deux cas, la prise en charge du préjudice est envisagée forfaitairement et non intégralement.

D'autres envisagent la création de fonds de garantie :

- Y. Lambert-Faivre appelle à la constitution d'un fonds de garantie unique des dommages corporels accidentels imputables à un tiers (*Droit du dommage*

corporel, Dalloz, 4^e éd., n° 436). Le rôle de ce fonds serait complémentaire des assurances de responsabilité civile – rendues obligatoires – lorsque celles-ci sont défailtantes ou insuffisantes pour assurer la réparation intégrale des dommages corporels.

- C. Radé évoque également, en complément d'une réforme de la responsabilité civile, la création d'un fonds unique doté d'une compétence générale, chargé d'indemniser les victimes de dommages corporels qui n'ont pu obtenir réparation auprès du responsable, soit que les conditions de sa responsabilité n'aient pas été réunies, soit que ce dernier soit insolvable ou que les garanties soient épuisées (*Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, 2003, chron. p. 2247).

La prise en charge des accidents domestiques ne serait toutefois pas réalisée par ces fonds.

D'autres auteurs encore n'envisagent que la généralisation de l'obligation d'assurance :

- G. Viney propose de généraliser l'assurance de responsabilité civile en la rendant obligatoire. La victime disposerait alors de toute façon d'une action contre un assureur, quelle que soit la personne désignée comme responsable (*Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. n° 61).

- il est aussi préconisé de rendre obligatoire l'assurance accidents corporels (F. Chabas, *L'assurance de personnes au secours du droit de la responsabilité*, *Risques*, 1993, n° 14, p. 89 ; L. Morlet, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit de l'indemnisation en droit privé*, thèse, le Mans, déc. 2003, direction H. Groutel).

Ces diverses solutions ne sont pas nécessairement exclusives les unes des autres. Ainsi, L. Morlet préconise le recours aux trois procédés d'indemnisation

que sont l'assurance responsabilité civile, l'assurance accidents corporels et l'instauration d'un fonds de garantie (thèse précitée, p. 339). F. Leduc suggère de promouvoir l'assurance de personne à caractère indemnitaire – sans l'imposer – tout en instaurant un régime résiduel qui pourrait être invoqué par les victimes méritant une considération particulière et ne pouvant pas obtenir une indemnisation effective et suffisante par les voies de droit existantes (*L'œuvre du législateur moderne, vices et vertus des régimes spéciaux*, *Resp. et ass.*, hors-série 2001, p.50).

Mais au-delà des aspects juridiques que présente chaque solution proposée, ou leur combinaison, elles soulèvent des questions économiques importantes tenant aux modalités et à la légitimité de leur financement, des transferts économiques qu'elles opèrent.

Notes

1. *L'Institut de veille sanitaire chiffre à près de 20 000 décès par an les accidents de la vie courante (AcVC), définis comme un traumatisme non intentionnel qui ne sont ni des accidents de la circulation ni des accidents du travail. Il est observé que s'ils sont très nombreux, leur dénombrement est difficile et dépend notamment de leur gravité, qui détermine elle-même le type de recours aux soins ou le mode de prise en charge de l'accidenté. Même si la catégorie des AcVC est plus large que celle des accidents causés à soi-même, on ne peut qu'être frappé par ce chiffre largement supérieur au nombre de victimes des accidents de la route. En 2000, la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) indiquait qu'il y avait 8 millions d'accidents domestiques par an et citait également le chiffre de 20 000 décès par an.*

2. *Selon la FFSA, en 2000, 95 % des foyers seraient couverts par une assurance multirisque habitation.*

DISPOSITIF DE RÈGLEMENT DES ACCIDENTS MÉDICAUX ÉQUITÉ ET ACTION PUBLIQUE

Dominique Martin

Directeur de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, Oniam

Qu'une administration s'interroge sur la pratique de l'équité peut paraître comme n'allant pas de soi. En effet, l'action publique est quelquefois perçue à travers certaines caractéristiques de la puissance publique qui seraient aux antipodes de l'idée que l'on peut se faire de l'équité⁽¹⁾. Le pouvoir réglementaire et les opérateurs publics, en particulier ceux exerçant en matière sociale, sont ainsi parfois soupçonnés de vouloir restreindre le champ d'application des lois, que ce soit pour des raisons financières ou par atavisme administratif. Ces réflexions critiques nous invitent ainsi à nous interroger sur la notion d'équité à travers ses liens avec des principes plus spécifiques de l'action publique : la solidarité, la légalité, l'égalité, la recherche de l'intérêt général, notamment. Le monde de l'équité et du juste, et celui de l'action publique, seraient-ils irréductibles ? Tenter de répondre à cette question, c'est essayer d'identifier les liens possibles entre équité et politique publique sans pour autant nier les difficultés rencontrées. Pour ce faire, nous nous appuyons sur quelques réflexions concernant la préparation : d'une part, de la mise en œuvre, d'autre part, de la loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades.

L'équité au cœur de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades

Sil est inutile de rappeler ici tous les rapports, projets et propositions de loi⁽²⁾ qu'a suscités la question de l'indemnisation de l'aléa médical, il peut par contre s'avérer utile de relever quelques éléments du débat juridique qui ont présidé à l'élaboration du texte de 2002.

◆ Le débat préparatoire de la loi sur l'indemnisation de l'aléa médical

Alors même que l'égalité est le fondement de notre ordre démocratique et juridique, l'inégalité devant le malheur médical est vécue comme profondément choquante et stigmatisée par la plupart des observateurs. Il apparaît inacceptable qu'une même situation de handicap concernant deux personnes différentes, l'une victime d'un accident fautif, l'autre victime d'un aléa, puisse conduire dans le premier cas à une réparation et dans le second à laisser la victime sans assistance spécifique, autres que les aides sociales

de base bien souvent insuffisantes. Par ailleurs, dans les années 1990, l'avancée du Conseil d'État sur le terrain de l'indemnisation de l'accident médical non fautif⁽³⁾ creuse un fossé entre les deux ordres de juridictions qui devient difficile à accepter.

C'est pourquoi l'évolution jurisprudentielle est fortement marquée par la recherche de l'équité sous la forme du rétablissement d'une forme d'équilibre contractuel rompu entre le médecin « sachant » et le patient « profane ». Ainsi le conseiller Sargos a-t-il pu écrire : « *La Cour de Cassation a poussé jusqu'à ses derniers retranchements – si ce n'est au-delà – la notion de faute, tant en ce qui concerne les obligations de soins, de surveillance, ou d'information, que de perte d'une chance* »⁽⁴⁾. Les techniques utilisées – inversement de la charge de la preuve en matière d'obligation d'information, multiplication du champ spécifique de certaines obligations de sécurité-résultat (faute virtuelle, infections nosocomiales, dispositifs médicaux et produits défectueux), utilisation extensive de la notion de maladresse fautive, notamment – témoignent à l'envi de cette préoccupation des juges. Le débat public s'organise alors sur l'opposition entre la solution jurisprudentielle et la solution législative.

Plusieurs voix s'élèvent en effet pour défendre la possibilité, voire leur préférence, pour une solution jurisprudentielle. On retiendra par exemple un extrait du rapport annuel de la Cour de cassation de 1994 cité par le conseiller Sargos⁽⁵⁾ : « *faire œuvre de justice et non seulement de juriste et apporter des nuances dans une ordonnance doctrinale trop rigide, l'essentiel étant que, toujours, le rationnel et le raisonnable se rejoignent* » ou encore la position du Pr Mémeteau, qui estime que l'article L.1135 du Code civil suffit à établir la base juridique à l'indemnisation de l'aléa en s'appuyant sur une application (extension ?) équitable des obligations contractuelles du médecin : « *les obligations obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* »⁽⁶⁾.

A contrario, on trouve d'autres auteurs, comme Jean Guigue, qui rappellent l'aversion du juge pour l'équité qui serait : « *une brèche importante dans le domaine des contrats en général. Elle risquerait de*

bouleverser la sécurité juridique en matière contractuelle »⁽⁷⁾. Ces auteurs en déduisent le plus souvent l'absolue nécessité d'une solution législative.

Finalement, par une jurisprudence provocatrice⁽⁸⁾, la Cour de cassation invite la puissance publique à trouver une solution législative d'équité, souhaitée, mais non assumée par le juge.

La réflexion et le débat préparatoires à la loi aboutissent finalement au rejet de la solution jurisprudentielle. Le recours à l'équité comme principe de justice est abandonné en tant que solution à ce difficile problème au profit de la mise en place d'une solution législative créant un dispositif de solidarité.

Il convient cependant de relever que cette solidarité n'est finalement rien d'autre que le complément équitable de l'égalité. En effet, la loi, en créant un dispositif de solidarité, vise à la réparation de ces catastrophes individuelles que sont les accidents médicaux qui en raison de leur caractère exceptionnel constituent une rupture d'égalité devant les charges publiques. En cela, elle met en œuvre un principe d'équité : les risques exceptionnels subis par certains sont financièrement supportés par tous. La loi permet aussi la mise en place d'une politique publique qui prend en compte la dimension de solidarité de la Nation envers les plus vulnérables, constituant une catégorie de la population. Cette politique, en rupture d'une certaine façon avec le principe d'égalité, constitue de fait une politique de discrimination positive, exorbitante du droit commun de la réparation, dont la source se trouve dans la recherche d'une certaine équité voulant faciliter l'accès au droit à cette catégorie de la population. On ajoutera par ailleurs, autre expression de la recherche de solution équitable, que cette mutualisation solidaire par la Nation permet également que le risque sans faute ne soit pas supporté par les seuls professionnels de santé.

◆ Quelques brèves remarques quant à la place de la réflexion sur l'équité dans l'élaboration de la loi

Lors de la préparation même du projet de loi, dans le cadre des discussions interministérielles comme de la vaste concertation qui a eu lieu, plusieurs sujets

importants mettant en jeu des principes fondamentaux ont fait l'objet de débats et d'arbitrages.

On pourra citer notamment la question du caractère obligatoire ou non de la saisine préalable, en amont de l'action contentieuse, par conséquent, des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation. Cette option maximaliste donnant au dispositif une position d'emblée incontournable a fait l'objet d'un débat contradictoire autour de la notion d'accès à un procès équitable telle qu'affirmée par la convention européenne des droits de l'homme⁽⁹⁾. Cette option a finalement été écartée comme étant contraire aux principes de la convention.

Un autre débat intéressant a porté sur la nature même de l'indemnisation proposée. L'idée d'une indemnisation forfaitaire, ou au moins plafonnée, semblait logique dans le cadre d'une loi de solidarité. L'effort de la solidarité nationale ne devait-il pas s'extraire des inégalités sociales ? Était-il défendable au nom de la solidarité de mieux indemniser un cadre supérieur qu'un employé ? Si le choix de l'indemnisation intégrale a finalement été retenu, ce ne fut pas sans débats parfois intenses au sein même des équipes gouvernementales en charge du projet.

Enfin, dernière illustration des choix opérés lors de la préparation du texte de loi, la question du traitement des victimes de contamination par le virus de l'hépatite C ayant pour origine un acte médical. Plusieurs centaines de milliers de personnes sont porteuses de cette infection et une fraction importante de ces porteurs a été victime d'une contamination iatrogène, majoritairement dans les années 1980. La question de leur intégration au bénéfice du dispositif supposait soit une disposition spécifique, limitée aux seules victimes de cette contamination iatrogène par le virus de l'hépatite, soit une portée rétroactive de la loi concernant l'ensemble des accidents médicaux n'ayant pas fait l'objet d'une décision de justice définitive. Dans le premier cas, la différence introduite entre les catégories de victimes semblait difficile à soutenir, dans le second la tâche confiée au futur dispositif d'indemnisation semblait irréaliste. C'est pourquoi après de longues hésitations et un arbitrage au plus haut niveau, ces dispositions ont été écartées : le dispositif proposerait une rétroactivité limitée à six

mois, et aucune disposition spécifique pour les victimes de contamination par le virus de l'hépatite C ne serait introduite⁽¹⁰⁾.

Ces trois exemples pris parmi d'autres illustrent les questions touchant aux problématiques d'équité qui ont été soulevées lors de la préparation du projet de loi. Les solutions retenues ont notamment fait intervenir des considérations touchant à la confrontation entre des principes apparemment opposés.

◆ La recherche de l'équité ne porte-t-elle pas atteinte au principe d'égalité ?

L'équité-différenciation⁽¹¹⁾ conduit à une segmentation des populations et donc des dispositifs, ce qui peut aboutir à un certain désordre et à des ruptures d'égalité comme cela a été parfaitement illustré dans le rapport du Conseil d'État sur « responsabilité et socialisation du risque »⁽¹²⁾. Le Conseil d'État soutient ainsi que : « *Il serait souhaitable de mener une réflexion sur une plus grande unité, pour un même préjudice, des régimes applicables même si la tentation sous l'impact émotif et médiatique de certaines maladies professionnelles par exemple est de prévoir des régimes particuliers* »⁽¹³⁾.

Comment justifier qu'un pan du risque puisse être envisagé en forme de régime spécial faisant l'objet d'une forme de mutualisation particulière par la société ?⁽¹⁴⁾ Faut-il raisonner en termes de dispositif et de référence unique au nom du principe d'égalité ou au contraire accepter et traiter les différences par des solutions différentes au nom du principe d'équité ?

Ces questions importantes peuvent être illustrées par l'organisation de l'établissement public qu'est l'Oniam. En effet, au sein même de cet établissement cohabitent, de par la loi et les textes d'application, des dispositifs répondant à des principes et à des fonctionnements significativement différents. Ainsi, le dispositif d'indemnisation des accidents médicaux, issu de la loi du 4 mars 2002, est-il différent du dispositif d'indemnisation des victimes d'infection par le VIH d'origine transfusionnel, issu de la loi de santé publique⁽¹⁵⁾ et encore différent du dispositif d'indemnisation des victimes d'accidents dus à des vaccinations obligatoires, issu de cette même loi. Les

différences portent à la fois sur l'organisation, la procédure, ou encore la politique d'indemnisation. Outre que ces différences rendent le fonctionnement même de l'établissement peu lisible, elles heurtent frontalement le principe d'égalité alors même que ce principe est une priorité de l'établissement ! Mais, ces traitements différents répondent aussi à des situations historiques et de fait objectivement peu comparables. L'indemnisation de l'aléa est la manifestation de la solidarité de la Nation envers ceux des citoyens qui sont le plus en difficulté à la suite d'un accident médical non fautif. L'indemnisation des victimes de l'infection par le VIH d'origine transfusionnelle tente de trouver une réponse (partielle) à une mise en cause de la collectivité dans la gestion du dossier du sang contaminé. L'indemnisation des victimes d'accidents consécutifs à des vaccinations obligatoires peut être comprise quant à elle comme le souci de santé publique de protéger des politiques vaccinales.

La question de l'équité dans la mise en œuvre de la loi

La mise en œuvre de la loi par les institutions qui la composent suppose l'analyse des mécanismes propres à ces institutions. C'est ainsi que l'examen des orientations opérées par l'Oniam ne peut s'abstraire de la référence au statut juridique de cet établissement, un établissement public administratif, et de celle relative aux principes servant de base à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une politique publique. Cette notion, directement inspirée des « *public policies* » anglo-saxonnes, est sans doute encore peu utilisée. Aussi, il n'est pas inutile d'essayer d'en décliner brièvement les principales composantes. Reprenant les principaux éléments fondateurs de politiques publiques élaborés par MM. Mény et Thoenig dans leur ouvrage *Politiques publiques* ⁽¹⁶⁾, nous citerons les points suivants : une politique publique est constituée d'un ensemble de mesures concrètes ; elle comprend des décisions opposables ; elle s'inscrit dans un cadre

général ; elle a un ou des public(s), elle définit des objectifs à atteindre. Cette grille de lecture transversale peut être complétée par une autre grille plus séquentielle. À l'identification des problèmes succèdent le développement puis la mise en œuvre du ou des programme(s). Enfin, l'évaluation et éventuellement la réorientation ou la clôture du programme terminent le processus.

C'est dans ce cadre que certains aspects de la mise en œuvre de la loi peuvent être analysés. Nous retiendrons à titre d'illustration deux exemples très concrets : les difficultés rencontrées par un établissement public lors des procédures de transaction, d'une part, et l'utilisation d'un référentiel d'indemnisation comme outil au service d'une politique d'indemnisation, d'autre part.

◆ Pratique de la transaction et gestion des finances publiques

La transaction, comme prise en compte de la spécificité au-delà des règles générales, peut être analysée comme une mise en pratique du principe d'équité. Elle permet en effet, dans le cadre d'un échange d'informations et d'arguments, de prendre en compte les demandes spécifiques de la victime. Pour autant, cette pratique de la transaction pose plusieurs difficultés à un établissement public, à la fois en termes de principe et de procédure.

Sur le plan des principes d'abord, la question se pose de savoir dans quelle mesure la pratique de la transaction peut conduire à une rupture d'égalité, une prime à l'habileté du défenseur, au détriment d'un autre demandeur moins « compétent » juridiquement ou moins bien assisté ? Cette question est d'autant plus aiguë dans le cadre de la procédure de règlement amiable que la présence d'un conseil, sans être écartée, n'est pas explicitement prévue, ce qui suppose qu'il n'est pas attendu des demandeurs une compétence juridique particulière.

Sur le plan de la procédure ensuite, les règles de finances publiques rendent plus difficile la pratique de la transaction. C'est en particulier le cas du principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable. Ce dernier qui n'est pas sous l'autorité hiérarchique de l'ordonnateur a en charge, d'une part, le contrôle de

régularité des engagements et, d'autre part, le paiement de l'indemnisation. Ces procédures très contraignantes supposent un contrôle préalable des offres par le comptable qui rend plus difficile en pratique, sans que cela soit pour autant impossible, le jeu normal de la transaction conçu comme un processus itératif de traitement d'une offre d'indemnisation.

◆ La mise en place d'un référentiel d'indemnisation comme tentative de conciliation des principes d'équité et d'égalité

Le principe de la réparation intégrale du préjudice subi semble fixer l'objectif en matière d'indemnisation. Pour autant, en cette matière, tout fait débat, aussi bien l'établissement des préjudices que les montants octroyés ou encore la technique de versement.

On pourra prendre comme exemple le calcul de l'indemnisation du préjudice professionnel à venir d'un adolescent qui, par souci d'équité, doit prendre en compte son milieu familial. En des termes plus directs, un enfant de milieu aisé doit, selon ce raisonnement, bénéficier d'une indemnisation plus importante qu'un enfant dont les parents sont d'une catégorie socioprofessionnelle moins aisée. Ce raisonnement, qui répond à une certaine logique, conduit nécessairement à s'interroger sur les relations entre équité et égalité des chances, équité et justice sociale, équité et reproduction sociale. De surcroît, la nature même de ce qu'est une indemnisation peut également faire l'objet de discussions. Il existe en effet une certaine confusion entre l'indemnisation et le « remboursement » d'organes ou de fonctions perdus ⁽¹⁷⁾. En effet, réparer nous semble relever d'une action de solidarité et ne peut en aucun cas constituer un échange marchand. Le juste montant – à défaut d'un montant juste – d'une indemnisation pourrait dès lors être celui qui combine le mieux la prise en compte de la situation individuelle et l'effort collectif consenti à cette indemnisation.

Cette préoccupation est au cœur des raisons qui ont présidé à l'élaboration de son référentiel par l'Office. Afin d'identifier la problématique et de fixer les objectifs en matière d'indemnisation, une vaste étude a été conduite par une équipe d'économistes ⁽¹⁸⁾. Plusieurs centaines de dossiers d'indemnisations – décisions contentieuses et accords transactionnels avec des assureurs – ont été étudiés. L'analyse statistique de ces données a permis une modélisation des pratiques qui a conduit à de multiples comparaisons en fonction des principaux postes de préjudices.

Cette approche comparative et empirique a permis d'obtenir une représentation de l'existant qui a servi de référence à des propositions qui ont été élaborées par l'Office. Le référentiel a par ailleurs été immédiatement rendu public et mis en œuvre par l'établissement. Enfin, dernier point, ce référentiel n'est rien d'autre que l'outil de l'Oniam et n'a aucune vocation à s'imposer à d'autres acteurs.

Les principes retenus pour l'élaboration de cet outil ont été conformes aux principes de l'action publique, permettant en particulier de garantir au mieux l'égalité de traitement des demandeurs sur l'ensemble du territoire tout en respectant le principe de réparation intégrale. En effet, purement indicatif, le référentiel ne constitue qu'un repère qui n'interdit nullement la prise en compte des spécificités individuelles. Il a par conséquent pour ambition de rechercher le meilleur équilibre possible, dans le cadre des missions qui sont confiées à l'établissement, entre égalité de traitement sur l'ensemble du territoire et prise en compte des spécificités individuelles. Ce référentiel est par ailleurs un outil d'évaluation de la politique indemnitaire de l'établissement dans la mesure où sa mise en œuvre fait l'objet d'une analyse rendue publique ⁽¹⁹⁾. Le référentiel constitue ainsi l'outil privilégié qui permet à l'Oniam d'inscrire sa mission d'indemnisation dans le cadre d'une politique soumise à évaluation sur des bases publiques.

En conclusion

Dans le secteur relativement étroit – d'un point de vue économique – qu'est la responsabilité médicale, l'Oniam est déjà l'un des tous premiers payeurs (que ce soit en paiement direct, en cas d'aléa ou en substitution des assureurs en cas de refus d'offre de la part de ces derniers) ⁽²⁰⁾ et sa position va aller en se renforçant. Cette situation, doublée de son caractère d'établissement public de l'État, oblige l'Office à s'interroger en permanence sur sa pratique de l'indemnisation. Celle-ci, située aux confins de l'action publique et des principes du droit privé – que l'établissement ne peut ignorer – ne prendra définitivement sa place que lorsque le juge se sera prononcé sur le fonctionnement même du dispositif à travers des sollicitations de victimes ou de l'établissement lui-même. *In fine*, la recherche de l'intérêt général devra combiner l'intérêt public (et ses principes d'action) et certains intérêts particuliers (dits transcendants) ⁽²¹⁾.

L'équité suppose en effet la mise en place d'un jeu des acteurs dans un processus itératif : dispositif public assumé, contrôle par le juge, réorientation de la politique de l'établissement si nécessaire. C'est ainsi que se mettra en place, dans le temps, l'équilibre nécessaire et attendu.

Notes

1. Sur ce point lire notamment : Jourdain Patrice, *De quelques difficultés d'application de la loi*, Les Petites Affiches, 29 juin 2006, n° 129, p. 17 ; Mémeteau Gérard, *Le tango des CRCI : deux pas ici, un pas par-là ! : Un guichet ou une commission ; une juridiction !*, Médecine & Droit, 2006 p. 17 ; Viney Geneviève, *La loi Kouchner, trois*

ans après : *Bilan prospectif*, Les Petites Affiches, 29 juin 2006.

2. Plus de vingt textes de différentes natures ont été répertoriés sur une période de plus de 15 ans.

3. Conseil d'État, 20 décembre 1990, Gomez et Conseil d'État, 9 avril 1993, Bianchi.

4. Sargos Pierre, *Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale*, Dalloz, 1996, chroniques p. 365.

5. Sargos Pierre, *op.cit.*, Dalloz 1996.

6. Mémeteau Gérard, *Les évolutions redoutées de la responsabilité médicale : loi ou jurisprudence ?*, Gazette du Palais, 1997.

7. Guigue Jean, *Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État ?*, Gazette du palais, 2000.

8. Cour de cassation, 8 novembre 2000.

9. Article 6, paragraphe 1 de la de la CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

10. L'article 102 de la loi prévoit cependant que, en cas d'infection d'origine iatrogène, le doute profite au demandeur.

11. Pour cette notion voir Fouletier Marjorie, *Recherche sur l'équité en droit public français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, thèse, 2003, tome 229.

12. *Conseil d'État, Responsabilité et socialisation du risque, Rapport public, Études et documents, n° 56, 2005.*
13. *Extrait du rapport du Conseil d'État, op. cit., p. 326.*
14. *Ex : le risque professionnel AT-MP, les accidents de la circulation, le terrorisme, les catastrophes naturelles, et peut-être à l'avenir, le risque environnemental...*
15. *Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.*
16. *Mény Y. et Thoenig J-C., Politiques publiques, Paris, PUF, 1989.*
17. *Sur ce point lire : Gibert Sabine et Martin Dominique, L'indemnisation des accidents médicaux n'est pas un marché mais un contrat social, RGDM, n° 21, décembre 2006, à paraître.*
18. *Étude conduite par P.Y. Géoffard et A. Chassagnon de la Fédération pour la recherche économique et financière (FREF).*
19. *Disponible sur le site de l'Office.*
20. *Le montant des engagements pour 2006 est estimé à 30 millions d'euros, pour un montant global d'indemnisations versées aux victimes de l'ordre de 100 millions d'euros pour une année de référence.*
21. *Sur cette notion voir Fouletier Marjorie, op.cit.*

LE RÉGIME FISCAL DES INDEMNISATIONS

Sylvie Chanh

*Chargée d'études juridiques risque automobile,
Fédération française des sociétés d'assurances*

Du point de vue fiscal, le principe d'équité est d'abord entendu comme l'égalité des contribuables devant l'impôt. En ce sens, il découle de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cet article établit que « la contribution commune [...] doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». C'est l'idée d'une justice sociale. Afin d'assurer une répartition plus juste de la charge fiscale et de favoriser une égalité de sacrifices financiers, le législateur est donc autorisé à opérer des différences de traitement.

L'article 1 de la Constitution de 1958 pose le principe d'égalité qui impose d'apporter une réponse unique à des situations identiques mais justifie cependant de fournir des réponses adaptées à des problématiques juridiques distinctes. Plus proche de nous, la loi du 11 février 2005 ⁽¹⁾ rappelle le principe d'égalité vis-à-vis des personnes handicapées. Dès lors, s'il apparaît légitime de considérer que les victimes d'accident corporel constituent une catégorie de contribuables particulière justifiant un traitement fiscal spécifique, il apparaît anormal que la législation actuelle donne au sein de cette même catégorie un sort fiscal différent selon les modalités de versement de leurs indemnités ou l'identité du payeur de ces dernières.

En effet, ces éléments ne devraient pas affecter le régime fiscal d'imposition sur le revenu. La logique de traitement égalitaire entre les victimes voudrait que leurs indemnités obéissent à un régime fiscal unitaire, sans distinction selon le taux d'incapacité, l'origine des indemnités (tiers responsable, Sécurité sociale, etc.), leurs modalités de versement (capital ou

rente) ou de décision (transaction ou par voie judiciaire). De surcroît, dans son rapport déposé en juin 2003, le groupe de travail du Conseil national d'aide aux victimes (Cnav), présidé par le professeur Lambert-Faivre, souligne que le régime fiscal des indemnités a une incidence sur le bilan monétaire de la réparation.

Or, force est de constater que la législation fiscale actuelle comporte des incohérences dans ce domaine, traitant de manière différente les victimes tant au regard de l'identité du bénéficiaire et des modalités de versement des indemnités qu'au regard de l'identité du payeur de celles-ci.

■ La qualité de la victime

Au visa de l'article 885K du Code général des impôts (CGI), la Cour de cassation a posé le principe selon lequel les indemnités que les ayants droit de la victime d'un accident corporel ont perçues en réparation du préjudice moral et économique subi par

eux, du fait du dommage corporel causé à la victime elle-même, dès lors qu'elles sont exclues du patrimoine de leurs bénéficiaires, ne sont pas soumises à l'impôt de solidarité sur la fortune ⁽²⁾.

L'article 6 de la loi de finances pour 2007 ⁽³⁾ étend ce principe aux rentes et indemnités versées au défunt en réparation de dommages corporels liés à un accident ou à une maladie en modifiant l'article 775bis du CGI. Ce faisant, il vient généraliser la déduction de leur valeur nominale de l'actif successoral à toutes les victimes et non plus seulement aux victimes de l'amiante, aux personnes contaminées par le virus d'immunodéficiência humaine.

Pourtant, le même raisonnement n'a pas été – et ne peut être – transposé en matière d'impôt sur le revenu. Les indemnités versées au titre de dommages et intérêts pour un préjudice non économique n'entrent pas, en raison de leur nature, dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu, l'article 12 du CGI disposant en effet que « *l'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année* ». C'est d'ailleurs sur le fondement de ce texte que la jurisprudence constante, en matière d'indemnités de licenciement, distingue ce qui relève, d'une part, de dommages et intérêts réparant un préjudice autre que la perte de salaire et exonéré d'impôt sur le revenu, et, d'autre part, les indemnités compensant un préjudice pécuniaire et donc soumis à impôt.

Ainsi, les victimes directes – alors même qu'elles sont par définition directement touchées par l'accident – bénéficient d'un traitement fiscal moins favorable que les victimes par ricochet : il y a une incohérence à soumettre les indemnités des premières à l'impôt sur la fortune et à celui sur les revenus alors que celles des secondes ne le sont qu'à l'impôt sur les revenus.

■ Les modalités d'indemnisation

Il convient par ailleurs d'opérer une seconde distinction entre les indemnités réparant un préjudice économique selon ses modalités de règlement. Car si

le capital indemnitaire n'est pas soumis à imposition (à l'exclusion des intérêts du capital), il n'en va pas de même pour les rentes versées par le responsable puisque celles-ci doivent être intégrées dans la déclaration annuelle des revenus auprès de l'administration fiscale, conformément à l'article 79 du CGI. Ce texte dispose en effet que « *les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu* ». De même, l'article 1-A du CGI précise que le revenu net global frappé d'imposition est notamment constitué des indemnités et des rentes viagères. C'est pourquoi, toute personne payant des pensions ou rentes viagères est tenue de fournir les indications relatives à ces dernières (article 88 CGI).

On constate donc une contradiction entre l'intérêt de la société de privilégier l'indemnisation sous forme de rente et la sanction qu'elle inflige en la soumettant à l'impôt, créant ainsi une première inégalité de traitement entre les victimes de dommages corporels en fonction des modalités de versement de leurs indemnisations.

La seconde inégalité se retrouve au sein des victimes qui perçoivent leurs indemnités sous forme de rente, selon la qualité du payeur de ces dernières.

■ L'origine des indemnités

L'article 81 du CGI dresse la liste des revenus affranchis d'impôts parmi lesquels on retrouve :

- les indemnités temporaires, prestations et rentes viagères servies aux victimes d'accidents du travail ou à leurs ayants droit ;
- les allocations, indemnités et prestations servies, sous quelque forme que ce soit, par l'État, les collectivités et les établissements publics, en application des lois et décrets d'assistance et d'assurance ;
- les rentes viagères servies en représentation de dommages-intérêts en vertu d'une condamnation prononcée judiciairement pour la réparation d'un préjudice corporel ayant entraîné pour la victime une incapacité permanente totale l'obligeant à avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour

effectuer les actes ordinaires de la vie ;
- la prestation de compensation servie en vertu des dispositions de l'article L.245-1 du Code de l'action sociale et des familles ;
- les rentes viagères servies par application de l'article 96 de la loi du 30 décembre 1928, de l'article 5 de la loi du 17 septembre 1932, de l'article 1er de la loi du 1er octobre 1936 et de l'article 6 de la loi n° 652 du 26 juin 1942.

◆ Les indemnités servies par les organismes publics

De même, si les indemnités journalières versées par les organismes de Sécurité sociale et de la Mutualité sociale agricole – ou pour leur compte – sont soumises à l'impôt sur le revenu, il n'en va pas de même pour les indemnités temporaires, prestations et rentes viagères servies aux victimes d'accidents du travail ou à leurs ayants droit et les indemnités allouées à des personnes atteintes d'une affection comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse (article 80 *quinquies*). Cette différence de traitement crée d'emblée une inégalité injustifiée entre les victimes relevant du régime de droit commun et celles relevant du régime des accidents du travail ou maladies professionnelles.

Les allocations aux personnes handicapées sont exonérées d'impôt. Cette faveur peut se justifier eu égard à leur qualification d'aide sociale. Mais la prestation de compensation des conséquences du handicap instaurée par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, est également exonérée d'impôt. Or, cette nouvelle prestation, accordée par une Commission des droits et de l'autonomie (CDA), et servie par les départements, répond à un souci de replacer la personne handicapée à égalité de chances avec une personne valide afin de « garantir les conditions d'une vie digne et autonome » et ne constitue pas une aide en tant que telle. De surcroît, elle est venue se substituer à l'Allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP). Elle consiste en une prestation en espèce ou en nature

visant à prendre en charge les dépenses directement liées au handicap, à savoir les aides humaines, les aides techniques (fauteuils roulants et autres), les aménagements de domicile et/ou de véhicule, les aides animalières et autres charges spécifiques ou exceptionnelles comme celles relatives à l'acquisition ou l'entretien de produits liés au handicap. Or, d'autres organismes publics ou privés indemnisent ces chefs de préjudice. Mais, à la différence des prestations de réparation, ces indemnités lorsqu'elles sont versées sous forme de rentes sont imposables.

De même, les allocations d'assistance et d'assurance versées par l'État, les collectivités et les établissements publics, qu'elles soient versées sous forme de rentes ou en capital, ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu, créant ainsi une inégalité supplémentaire entre les victimes relevant d'une indemnisation de droit public et celles relevant d'un régime de droit privé.

◆ Les indemnités servies par des fonds d'indemnisation

Afin de témoigner de la solidarité nationale à l'égard des personnes concernées, la loi de finances pour 2005 ⁽⁴⁾ a étendu cette exonération d'impôt sur le revenu aux indemnités versées aux victimes de l'amiante ou à leurs ayants droit par le Fiva, Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, ou, le cas échéant, par décision de justice depuis le 26 octobre 2001, date d'entrée en vigueur du décret d'application de l'article 53 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 instituant le Fiva ⁽⁵⁾.

En revanche, un tel régime dérogatoire n'est pas prévu pour les indemnités allouées dans le cadre d'autres régimes de solidarité (Fonds de garantie des assurances obligatoires, Office national d'indemnisation des accidents médicaux...).

Selon les informations communiquées par SOS Attentat, les indemnités versées par le Fonds de garantie des actes de terrorisme et autres infractions aux victimes d'actes de terrorisme ne sont pas

soumises à l'impôt sur le revenu. Toutefois, aucun texte légal ne semble poser ce principe. S'agirait-il d'une tolérance de l'Administration fiscale ou d'une conséquence de l'assimilation de cette catégorie de victime aux victimes de guerre ?

◆ Les indemnités allouées judiciairement

L'article 81-9bis du CGI dispose que ne doivent pas être prises en compte dans le revenu global net soumis à l'impôt sur le revenu « *les rentes viagères servies en représentation de dommages-intérêts en vertu d'une condamnation prononcée judiciairement pour la réparation d'un préjudice corporel ayant entraîné pour la victime une incapacité permanente totale l'obligeant à avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie* ». Or, les cas d'incapacité permanente totale (100 %) sont rarissimes. Aussi, la doctrine administrative fixe-t-elle le taux d'incapacité à 80 %. De surcroît, une circulaire administrative du 1^{er} décembre 1988⁽⁶⁾ est venue affranchir d'impôt les rentes versées en exécution d'une transaction entre la victime et la société d'assurances en application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, étendant ainsi les cas de non-imposition aux rentes allouées par voie transactionnelle et dans les conditions prévues par l'article 81-9bis du CGI. Cependant, il reste que la majorité des rentes versées demeure imposable puisque la plupart des victimes ne remplissent pas ces critères.

En conclusion

Cette analyse démontre que l'indemnisation du dommage corporel ne consiste pas au simple versement d'indemnités à la victime ; celle-ci doit être appréhendée dans sa globalité en intégrant toutes les dimensions telles que fiscale, sociale, voire sociétale.

De surcroît, rappelons que le traitement fiscal des indemnités peut lui-même faire obstacle à l'octroi de certaines aides ou prestations sociales pour lesquelles des conditions de ressources justifiées par la production de l'avis d'imposition sont requises. Ainsi, par exemple, l'obtention de la CMU (Couverture maladie universelle) complémentaire dépend des ressources du demandeur, à savoir de ses revenus imposables après déduction des charges liées au versement des pensions et obligations alimentaires. Il en va généralement de même pour les prestations dites familiales. Les victimes d'accidents corporels, qui soumettent à imposition les indemnités qu'elles perçoivent à ce titre, participent certes ainsi à un mécanisme de solidarité (le produit des revenus imposables pouvant lui-même servir à financer des fonds d'indemnisation) ; mais encore faut-il que cette orientation décidée par la société soit cohérente, transparente et surtout équitable⁽¹⁾.

Notes

1. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (JO du 12 février 2005).
2. Com. 27 juin 2000, n° 1468 FS-P ; Bull. IV, n°133, p. 121, Bulletin officiel des impôts 7 S-3-02.
3. Loi de finances n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 pour 2007 (JO du 27 décembre 2006).
4. Loi de finances n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 pour 2005 (JO du 31 décembre 2005).
5. Décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 (JO du 24 octobre 2001).
6. Circulaire administrative 5F 1263 du ministère des Finances du 1^{er} décembre 1988.

LES CONTRAINTES ASSURANTIELLES DE L'INDEMNISATION DES DOMMAGES CORPORELS PAR L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ

Claude Delpoux

Directeur des assurances de biens et de responsabilité, FFSA

L'« assureur ne joue pas aux dés ». Cette formule garde tout son poids lorsqu'on aborde la question des contraintes techniques qui s'imposent à l'assurance pour la réparation des préjudices corporels. Ces contraintes sont liées à la nécessaire sécurité financière qui conditionne la crédibilité et l'efficacité de l'opération d'assurance. Elles ne sont pas propres à la réparation du corporel mais elles peuvent être illustrées en ce domaine avec un relief particulier.

L'équité d'un dispositif visant à la réparation de préjudices s'apprécie tant au regard des personnes qui en bénéficient qu'à celles qui sont mises à contribution pour en assurer le financement, ainsi d'ailleurs que dans la relation entre celles-ci et celles-là. Les transferts financiers induits par les dispositifs assurantiels sont-ils équitables ?

Les contraintes pesant sur les assurances de responsabilité

Tous les traités le rappellent, l'opération d'assurance consiste à transférer sur une société d'assurances les risques aléatoires auxquels est exposé un groupe de personnes, les assurés, dans les conditions et circonstances définies par un contrat. Il s'agit ainsi d'une opération

de mutualisation des risques dont chaque contrat liant l'assureur et l'assuré est l'expression juridique.

En assurance de responsabilité, c'est donc le risque pesant sur le patrimoine de l'assuré – si sa responsabilité est engagée – qui est transféré sur l'organisme assureur. Mais s'il y a responsabilité, il y a victime d'un préjudice et la dette de responsabilité de l'auteur du dommage n'est que le corollaire de la créance en réparation de la victime. Et du fait de l'action directe, la victime va bénéficier de l'opération d'assurance qui sécurise et rend effective l'obtention de la réparation – sous forme de compensation pécuniaire – à laquelle elle a droit.

C'est pourquoi le droit des assurances vise à protéger l'assuré, la mutualité des assurés représentée par l'assureur et, le cas échéant, les tiers lésés ; et il faut considérer que, en principe, c'est un équilibre entre les trois qui doit être recherché plutôt que l'optimisation de la protection octroyée à l'un d'eux au détriment des autres.

La condition essentielle d'une opération d'assurance est la sécurité financière. L'assureur doit être en mesure de remplir le moment venu ses engagements ; ce qui implique :

- la qualité du calcul statistique pour déterminer le coût futur du risque mutualisé ;
- la permanence des facteurs pris en compte pour ce calcul ou tout au moins la prévisibilité quantifiable de leur évolution entre la perception de la cotisation d'assurance et la réalisation du risque.

S'agissant de la réparation du préjudice corporel par l'assurance de responsabilité, l'assureur doit être en mesure de prévoir la probabilité d'occurrence des faits dommageables pouvant engager la responsabilité de ses assurés. Cela recouvre :

- un aspect purement technique – détermination des dommages causés par l'activité de l'assuré pouvant survenir ;
- un aspect juridique – la règle de responsabilité qui fait que ces dommages seront ou non imputés à la responsabilité de l'assuré.

L'exigence de prévisibilité explique, sur le premier point, l'incapacité de l'assureur à couvrir ce que l'on appelle le risque de développement et, sur le second, le besoin de sécurité juridique.

Souvenons-nous par exemple que, au début des années 1980, les cotisations d'assurance de RC de la totalité des centres de transfusion sanguine s'élevaient à environ 3 millions de francs, leur responsabilité étant rarement recherchée et reconnue. En quelques années, l'« affaire du sang contaminé » a pour effet de provoquer :

- la demande d'indemnisation de plusieurs milliers de victimes ;
- l'affirmation d'une responsabilité objective des centres fournisseurs de sang contaminé même si le virus n'est pas décelable ;
- la reconnaissance jurisprudentielle d'un préjudice spécifique de séropositivité d'un niveau à l'époque très largement supérieur à la totalité des préjudices extrapatrimoniaux obtenus par les victimes d'accidents très graves ;
- et, *in fine*, l'inassurabilité des centres de transfusion.

Certes, nous sommes dans un cas exceptionnel où la prévision de ce qui allait advenir n'était pas raisonnablement faisable au début des années 1980. Mais cela permet de comprendre les limites de l'assurance de responsabilité.

Le coût prévisible de la réparation du dommage est le produit de la fréquence et du coût moyen des sinistres qui permet de déterminer la « cotisation pure ».

Le coût moyen se calcule en fonction des sinistres connus (réglés ou évalués).

- La prévisibilité sur le coût moyen implique :
- que l'on puisse escompter les coûts moyens de l'exercice à venir en fonction des coûts moyens des sinistres enregistrés sur les exercices récents. L'évolution du coût moyen corrélé à celui du niveau général des prix est évidemment prévisible. En revanche, l'adjonction de nouveaux préjudices ou les modifications de méthodes d'évaluation de préjudice (par exemple les règles de capitalisation) ne peuvent que déjouer les prévisions normales des assureurs.
 - que les évaluations des dossiers corporels ouverts mais non encore réglés puissent être stabilisées assez rapidement après l'ouverture du dossier sinistre par l'assureur et, en tout cas, dès que l'estimation médicale de l'état de la victime et de sa possible évolution a pu être faite. En effet, le règlement définitif d'un dossier corporel grave demande plusieurs années (ce qui évidemment n'exclut pas le versement de provisions pendant la gestion). Ici encore des modifications substantielles dans les méthodes d'évaluation des postes de préjudice peuvent entraîner des majorations très importantes du coût escompté du dossier.
 - que, après la clôture d'un dossier par un règlement définitif (après jugement ou transaction), la réouverture de ce dossier pour des compléments d'indemnisation ne soit possible qu'en cas d'aggravation de l'état de la victime pris en considération au moment du règlement.

À cet égard, l'arrêt du 14 avril 2004, rendu par la 10^{ème} chambre de la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'affaire opposant la famille Safty à la Macif, qui a fortement inquiété la profession, en est une illustration. Pour mémoire, les faits étaient les suivants : un

piéton de 13 ans renversé par un véhicule dont le conducteur était assuré auprès de la Macif fut atteint d'un traumatisme crânien grave. Assistés d'un avocat et avec l'approbation du juge des tutelles, les parents de ce dernier avaient conclu une transaction en 1989 avec l'assureur. Suite à l'aggravation de l'état de la victime, une seconde transaction fut signée en 1993, la Macif ayant révisé à la hausse le montant de l'indemnité globale. Quelques années plus tard, la victime dénonce l'acte et assigne l'assureur pour nullité de la transaction au regard de l'absence de concessions réciproques des parties et de vice du consentement en raison de contrainte économique, et ce, notamment en ce qui concerne l'indemnité tierce personne consentie par ces derniers. La cour d'appel d'Aix en Provence, s'appuyant sur l'argument majeur de la victime, relève que « *les concessions majeures de la victime n'ont aucune contrepartie de la Macif* » prononce alors la requalification de la transaction, précisant que les sommes versées à titre de règlement du préjudice doivent être qualifiées de « provisions » et invite la Macif à formuler de nouvelles propositions à la victime.

L'arrêt d'Aix-en-Provence a été cassé le 16 novembre 2006 par la 2e chambre civile de la Cour de cassation qui confirme la sécurité juridique des règlements transactionnels des assureurs.

La réparation du préjudice corporel ne peut faire abstraction du problème de temps ; cependant, il est important que l'assureur ait les moyens de maîtriser la « volatilité temporelle » de l'indemnisation. La réflexion sur ce point doit se poursuivre.

Réparation du préjudice corporel et transferts économiques

Au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, la croissance en chiffre d'affaires de l'assurance de responsabilité est allée de pair avec une exigence sans cesse accrue de la protection des victimes dont il

fallait satisfaire le besoin de réparation et le développement de régimes de responsabilité objective.

Il va de soi que, si un organisme de mutualisation ne se substituait pas au responsable, il serait particulièrement inéquitable de faire supporter par une personne qui n'a pas commis la moindre faute la réparation d'un préjudice ayant quelque lien avec son activité.

Et c'est bien parce que la responsabilité s'entendait généralement comme le paiement direct de l'indemnité réparatrice par l'assureur de responsabilité à la victime que notre société a pu mettre l'accent sur la créance de réparations de la victime plutôt que sur la dette de l'auteur.

Il serait vain de déplorer cette évolution au demeurant justifiée pourvu que l'on en n'oublie pas les limites économiques.

Dans quelle mesure est-il équitable que la mutualité des responsables supporte la charge de l'indemnisation des victimes ? L'acceptabilité de ce transfert est soumis à plusieurs conditions :

- que la mutualité n'ait pas à prendre en charge les conséquences de comportements anormalement sinistrogènes de certains acteurs. La mutualisation implique que « les bons paient pour les mauvais » mais sous réserve que les bons soient parfois mauvais et vice versa. Si, au sein de la même mutualité couverte par l'assurance, le risque de responsabilité objective se confond avec le risque de responsabilité pour faute, l'aspect moral de la responsabilité peut s'en trouver éludé, ce qui va générer un légitime sentiment d'inéquité chez les meilleurs.

- que le coût du risque de responsabilité soit lui-même répercutable sur le prix des prestations objet de l'assurance de responsabilité. L'exemple actuel des spécialités médicales à risques, et tout particulièrement des obstétriciens, montre comment on arrive à une « situation de crise » : inflation des préjudices de naissance engageant la responsabilité d'un obstétricien (pouvant être supérieure à 5 millions d'euros),

petit nombre d'assurés mutualisables (il reste environ 1 500 obstétriciens libéraux) et prix des prestations médicales enfermés dans le conventionnement.

En règle générale, le transfert devient inéquitable dès lors que, pour des raisons réglementaires ou de concurrence internationale, le prestataire ne peut plus répercuter le prix du risque partie intégrante de ses coûts dans le prix de vente.

L'annexe ci-après, établie avec le concours de la Direction des études, des statistiques et des systèmes d'information (DESSI), donne une idée des enjeux

en chiffres de la réparation du préjudice corporel automobile.

Doivent être soulignés :

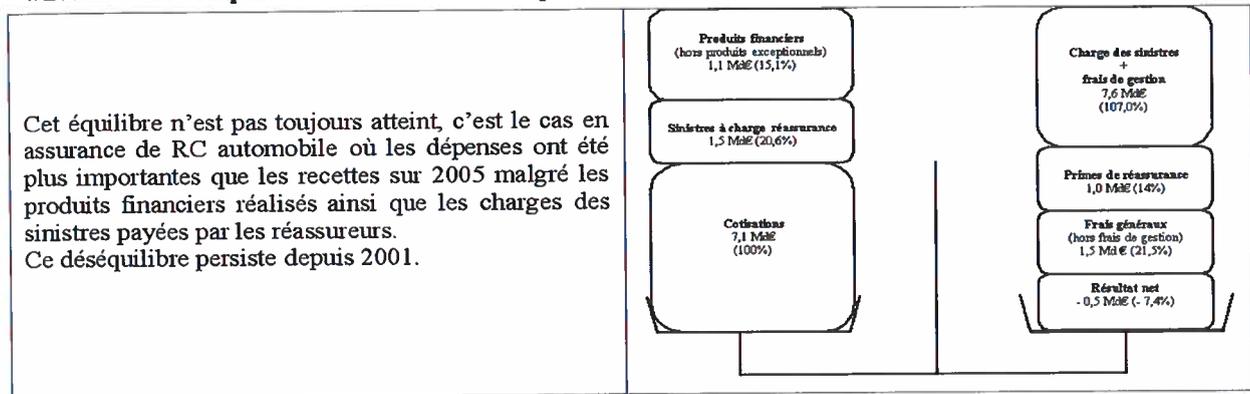
- le déséquilibre persistant de la « balance des comptes » malgré une diminution importante des sinistres corporels et tout particulièrement des sinistres mortels ;
- la volatilité temporelle se traduisant par un rechargement important des provisions sur sinistres antérieurs (effet sur des sinistres anciens des évolutions jurisprudentielles relatives à l'indemnisation) ;
- la volatilité spatiale : écarts d'indemnisation entre les Cours d'appel pour des préjudices similaires.

Annexes

L'économie de l'assurance repose sur un équilibre entre les recettes financières des sociétés d'assurances (cotisations et produits financiers) et leurs dépenses

(charge des sinistres, frais généraux). La réassurance joue également un rôle dans cet équilibre en prenant en charge une partie des sinistres en contrepartie de cotisations cédées.

« Balance des comptes » de l'assurance de responsabilité civile automobile



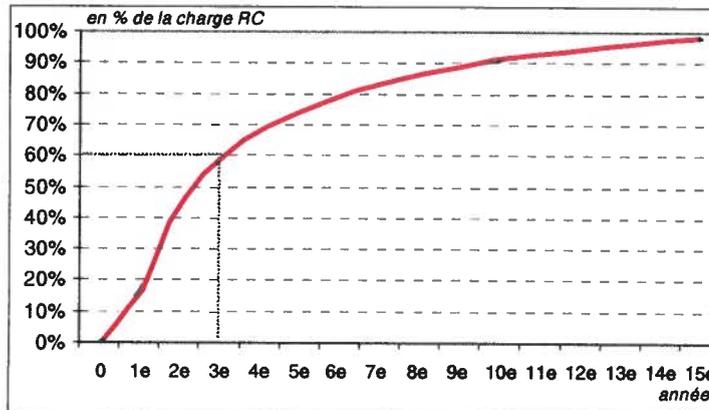
source : ACAM

En matière de RC automobile, les durées de traitement peuvent s'avérer particulièrement longues. Ainsi, de nombreux facteurs peuvent concourir à l'ins-

tabilité de l'équilibre : niveau des indemnisations accordées, environnement législatif et jurisprudentiel, environnement financier, etc.

Nous nous attacherons ici à présenter différents facteurs d'instabilité relatifs à l'indemnisation des victimes.

Cadence de règlement ou épuisement des provisions en RC corporels automobile



source : FFSA

La cadence de règlement correspond à la proportion de la charge des sinistres payée au fur et à mesure des années. La courbe se lit donc de la façon suivante : en fin de 3e année, environ 60 % de la

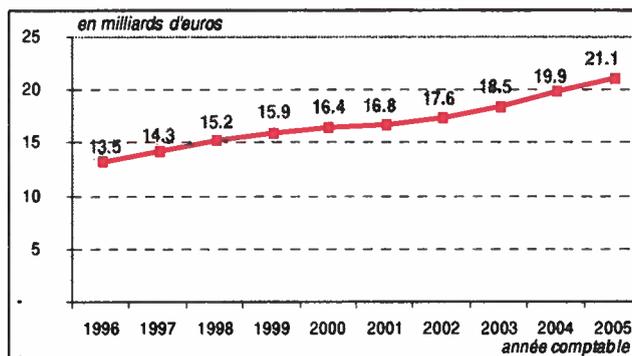
charge des sinistres corporels est réglée.

Cet état de fait entraîne des évolutions importantes sur le stock de provisions.

Stock de provisions pour sinistres à payer

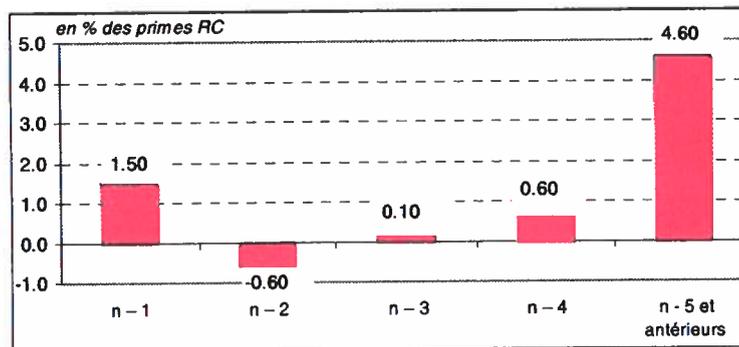
Le stock de provisions de 21,1 Mds€ de 2005 correspond à la part des sinistres de 2005 et des années antérieures non encore réglée aux assurés à fin 2005.

Ce stock est en constante augmentation depuis 1996 en partie à cause de l'afflux des sinistres graves qui se trouvent entièrement dans le stock de provisions pour sinistres à payer ainsi que les reprovisionnementnements nécessaires aux dossiers anciens les plus lourds et les plus longs à régler.



source : ACAM

Rechargement des exercices antérieurs en 2005



source : ACAM

Pour les sinistres de 5 ans et plus, il a été nécessaire de recharger le stock de provision de 4,6 % des cotisations de RC automobile de l'année 2005, soit environ 330 M€.

Cette modification du montant des provisions pour les années les plus anciennes provient avant tout de l'augmentation des indemnités accordées et

constitue un facteur important de volatilité temporelle.

La volatilité spatiale constitue un autre facteur de déséquilibre. Cette volatilité correspond aux différences d'indemnisation constatées sur le territoire français. À titre d'illustration, le tableau ci-dessous présente une comparaison des barèmes d'indemnités des cours d'appel.

Volatilité d'indemnisation selon les cours d'appel

Cour d'appel	Variation de chaque cour d'appel par rapport au niveau le plus faible (en %)	
	Victimes âgées de 21 à 25 ans	Victimes âgées de 81 à 85 ans
Cour n°1	0	0
Cour n°2	10	31
Cour n°3	19	42
Cour n°5	26	133
Cour n°7	27	257
Cour n°6	27	257
Cour n°10	30	266
Cour n°11	30	266
Cour n°4	31	81
Cour n°8	42	211
Cour n°9	42	211

source : cours d'appel

Les écarts observés entre les différentes cours d'appel sont très différents selon que la victime est jeune (de 21 à 25 ans) ou plus âgée (81 à 85 ans) : l'écart entre la valeur la plus faible (cour n°1) et la valeur la plus forte (cours d'appel n° 8 et 9) est de 42 %.

Pour les personnes âgées de 81 à 85 ans, l'écart est de 266 % (cours d'appel n° 10 et 11 qui ont le même barème indicatif) c'est-à-dire une valeur moyenne de point près de trois fois supérieure à la valeur la plus faible (cour d'appel n°1).

Évolution de l'indemnisation moyenne versée au titre de l'ensemble des préjudices selon le taux d'IP

	Coût moyen 2005 (€)	Variation moyenne annuelle (en %)		
		Sur les 15 dernières années	Sur les 10 dernières années	Sur les 5 dernières années
Cas d'IPP de 50 % et plus	770 000	+ 6,5	+ 6,3	+ 9,4
dont capitaux IPP	229 000	+ 4,4	+ 3,6	+ 2,2
extrapatrimoniaux	55 000	+ 5,7	+ 5,3	+ 3,0
frais médicaux et hosp. ⁽¹⁾	169 000	+ 5,4	+ 4,5	+ 9,8
ITT	29 000	+ 3,7	+ 4,3	+ 6,0
tierce personne	229 000	+ 12,0	+ 12,8	+ 21,2
autres indemnités	59 000	+ 14,6	+ 11,4	+ 21,7

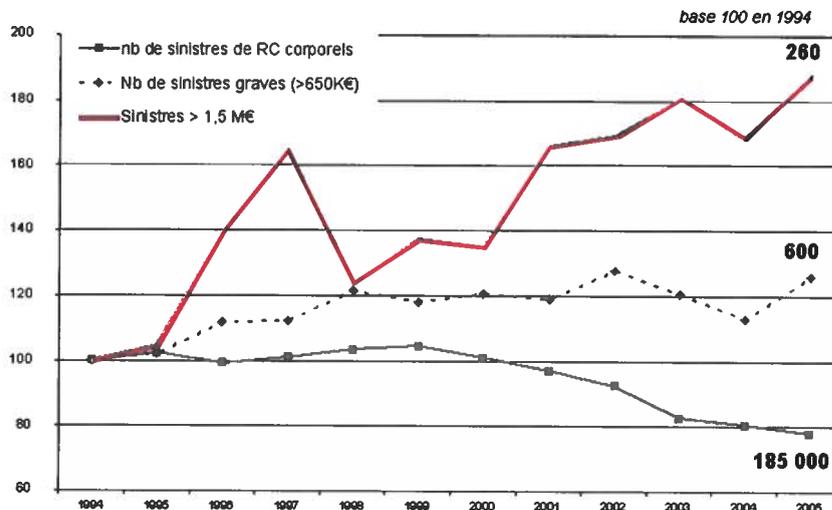
(1) marché FFSA

source : FFSA

La hausse de l'indemnisation s'accompagne également, dans le cas de l'assurance automobile, d'une augmentation du nombre de sinistres corporels les plus lourds. Les postes les plus inflationnistes sont la tierce personne et les autres indemnités (préjudice sexuel, vestimentaire, etc.).

L'évolution de la tierce personne s'explique essentiellement par la mise en place des 35 heures, les modifications des tables de provisionnement et le « rajeunissement » des victimes d'accidents graves de l'échantillon ces dernières années.

Évolution du nombre de sinistres graves corporels par rapport au nombre total de sinistres de RC corporels



source : FFSA

Alors que le nombre total de sinistres de RC corporels est en baisse quasi constante depuis 1994 (185 000 sinistres corporels en 2005), le nombre de sinistres graves (> 0,65M€) augmente fortement depuis une dizaine d'années, en particulier les sinistres

majeurs de plus de 1,5 M€ (260 sinistres en 2005).

L'ensemble de ces éléments doit être pris en compte par la société d'assurances dans une optique de pérennisation de leur activité et du service attendu par leurs assurés.

L'ÉQUITÉ DANS LE FINANCEMENT DU SYSTÈME D'INDEMNISATION QUELQUES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION, BEAUCOUP D'INCERTITUDES

Pierre-Yves Geoffard ⁽¹⁾

Directeur de recherche au CNRS, Ecole d'Économie de Paris

L'analyse économique identifie au moins deux dimensions dans lesquelles un système assurantiel ou indemnitaire peut être évalué à l'aune de l'équité :

- l'équité dans l'indemnisation (et dans les conditions de l'accès aux dispositifs) ;*
- l'équité dans le financement.*

La première dimension parle donc des victimes et cherche à savoir, en termes d'équité horizontale, si des victimes semblables sont traitées de manière comparable ; en termes d'équité verticale, si des différences de traitement sont justifiées par des différences de situation.

La seconde dimension s'interroge sur la manière dont la charge de financement des différents dispositifs est répartie entre l'ensemble des membres de la société. Cette note présente une première analyse, très préliminaire, de cet aspect de l'équité. Compte tenu de la multiplicité des dispositifs à l'œuvre et de la diversité des sources à mobiliser pour une telle analyse, elle se contente de poser quelques pistes pour une étude plus complète qui reste à entreprendre.

L'équité dans l'indemnisation

Le premier aspect, sans doute le plus visible, le plus vif aussi, concerne directement les victimes. Ce qui frappe, lorsqu'on s'interroge sur l'équité des indemnisations, est le contraste entre la finesse des argumentaires juridiques (si tant est qu'un économiste puisse apprécier cette finesse à sa juste valeur) et l'absence de toute analyse de nature statistique des données françaises. Pour un économiste, cette absence est proprement stupéfiante. Car, même si l'on peut en effet soupçonner que la multiplicité et la grande complexité des différents

dispositifs d'indemnisation du préjudice corporel conduisent à d'importantes différences de traitement de victimes de dommages, sinon parfaitement identiques du moins comparables, un état des lieux de la question de l'équité devrait s'appuyer sur une analyse, même sommaire, des pratiques effectives d'indemnisation. De nombreuses sources statistiques, bien qu'imparfaites, permettraient de broser un premier tableau de cette importante question :

- les données Agira, Association pour la gestion des informations sur le risque automobile – et deux-roues – (montants d'indemnisation des dommages corporels causés par un tiers lors d'un accident de la circulation) ;

- les référentiels d'indemnisation proposés par le Fiva, Fonds d'indemnisations des victimes de l'amiante ;
- l'Oniam, Office national d'indemnisation des accidents médicaux ;
- les « barèmes » établis par certaines cours d'appel ;
- les règles d'indemnisation des accidents du travail...

À moins de s'en tenir à des principes très généraux, le premier réflexe d'un économiste serait de chercher à confronter ces sources d'informations afin d'appuyer son analyse sur un diagnostic chiffré. Certes, on le sait, une comparaison fiable des différents dispositifs – quelles que soient la source du préjudice corporel (accident médical, de la circulation, du travail, domestique, etc.) et la nature du processus d'indemnisation (transactionnel ou judiciaire, du premier ou second degré) – buterait rapidement sur les nombreuses carences des systèmes d'information, voire sur le manque de transparence de certains dispositifs ou acteurs. En l'absence d'une analyse proprement statistique, seuls quelques cas peuvent être présentés, et même si ces cas montrent des différences flagrantes de traitement entre des victimes que l'on pourrait considérer comme semblables, ils ne permettent pas de se faire une idée précise de l'importance des iniquités pour l'ensemble des victimes. On peut donc, sur ce point, simplement insister sur la nécessité d'améliorer les systèmes d'information et d'encourager les travaux sur le sujet.

L'équité dans le financement

Reste la question de l'équité dans le financement des divers mécanismes. Les différents dispositifs d'indemnisation du préjudice corporel constituent un *système* d'assurance ; mais la complexité de ce système – sans doute due à la manière dont il s'est constitué ⁽²⁾, par strates successives dont chacune répondait davantage à une demande sociale spécifique au moment de sa mise en place (victimes du sang contaminé, victimes de l'amiante, etc.) qu'à un souci de mise en cohérence avec les précédents dispositifs – rend très difficile son analyse complète dans ses différents éléments, qu'il

s'agisse des indemnisations effectives, mais aussi de ses sources de financement.

En d'autres termes, sur qui pèse le financement du système d'indemnisation du dommage corporel ?

Rappelons un principe économique fondamental : quels que soient les organismes intermédiaires par lesquels transitent des prélèvements, des financements, et des prestations, les agents économiques sur lesquels pèsent les charges sont les ménages. Mais ceux-ci peuvent l'être à différents titres : en tant que salariés ou travailleurs (cotisations sociales), en tant qu'actionnaires d'entreprises (taxes sur le profit), en tant que contribuables (impôt), ou en tant que consommateurs (prix de certains biens ou services).

Une première ébauche d'analyse en termes d'équité recommande donc d'identifier, dans les différents dispositifs d'indemnisation, les mécanismes à travers lesquels sont sollicités les ménages. En effet, en ce qui concerne l'équité du financement, la manière dont la charge est répartie entre les différents types de ménages (selon le niveau de revenu, l'âge, la taille du ménage, le niveau d'éducation, le statut en termes d'emploi, etc.) peut être fortement affectée par le choix de tel ou tel mécanisme de financement. L'évaluation de l'équité dans le financement d'un système d'assurance retient le plus souvent ⁽³⁾ un critère lié à la capacité contributive ⁽⁴⁾ : Chaque ménage contribue-t-il en fonction de ses moyens ? Naturellement, plusieurs mesures sont possibles, reflétant différentes conceptions de la justice sociale : La contribution doit-elle être proportionnelle au revenu ? Doit-elle être progressive (un ménage riche contribuant alors plus que proportionnellement) ? Le revenu de référence doit-il être le revenu disponible, ou faut-il considérer la seule part du revenu non consacré aux dépenses de subsistance (se loger, se nourrir, etc.) ⁽⁵⁾ ?

Quoi qu'il en soit, avant toute analyse détaillée, il est nécessaire de dresser un rapide tableau d'ensemble des différents dispositifs à l'œuvre dans le domaine de l'indemnisation du préjudice corporel. Pour chaque dispositif, il convient d'indiquer :

- l'organisme en charge de l'indemnisation ;

- le mode de financement de cet organisme ;
- le titre auquel les ménages contribuent au financement.

Notons que, dans certains cas, s'interposent entre l'organisme en charge de l'indemnisation et les ménages un ou plusieurs intermédiaires, et qu'il convient de reconstituer dans ce cas la chaîne des flux financiers allant des ménages aux victimes.

En outre, il convient de distinguer les perspectives de court et de long terme. À première vue, on peut dire qu'une cotisation sociale « employeur » pèse sur le profit de l'entreprise, et donc sur la rémunération des actionnaires ; mais à plus long terme, une telle cotisation peut conduire à un salaire d'équilibre plus bas : la charge d'une telle cotisation pèse donc sur les salariés. Même si elle conduit à un « salaire différé » dont l'utilité est incontestable, elle entraîne aussi une augmentation du coût du travail pénalisante pour le fonctionnement du marché du travail, et peut alors contribuer à une hausse du chômage. De même, pour ce qui concerne les accidents médicaux, une augmentation de la cotisation d'assurance « responsabilité civile professionnelle » pèse en premier lieu sur les professionnels eux-mêmes (ou les établissements de soins). Mais, lorsqu'elle se traduit par une prise en charge par l'assurance maladie (soit par des aides directes, soit indirectement à travers une hausse des tarifs médicaux), elle pèse *in fine* sur les ménages qui financent l'assurance maladie (à travers la CSG ou à travers les cotisations employeurs).

Enfin, il faudrait en toute rigueur identifier deux éléments distincts.

D'une part, les dépenses de soins et de prises en charge engagées lors de la survenance d'un accident corporel sont assumées par l'assurance maladie, les assurances complémentaires santé et les ménages ; les organismes sociaux peuvent exercer leur droit de recours vis-à-vis des tiers responsables : bien que nécessaire, la reconstitution précise des flux financiers entre les différents organismes s'avère très délicate.

D'autre part, les indemnisations proprement dites du préjudice corporel correspondent à une « com-

pensation » monétaire pour la perte d'état de santé après consolidation. Les tableaux (1) et (2) présentés en annexes constituent une première analyse des principaux dispositifs d'indemnisation et ne tiennent pas un compte précis des dépenses engagées entre l'accident et la consolidation.

Des analyses complémentaires seraient certainement utiles, que ce soit pour compléter ces tableaux par la recherche et la validation des chiffres disponibles, mais aussi par des analyses plus fines de la répartition des charges induite par ces dispositifs. Malgré toutes les incertitudes quant aux montants mobilisés par les différents dispositifs, ces tableaux font apparaître la grande diversité des modes de financement :

- cotisations sociales employeurs (*in fine*, salaires nets plus bas) : assurance maladie (branche AT/MP, Fiva, Oniam, frais de soins) ;
- contribution sociale généralisée : assurance maladie (Oniam, frais de soins) ;
- autres cotisations sociales (employeurs/salariés) : Caisse nationale d'allocations familiales (allocation d'adulte handicapé) ;
- impôts : divers fonds financés par l'État (Fiva, Oniam) ;
- cotisations d'assurance responsabilité civile : assurance automobile, RC professionnelle (professions de santé, établissements de soins), assurance RC générale ;
- autres cotisations d'assurance : contrats d'assurance de biens (contribution prélevée pour le financement du Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, FGTI), contrats « garantie contre les accidents de la vie », assurance invalidité / prévoyance, etc.

Certains de ces financements conduisent à une charge liée à la capacité contributive des ménages :

- en premier lieu, ceux qui s'appuient sur l'impôt (mais ils ne représentent qu'une part marginale des flux financiers)⁽⁶⁾ ;
- en second lieu, la CSG (qui pèse en théorie sur l'ensemble des revenus, mais en pratique qui reste financée à près de 80 % par les revenus du travail et à 15 % par les revenus de remplacement) ;
- dans une moindre mesure, les cotisations sociales

(employeurs ou salariés) qui se traduisent par une baisse de la rémunération directe du travail, voire par des effets négatifs sur le marché de l'emploi.

D'autres financements sont davantage associés à la souscription de contrats d'assurance, individuels ou collectifs (assurance invalidité/prévoyance), parfois liés à l'assurance d'une activité ou d'un bien particulier. Leur impact en termes d'équité est alors pour le moins ambigu.

Dans le domaine proche de l'assurance maladie, deux types d'organisation conduisent à une plus grande équité dans le financement ⁽⁷⁾ :

- des contributions assises sur les salaires ou sur l'ensemble des revenus, versées ensuite à un système national de santé (Grande-Bretagne), à une caisse d'assurance unique (France), voire à plusieurs caisses en concurrence (Pays-Bas, Allemagne) ;
- des cotisations individuelles indépendantes de l'état de santé (et donc notamment de l'âge et du

genre) finançant des caisses d'assurance en concurrence, ces dernières étant « réassurées » par un mécanisme de compensation des risques (Suisse).

Nonobstant les considérations d'efficacité qui peuvent plaider en faveur d'un système décentralisé ⁽⁸⁾, l'équité dans le financement paraît plus facile à garantir dans un système centralisé (caisse unique d'assurance, contributions obligatoires assises sur les revenus) ou dans un système encadré par des règles précises (interdiction de tarification au risque, compensation des risques), que dans un système caractérisé par une multiplicité des dispositifs, sans réelle mise en cohérence.

Quoi qu'il en soit, et même si une analyse détaillée des différents dispositifs reste pour l'essentiel à accomplir, on peut raisonnablement douter que l'actuelle diversité des modes de financement du système d'indemnisation du préjudice corporel soit un gage d'équité.

Annexes

Tableau récapitulatif (1)

Source du dommage corporel	Organisme en charge de l'indemnisation	Organisme intermédiaire	Mode de financement	Budget annuel ^I	Qui paye ? (court terme)	Qui paye ? (long terme)
Accident du travail, Maladie professionnelle	Cnam (branche AT/MP) Assurances privées		Cotisations sociales employeurs	10 000 ^{II}	Employeurs - actionnaires	Travailleurs
Amiante	Fiva	État Branche AT/MP	Impôt Cotisations sociales employeurs	52 200 ^{III}		Contribuables Salariés
Transfusion	Oniam (ex-Fith)	État (+ assureurs lors de la création)	Impôt Contribution sociétés d'assurances	6 ^{IV}	Contribuables Sociétés d'assurances	Contribuables Assurés
Accident vaccinal	Oniam	État	Impôt	?	Contribuables	Contribuables
Accident médical sans faute	Oniam	Assurance maladie (Sécurité sociale)	CSG Cotisations sociales employeurs	43 ^V	Contribuables Employeurs	Contribuables Travailleurs
Accident médical avec faute	Assurance RC médicale (professionnels, établissements de soins)		Cotisations assurance RC du professionnel	200/250 ? ^{VI}	Professionnels de santé	Contribuables + salariés

Tableau récapitulatif (2)

Source du dommage corporel	Organisme en charge de l'indemnisation	Organisme intermédiaire	Mode de financement	Budget annuel ^I	Qui paye ? (court terme)	Qui paye ? (long terme)
Accident automobile avec faute/sans faute	Assurance RC auto		Cotisation d'assurance automobile	4 000 (?)		Automobilistes
Accidents domestiques avec faute	Assurance RC		Cotisation d'assurance RC	? (même question)		Assurés RC
Autres accidents domestiques	Assurance « GAV »		Cotisation d'assurance GAV	?		Assurés GAV
Terrorisme	FGTI	Sociétés d'assurances	Contribution sur les contrats d'assurance de biens	< 240 ^{VII}		Assurés
Invalidité	Assurance prévoyance		Cotisations	?	Cotisants	Assurés
Autres	Filet inconditionnel (AAH, etc.)	CAF		? (part de l'AAH)		

I - En général, inclut les dépenses de fonctionnement et les prestations versées ; en millions d'euros.

II - Loi de financement de la Sécurité sociale 2006. Prestations versées en 2004 : 6,7 milliards ; source : <http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr>

III - Financement du Fiva pour 2005 ; source, rapport d'activité 2005 Fiva.

IV - Pour 2005 ; source : rapport Oniam, premier semestre 2006.

V - Préviation de budget pour 2006 ; source : rapport Oniam, premier semestre 2006.

VI - Principaux acteurs du marché : SHAM (139 M en 2005), Sou médical (40), MACSF (?), Médicale de France (17). Tous ces chiffres sont issus des derniers rapports annuels disponibles mais demandent vérification.

VII - Source : FGTI, montant des indemnités versées pour 2005 ; recouvre le préjudice corporel mais aussi les dommages matériels ou le préjudice économique.

Notes

1. Économiste, directeur de recherche au CNRS (PSE, Paris-jourdan Sciences économiques). geoffard@pse.ens.fr

2. Yvette Lambert-Faivre (2000), *Droit du dommage corporel*, 4^e édition, Dalloz.

3. Le projet européen Ecuity s'est attaché à développer des analyses de l'équité des systèmes de santé, selon différentes dimensions (financement, accès aux soins, inégalités de santé), et dans une perspective de comparaisons internationales. <http://www2.eur.nl/bmg/ecuity/> Voir par exemple : Wagstaff

Adam, Eddy van Doorslaer, et al. (1999), « Equity in the finance of health care: some further international comparisons. » *Journal of Health Economics*, 18(3):263-90.

4. Notons qu'une autre définition de l'équité repose sur l'adéquation entre la contribution de chacun et le niveau attendu de son risque. L'application d'un tel principe est efficient, notamment en présence d'aléa moral (lorsque la couverture des conséquences monétaires du risque entraîne une augmentation du niveau de risque, en désincitant à la prévention). Toutefois, à ma connaissance, aucune étude empirique n'a mis en évidence un tel phénomène d'aléa moral en ce qui concerne le dommage corporel. Cette vision de l'équité se

heurte en outre à la délicate distinction entre les multiples raisons (légitimes ou non, exogènes ou non) pour lesquelles le niveau de risque diffère d'un individu à l'autre.

5. C'est notamment l'approche retenue par l'Organisation mondiale de la santé lorsqu'elle évalue l'équité dans le financement des soins. Voir Murray CJL, Knaul F, Musgrove P, Xu K, Kawabata K. (2000), « Defining and measuring fairness in financial contribution to the health system. » *Global Programme on Evidence for Health Policy Discussion Paper Series: No. 24. World Health Organization.*

6. Il faut également rappeler que la redistribution effective du système fiscal et social français repose essentiellement sur les transferts en direction des plus démunis (RMI, PPE, CCMU, etc.), et très peu sur la progressivité des prélèvements. En effet, cette progressivité concerne uniquement l'impôt sur le revenu,

qui ne représentait en 2005 que 6,6 % de l'ensemble des prélèvements obligatoires. Voir notamment Bourguignon, François (1998), *Fiscalité et redistribution, Rapport au Conseil d'analyse économique, Documentation française.*

7. Van Doorslaer, Eddy, Adam Wagstaff, et al. (1999), « The redistributive effect of health care finance in twelve OECD countries » *Journal of Health Economics*, volume 18, pp. 291-313.

8. Une organisation concurrentielle pourrait inciter les entreprises d'assurances à chercher une meilleure efficacité productive et à s'adapter plus rapidement aux besoins des assurés. Mais les arguments d'efficacité ne manquent pas non plus en faveur d'un monopole public (rendements d'échelle croissants, absence de dépenses de marketing, moindres coûts administratifs, pas de sélection des risques...).

RÉPARATION DU PRÉJUDICE ET EFFICACITÉ

Christian Gollier

Professeur, Toulouse Sciences Economiques

Un régime est dit efficace (« au sens de Pareto ») s'il est impossible de trouver un autre régime qui augmente le bien-être d'un individu sans réduire le bien-être d'aucun autre. Dans un monde d'incertitude, la mesure du bien-être doit tenir compte de l'aversion au risque des agents et de la possibilité de réduction des risques par mutualisation.

■ Justification économique du principe indemnitaire

De quoi voulons-nous parler ? Commençons par un environnement simple. Un large échantillon de personnes est individuellement confronté à un risque de dommage dont l'évaluation est facile à réaliser. Ce risque est totalement en dehors de toute possibilité de contrôle. Dans une telle société, quels sont les modes efficaces de réparation ? La réponse est simple et bien connue en théorie du partage des risques. Les systèmes de réparation doivent satisfaire deux conditions pour être efficaces. La première condition est une réparation à 100 % des dommages individuels. En particulier, le niveau de la réparation à la victime doit être indépendant de l'origine du sinistre et de la qualité du responsable. La seconde condition est une clé prédéterminée de répartition de la charge totale de ces réparations (principe de mutualité). Si la loi des grands nombres s'applique, ces deux conditions permettent l'élimination des risques individuels par mutualisation, le dommage individuel incertain étant remplacé par une contribution sûre au système de réparation. Le « principe indemnitaire » reçoit donc une justification économique (efficacité) plutôt que philosophique (équité). Tout régime indemnitaire

qui couvrirait les victimes à un niveau soit inférieur, soit supérieur à 100 % reviendrait à faire porter un risque aux citoyens riscophobes alors que ces risques pourraient être éliminés par mutualisation. Ce ne serait donc pas économiquement efficace.

■ Indétermination du mode de financement sur base de l'efficacité économique

L'efficacité justifie une réparation à 100 % mais elle ne dit pas grand chose sur la manière de répartir la charge financière du système, qui reste du domaine de l'équité, qu'elle soit actuarielle (contribution égale à l'espérance de dommage individuel) ou pure (contributions égalitaires indépendantes des niveaux de risque). Néanmoins, dans le cas où chaque individu peut voir son risque varier de façon imprévisible dans le temps, l'équité actuarielle fait porter le risque de variation des cotisations exigées par les assureurs. Un mode de financement du système sur base de cotisations non liées au risque individuel évite cette source d'inefficacité économique mais conduit à un problème d'antisélection, les meilleurs risques pouvant préférer ne pas s'assurer au taux de cotisation unique.

L'obligation d'assurance s'impose alors pour résoudre ce problème d'antisélection. Ce faisant, vous voyez que j'aboutis à la description du système de sécurité sociale standard.

■ Problème d'implémentation sans responsabilité

Une fois décrit le niveau de réparation désirable du préjudice, réfléchissons aux mécanismes qui permettent la mise en œuvre de ces principes. Dans un système sans responsabilité, l'assurance privée et la solidarité nationale constituent deux solutions équivalentes dès lors qu'elles sont basées sur un contrat clair définissant les droits des sinistrés. La concurrence sur le marché de l'assurance incite les assureurs à offrir le meilleur contrat d'assurance du point de vue de l'assuré. En ce qui concerne le système de solidarité, le danger – que les États ont maintenant bien intégré – serait d'accorder un système solidaire sans contrat et où l'intervention de la solidarité se ferait au coup par coup, où le niveau de la réparation varierait au gré des pressions des lobbys et des médias, de l'émotion populaire ou de la volonté politique, toutes choses *a priori* aléatoires. Cela revient à jouer la réparation aux dés. Aujourd'hui, la rédaction de règles précises d'intervention de la solidarité nationale et la création de fonds d'indemnisation à la gouvernance maîtrisée permettent d'éviter l'essentiel de cet écueil. Encore faudrait-il que ces différents fonds utilisent les mêmes modes d'évaluation des réparations.

Dans un système avec responsabilité, il reste indispensable de garantir la réparation à 100 % de la victime, quelles que soient les difficultés à définir le responsable et quel que soit son degré de solvabilité. Ce dernier point est compatible avec le besoin d'assurer les responsables, qui constitue en soi un objectif d'efficacité économique comme énoncé précédemment.

■ Aléa moral

Les hypothèses invoquées dans le paragraphe « Problème d'implémentation sans responsabilité »

(cf. *supra*) sont souvent irréalistes, ce qui nécessite la révision de sa conclusion (efficacité du principe indemnitaire). Plusieurs risques peuvent être contrôlés par des actions spécifiques de certains individus (prudence au volant ou sur le lieu de travail, investissement de prévention par les entreprises, etc.). Dans une telle situation, il est désirable de moduler de façon actuarielle les contributions au système de réparation en fonction des efforts de prévention, de manière à inciter les acteurs à réaliser ceux d'entre eux qui sont socialement désirables, les prix guidant efficacement les choix individuels. Mais hélas, ces efforts sont souvent eux-mêmes inobservables par le gestionnaire ou par le juge. On se retrouve alors dans le cas classique de l'« aléa moral » dans lequel l'individu bien couvert perd toute incitation à prévenir le risque. La seule solution consiste alors à inciter l'individu en position de faire de la prévention en lui laissant une part du risque à sa charge. Dans le cas d'un dommage sans tiers responsable, il s'agit de réduire le montant de la réparation à un niveau inférieur au dommage (causes d'exclusion et de réduction relatives à la faute de la victime). On peut donc justifier sur une base d'efficacité que deux individus obtiennent des réparations différentes pour un même dommage, si l'une dispose d'un meilleur contrôle du risque sous-jacent (perte d'un membre suite à une sclérose en plaques ou suite à un accident de voiture par exemple). C'est peut-être injuste, mais c'est efficace du point de vue de l'incitation à l'effort de prévention ⁽¹⁾. Dans le cas d'un risque de responsabilité, l'aléa moral justifie que certains responsables contribuent plus que d'autres à la réparation du dommage à la victime.

■ Générosité du juge et assurabilité du risque de responsabilité

Un problème particulier semble se poser lorsque le responsable d'un dommage à autrui est assuré en responsabilité, ce qui inciterait (quelle évidence empirique ?) le juge à octroyer une réparation plus importante à la victime que si le responsable devait lui-même indemniser sa victime. Cela pose deux problèmes. Le premier, qui a déjà été abordé plus

haut, consiste à observer que cela revient encore une fois à jouer la réparation aux dés, celle-ci dépendant de la qualité de la couverture en responsabilité du tiers responsable. Le second problème porte sur les distorsions qu'un tel comportement du juge génère sur le niveau des cotisations et l'incitation à l'assurance. En forçant la générosité des indemnisations payées par les assureurs, le juge exerce une pression à la hausse des cotisations, ce qui peut conduire à l'inassurabilité de fait du risque de responsabilité. En bref, l'individu peut préférer affronter seul le risque de responsabilité malgré son aversion au risque, juste parce que cela lui permet d'éviter que le juge ne soit excessivement généreux envers ses futures victimes. Il va sans dire que cela est économiquement dommageable et, en plus d'empêcher une saine mutualisation des risques, peut conduire à la désertion de certaines activités professionnelles pourtant socialement désirables, mais dont les risques inhérents sont inassurables.

■ Évaluation des dommages

En l'absence d'aléa moral, la réparation intégrale est socialement désirable. Sous certaines conditions sur les préférences, une réparation complète signifie que la personne ayant subi un dommage doit obtenir une compensation telle que son niveau de bien-être *in fine* est égal à celui qui aurait prévalu en l'absence de tout sinistre⁽²⁾. Quand la perte est purement financière, cette règle est transparente. Lorsque certaines pertes sont non monétaires, la restitution est rendue difficile par le caractère irréversible de la perte. Il faut alors trouver une compensation monétaire qui se substitue à cette perte, de manière à restituer le niveau de bien-être *ex ante*. Cela pose la question de la valeur. Les économistes y portent une attention particulière. La valeur de la vie humaine, qui est fixée autour d'un million d'euros par les services de l'État dans les évaluations coût/avantage des efforts de

prévention publique, pose un problème particulièrement délicat. On peut l'évaluer en se posant la question de ce que je suis prêt à payer pour réduire ma probabilité de décès. Ce qui est clair, c'est que cette somme n'est pas infinie. Pour le vérifier, il suffit de constater que chacun d'entre nous met sa vie en danger pour obtenir un bénéfice qui est souvent loin d'être infini. Le film *Le salaire de la peur* illustre parfaitement ce point. Mais plus généralement, il a fallu imposer le port de la ceinture en France, beaucoup ne sont pas prêts à payer plus pour une alimentation plus saine, ou pour s'installer dans des zones d'habitation moins polluées... L'observation de ces comportements permet d'ailleurs aux économistes de la santé d'estimer notre propension à payer pour augmenter notre espérance de vie et, en conséquence, d'estimer la valeur économique que nous accordons à notre propre vie. Si le juge offre une réparation inférieure ou supérieure à cette valeur, les générateurs de risque seront amenés à faire trop peu ou trop d'efforts de prévention par rapport à l'optimum social, et la collectivité devra supporter ce gaspillage de nos ressources. Cette valeur de la vie est évidemment hétérogène, les plus riches étant prêts à payer plus pour se préserver de risques mortels. L'efficacité économique justifie que le juge tienne compte de ces différences. En ce qui concerne l'équité, c'est une autre affaire...

Notes

1. *Le niveau efficace de réparation est dans ce cas un meilleur compromis entre incitation à la prévention et désir d'assurer les individus riscophobes. L'objectif d'assurance étant particulièrement désirable pour les classes sociales défavorisées, cela milite en faveur d'un plafond d'indemnisation des pertes liées aux pertes de revenus.*
2. *La règle générale consiste à faire en sorte que l'utilité marginale de la richesse de chacun soit indépendante des événements qui peuvent l'affecter.*

POUR UNE RÉFORME DE LA RÉPARATION DU DOMMAGE CORPOREL

François Ewald

Professeur au Conservatoire national des arts et métiers

Le débat concernant les problèmes juridiques et judiciaires de la responsabilité s'est déplacé. Pendant longtemps il a porté sur les causes de responsabilité, leur multiplication : l'inflation des responsabilités. À une origine, que nous avons coutume de situer en 1804, il n'y avait comme cause de responsabilité que la faute, même si le Code civil avait prévu différentes ouvertures énumérées aux articles 1382 à 1386. Chacun de ces articles a ensuite organisé son propre régime de responsabilité selon les situations qu'il avait prévu. Et puis le législateur a inauguré des régimes légaux, de responsabilité, de protection des victimes dans certaines situations. Ce fut d'abord le cas de la responsabilité des accidents du travail. Au début du XIX^e siècle, la victime d'un dommage savait qu'elle aurait du mal à trouver une action en réparation qui soit couronnée de succès. En ce début de XXI^e siècle, ce qui est devenu inéquitable, c'est l'idée qu'il puisse se trouver des victimes qui restent sans protection, sans disposer d'une action en indemnisation qui permette la compensation du dommage subi, au-delà de ce qu'offre la Sécurité sociale. Cette extension des protections s'est faite à travers des débats considérables, récurrents et disputés. Ils ne sont pas complètement éteints... Ce n'est pas que l'on puisse prévoir leur prochaine remise en cause ; il s'agit plutôt de savoir comment les différents régimes de responsabilité pourront évoluer dans leurs relations réciproques... Quelle sera l'efficacité du droit européen ? Quel sera l'impact de nouvelles normes comme le principe de précaution ?

Paradoxalement, le fait que pratiquement toute victime dispose aujourd'hui d'une action en indemnisation n'a pas mis un terme au débat sur le droit de la responsabilité. Il l'a seulement déplacé. Un autre débat fait l'actualité : il concerne les modalités de la réparation. La question de la mise en cause des « auteurs » s'efface quand la situation respective des victimes occupe le devant de la scène. C'est ainsi que, au début de ce siècle, la question qui se pose est celle de l'existence d'injustices dans un système qui répare

tant. On parle d'inégalités, d'incohérences, de disparités, de discriminations, d'iniquités. La question à l'ordre du jour est d'organiser le droit de la réparation, de savoir ce que signifie la notion fondamentale de « réparation intégrale ». De nombreuses réflexions et actions ont été engagées par les pouvoirs publics ⁽¹⁾ dans le monde de l'assurance, dans le monde médical, comme dans celui des avocats. D'autres réflexions sont engagées au niveau européen. Le constat est partout le même.

Longtemps, la dénonciation du caractère inique du système a été liée à l'assignation de responsabilités dont on comprenait mal les fondements moral et juridique. Aujourd'hui, le problème est dans la situation relative de victimes qui ne sont pas traitées de la même manière alors même qu'elles disposent des mêmes actions, dans la situation relative de victimes qui ne disposent pas des mêmes actions qui n'ont pas les mêmes effets, alors même qu'elles ont subi des préjudices comparables. Il faudrait homogénéiser un droit de la réparation devenu trop disparate et dispersé. La norme en cause est celle de l'égalité.

Mais il y a aussi les questions posées par la multiplicité des payeurs. Le débiteur en réparation n'est plus, depuis longtemps, celui à qui la justice impute la responsabilité du dommage. Sa mise en cause ne sert qu'au déclenchement de mécanismes économiques entièrement mutualisés. Désigner juridiquement un responsable, c'est transférer la charge du dommage sur une mutualité, mutualité plus ou moins volontairement constituée dans le cadre de l'assurance, mutualité construite par l'État dans le cas de la Sécurité sociale ou des différents fonds qui sont désormais appelés à prendre en charge la réparation des victimes dans certaines situations. L'équité dans la réparation ne concerne pas seulement le statut relatif des victimes, mais aussi l'économie de la réparation, la répartition finale des charges, comme le statut finalement réservé à la victime en fonction des recours que les payeurs pourront exercer les uns contre les autres. Ces mutualités ne sont pas engagées parce qu'elles auraient commis une « faute » mais parce qu'elles sont, par contrat, solidaires de leurs membres. L'économie d'une réparation à la fois systématique et socialisée par des mécanismes d'assurances privés, publics ou sociaux ouvre ainsi sur d'autres questions d'équité : Quelle est la justice dans les transferts ainsi opérés par un droit de fait aveugle aux mécanismes économiques sous-jacents aux décisions judiciaires ? Quel contrat social entre mutualités et victimes, comme entre les différentes mutualités impliquées, le juge met-il pratiquement en œuvre ? Qu'est-il équitable de demander à tous pour protéger chacun dès lors que cette protection n'est plus que marginalement la mise en œuvre d'une responsabilité pour faute ?

De sorte que si ce début de XXI^e siècle s'ouvre sur le programme d'homogénéiser la situation des victimes, de rendre le droit de la réparation plus équitable, cette question ouvre sur d'autres problèmes comme celui de l'efficacité économique du système de réparation et la mise en œuvre du « contrat » qui organise le vaste système assurantiel qui est à la base de la réparation. La systématisation des droits des victimes, rendue possible par la multiplication des dispositifs assurantiels qui les mettent en œuvre, fait basculer le droit de la responsabilité du côté d'un « contrat » dont les termes demandent désormais à être explicités. Peut-être est-on au début d'une réflexion sur l'économie des systèmes de réparation : Comment les rendre plus sûrs, plus efficaces, plus prévisibles, plus lisibles ? À partir du moment où il est acquis que toute victime d'un dommage doit être indemnisée, ne conviendrait-il pas de simplifier, de normaliser, de réduire la complexité de circuits financiers dont les coûts de transaction sont nécessairement élevés ?

Tel est le cadre conceptuel en fonction duquel se pose le débat contemporain concernant l'équité dans la réparation. Il correspond à un système parvenu à maturité, c'est-à-dire lorsque les droits à réparation se sont suffisamment universalisés pour que se pose la question d'un statut commun des victimes, lorsque le financement de la protection des victimes se trouve socialisée par la mise en œuvre des mécanismes d'assurance, privés, sociaux ou publics. Ce cadre conceptuel se distribue selon deux axes :

- l'axe de la situation relative des victimes, et conduit à s'interroger sur la notion de réparation intégrale ;
- l'axe de la répartition des charges entre les différentes mutualités débitrices, et ouvre sur la question de ce qu'il est raisonnable de demander à tous pour contribuer au malheur de quelques-uns.

C'est la question d'un contrat social : celui du statut de victimes dont le sort est commun même si leur malheur ne provient pas des mêmes causes et n'est pas indemnisé par les mêmes canaux ; celui de la contribution que chacun est prêt à payer pour protéger les autres et se protéger lui-même dans l'hypothèse où il serait lui-même victime.

Ainsi la question de l'équité conduit-elle d'abord à réinterroger la notion de réparation « intégrale » comme droit commun des victimes, mais cette fois non plus tant dans la perspective de ce que serait la dette naturelle de celui qui serait responsable du dommage pour l'avoir causé par sa faute, mais comme celle d'un statut commun de la victime. Une enquête sur la notion de réparation intégrale conduit vite à la conviction que la notion d'intégralité de la réparation a toujours renvoyé à des critères sociaux, qu'elle n'a jamais pu correspondre à réparer intégralement un dommage surtout corporel – ce qui correspond à un programme impossible. On peut en conclure que, en cherchant à partir de l'équité à définir un droit commun de la réparation des préjudices, on n'introduit guère de révolution ou de rupture dans le droit de la réparation mais seulement une précision dans des critères qui sont toujours sociaux.

La question de l'équité dans la réparation conduit ensuite à s'interroger sur la géographie économique d'une réparation qui met en cause des dispositifs d'indemnisation, toujours mutualisés quoique relevant de logiques très différentes. Comment répartir les charges entre les différents dispositifs ? Quelle place pour la solidarité ? Pour l'assurance ? Comment définir l'équité entre ceux qui contribuent *a priori* en étant inscrits dans différents dispositifs d'assurance et ceux qui, victimes, en seront malheureusement les bénéficiaires ?

La réparation intégrale n'est jamais que forfaitaire

■ Un arbitraire fondamental

L'article 1382 du Code civil pose que : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le **réparer**. » Principe de la réparation des dommages causés à autrui. Et il a été précisé que cette « réparation » devait être « intégrale ». Ce faisant, en se donnant comme programme la « réparation intégrale » du

dommage corporel, le droit se donne une mission impossible ⁽²⁾.

a. En effet, en premier lieu, si l'on consulte les dictionnaires, *Robert* ou *Littré*, on constate que « réparation » s'entend en deux sens principaux, propre et figuré.

Au sens propre, réparer consiste à « remettre en état ce qui a été endommagé, restaurer, arranger, raccommoder, retaper, réviser, rafistoler ». Ce qui veut bien dire que, au sens propre, il n'y a de réparation qu'en nature. En ce sens, seuls les soins médicaux seraient en mesure de vraiment « réparer » la victime d'un dommage corporel. Ou, plus généralement, il n'y aurait de réparation qu'en nature. C'est dans le même sens que l'on « répare ses forces ».

Le sens figuré introduit l'idée que l'on peut aussi « réparer » des fautes, des erreurs, des affronts, des insultes. La réparation prend alors la forme d'excuses, d'expiation, d'une punition ou/et d'un dédommagement de la victime. « L'argent répare tout chose » écrit La Fontaine quand Corneille souligne que « les affronts à l'honneur ne se réparent point ».

C'est dans le même sens que, au football, il est prévu des « coups de pied de réparation ».

La réparation, au sens juridique, conjoint ces deux sens selon que l'on se place du point de vue de l'auteur ou de la victime du dommage. Du point de vue de la victime, réparer signifie « remettre en état », du côté de l'auteur, « expier une faute ».

En second lieu, il n'y a pas de vraie réparation possible, adéquate, complète, même dans le cas – on se situe dans le cadre du dommage corporel – où l'on sort de l'accident complètement guéri. Pour deux raisons.

La première raison relève de la psychologie. Il y a dans tout dommage une part d'irréversible. On ne pourra pas faire que rien ne se soit passé. Il y aura une blessure morale, une souffrance. Après ne sera jamais plus comme avant. Le fait de l'accident constitue cette sorte d'irréductible et d'irréversible, ce « je ne sais quoi » ou ce « presque rien » qui, selon Vladimir Jankélévitch, est à la base de la conscience morale. Freud aussi l'avait noté : la seconde fois n'est jamais la première, et dans le défaut de la seconde sur la première, il y a l'origine même du désir. Lorsqu'un

enfant casse ou perd son jouet, on peut toujours lui redonner le même, pour lui il n'est pas identique au premier. L'identique n'est pas le même.

Précisément dans le cas de la réparation « intégrale » du dommage, on veut aller au-delà de la seule atteinte physique, physiologique. On veut prendre en compte tous les éléments dont la victime a pu ou pourra souffrir : sa douleur, mais aussi tout ce qu'elle ne pourra plus faire et qui dépend de son environnement. On voudrait bien saisir, pouvoir exprimer cet immatériel pointé par le moraliste et le psychologue. On est dans la logique infinie du désir. C'est ainsi qu'on ne cesse, par approximation, d'inventer des préjudices nouveaux à indemniser, et c'est ainsi que les différents types de juridictions n'indemnisent pas les mêmes chefs de préjudice ; et c'est encore ainsi qu'il peut y avoir une invention constante dans l'invention des préjudices.

Au-delà, la deuxième raison est qu'il est de principe que la réparation ne se fasse pas en nature, mais en argent : elle prend la forme de dommages et intérêts. Il n'y a évidemment aucun rapport, aucune traduction entre le dommage vécu, le dommage corporel, l'atteinte à l'intégrité physique et le montant alloué à la victime et destiné à réparer son dommage. La réparation est une **indemnisation**, un **dédommagement**. C'est déjà dire que, en prenant la voie de l'indemnisation, on s'éloigne de ce que serait une « vraie » réparation, adéquate, exactement ajustée au dommage subi. Indemniser veut bien dire qu'il s'agit d'un pis aller : on donne de l'argent faute de mieux. On sait que cette idée d'une indemnisation en argent remonte fort loin, aux droits barbares.

L'indemnisation en argent est dans le même rapport avec le dommage corporel que le mot avec la chose, le signifiant avec le signifié selon *Le Cours de linguistique générale* de Ferdinand de Saussure. De l'un à l'autre règne un « arbitraire » fondamental. L'ordre juridique redouble, représente l'ordre des choses, mais selon une logique qui est la sienne, comme la logique du discours ne fait que représenter un ordre des choses qui obéit à sa propre logique. On va cher-

cher un **équivalent**. Les techniques de la réparation cherchent à le définir : elles passent par une description normée de ce qui a été subi, dans les catégories qui organisent l'expertise médicale, la définition des préjudices comme leur évaluation. Les catégories de cette description ne sont évidemment pas neutres. Elles sont liées à l'histoire de la réparation, les technologies contemporaines provenant de celles qui ont été construites pour traiter de la réparation des accidents du travail, première réparation de dommages de masse imposant – en raison de leur prise en charge assurantielle – des techniques normées et standardisées. Mais on peut imaginer bien d'autres manières d'indemniser un préjudice.

La réparation est une indemnisation sous forme d'un équivalent monétaire, c'est-à-dire qu'elle prend la forme d'une **compensation**. Elle n'est jamais qu'une compensation. La nouvelle loi sur le handicap reprend cette idée. Parce qu'on ne peut pas réparer, on compense. On pourrait imaginer des régimes de réparation en nature qui évitent l'idée d'une compensation. Cela passerait par la mise en œuvre de services en fonction de certaines situations qui seraient définies socialement. Parce qu'on ne peut pas réparer (en argent), parce qu'on ne veut pas réparer (en nature), on compense ; mais il faut trouver une mesure de la compensation. Dans l'arbitraire fondamental, constitutif de la compensation en argent, il y a la nécessité d'une règle de justice qui, précisément, efface l'arbitraire. Mais cet arbitraire fait constamment retour ; il est au centre des critiques actuelles de nos systèmes de réparation. Ou, plus exactement, la dispute sur la disparité des montants d'indemnités alloués selon les tribunaux, des types de réparation selon les situations, manifeste un arbitraire qui restera constitutif de toute régime de réparation ⁽³⁾.

En raison de cet arbitraire fondamental, on peut soutenir qu'il n'y a jamais de réparation que forfaitaire, que ce que l'on appelle réparation « intégrale » n'est jamais qu'une modalité d'une réparation qui, par principe, ne peut être que conventionnelle et donc forfaitaire. « Intégrale », dans réparation intégrale, définit moins une mesure qu'un programme ⁽⁴⁾.

■ Comment trouver la juste mesure ?

La justice dans la réparation (ce que l'on désigne par réparation intégrale) se trouve peut-être moins dans la mesure adéquate du préjudice (dont on vient de voir quelle ne peut être que conventionnelle) qu'au carrefour d'une série d'exigences sociales. Intégral signifie moins que le préjudice est complètement réparé, que le fait qu'on a le sentiment que la compensation proposée satisfait certaines exigences de justice. Elles sont, traditionnellement, au nombre de trois :

- la première exigence est que la compensation doit être telle que la victime cesse de se plaindre. La réparation intégrale a un caractère « satisfactoire ». C'est la fonction sociale de la réparation. Cette idée est au principe de la compensation dans les droits barbares. On achète la paix. Il faut y mettre le prix. La paix vaut mieux que toute forme de guerre. Peut-être est-ce l'origine de l'adage selon lequel une transaction vaut toujours mieux qu'un procès. On cherche à donner à la victime une somme qui met fin à son action. On comprend ici le sens du mot « intégral » : si la réparation est intégrale, la victime n'aura plus de raison de se plaindre.

Mais il convient, dans le même esprit pacificateur, de trouver un équilibre avec la somme que l'on va demander à l'auteur du dommage. Lui demander trop n'apporterait pas la paix. Par ailleurs, la réparation ne doit pas être l'occasion d'un enrichissement pour la victime. Principe indemnitaire.

Ici se profile l'idée d'un équilibre et d'une transaction nécessaires. Fonction sociale de la réparation : une bonne réparation est celle qui maintient la paix civile. C'est le principe de la **composition** des droits anciens et que l'on retrouve dans les pratiques les plus contemporaines cherchant à asseoir le droit de la réparation sur la notion fondamentale de transaction ⁽⁵⁾.

La bonne mesure de la réparation est celle qui permet une transaction qui, elle-même, met un terme à la guerre larvée des revendications insatisfaites.

Aujourd'hui, cet aspect de « guerre civile », qui est à l'origine de la règle de la réparation par équivalent en argent, est loin d'avoir disparu. Il s'est seulement

déplacé sur le terrain judiciaire dans la multiplication des revendications en indemnisation, dans la difficulté à mettre un terme à certains litiges, dans la demande de pénalisation, dans l'infini de la plainte. Les débats sur la responsabilité, outre le fait qu'ils témoignent de la récrimination des « responsables » qui s'estiment injustement mis en cause, expriment la difficulté qu'il y a à définir un équilibre tel qu'il puisse être aussi accepté, reconnu comme légitime par les « responsables ».

- la deuxième exigence tient à ce que le montant de la transaction soit défini par un juge. Le juge est celui à qui l'on demande de fixer le prix de la paix. Cela introduit des contraintes proprement judiciaires dans la fixation de montants. Le jugement du juge, en principe, est un jugement lié. Le juge ne peut pas – et ne veut pas – réparer à la tête du client, selon son bon plaisir, même si le montant de la réparation dépend de son « appréciation souveraine ». L'idée a été fort bien exprimée par le président Jean-Pierre Dintilhac lors de la précédente session du séminaire « Risques, assurances, responsabilités » dans la séance consacrée à *L'Incertitude dans la réparation* (23 juin 2005) : la justice est rendue au nom du peuple français ; même si l'évaluation du préjudice relève de l'appréciation du juge, ce dernier ne peut pas réparer les préjudices selon son bon plaisir. Il est besoin d'une norme judiciaire. La loi dit « intégral ». Le juge acquiesce qui attend des références, un guide, une procédure. On n'est pas très loin du critère d'égalité.

Selon la dimension judiciaire, une réparation juste est une réparation normée que le juge ne peut pas poser selon son bon plaisir, sans quoi son arbitraire ne permettrait pas à la réparation de jouer son rôle social. Elle engendrerait des plaintes, loin de les apaiser. La norme ne peut être posée que par la loi. Elle relève du droit. Elle doit être juste. Elle doit être la même pour tous.

- la troisième exigence tient à la capacité contributive du payeur, comme à la volonté, publique, de le « faire payer », de le sanctionner. C'est ainsi que, au début du XIXe siècle, la réparation judiciaire comprenait une dimension explicite de peine privée. Il fallait,

pour qu'elle soit sensible, que la réparation soit proportionnelle à la fortune du débiteur.

Dans un autre sens, il est de fait que l'inflation des montants d'indemnisation, comme la multiplication des préjudices indemnisables, n'est guère pensable en dehors de l'existence de dispositifs d'assurance. C'est un lieu commun que de constater que la définition de « l'intégralité » de la réparation dépend de la solvabilité du payeur.

Le fait que le service des indemnisations se fasse désormais par des mécanismes plus assurantiels que judiciaires introduit ses propres contraintes. L'idée de peine privée en perd tout sens. Par contre, la réparation demande à être normée, avec une certaine stabilité dans les normes. C'est le régime que le législateur a consacré en 1898 dans le cadre de la réparation des accidents du travail, et dont il a consacré à l'époque de très longues heures à définir les règles avec précision. Nous vivons toujours dans cette tradition.

Et si, un siècle après la loi sur les accidents du travail, il peut apparaître qu'une réparation intégrale va au-delà du forfaitaire, c'est bien parce qu'il existe des dispositifs d'assurance qui ont la capacité de faire face aux engagements qu'on leur impute.

Si la mesure est que la réparation soit « intégrale », « intégral » ne signifie pas la même chose dans les trois contextes.

Intégral, du point de vue la victime, décrit ce qui met fin à sa plainte. Mais le principe d'intégralité peut être perçu comme très injuste lorsqu'une indemnisation intégrale est imputée à l'auteur d'un risque qui n'a pas commis de faute. C'est l'analyse qu'a brillamment soutenue Vincent Heuzé lors du séminaire de la Cour de cassation précité sur *L'Incertitude dans la réparation*.

Intégral du point de vue du juge signifiera ce qui résulte du débat judiciaire, ce débat au terme duquel le juge aura à fixer le montant de la transaction qui rétablira la paix sociale. Le juge, en principe, ne dispose pas de barème ; il décide au cas par cas. De fait, il reconnaît les procédures, les techniques invoquées par les parties. En réalité, le droit de la

réparation est normé, les parties doivent s'y soumettre pour que leurs revendications soient reconnues. Mais l'intervention du juge introduit une possibilité d'adaptation, d'ajustement au cas par cas. Il prend aussi en compte l'émotion publique en retenant dans certaines situations l'existence de préjudices « exceptionnels ». Cela fait partie de sa fonction pacificatrice. Tout le jeu est dans la norme et dans le dépassement de la norme.

Intégral, du point de vue de l'économie des règlements, va désigner des définitions, des nomenclatures, des barèmes, une certaine normalisation. Cela permet l'efficacité économique du droit de la réparation. Il faut rendre les choses prévisibles, pouvoir organiser des transactions, et réduire les coûts de transaction. Il faut pouvoir aller vite et bien.

De fait l'intégralité de la réparation se définit au carrefour de ces trois exigences : une compensation suffisante pour rétablir la paix ; une compensation rendue au nom du peuple français, qui ne soit pas arbitraire, égale dans les mêmes situations ; une compensation économiquement efficace selon les dispositifs de financement disponibles. Justice, égalité, efficacité, c'est au croisement de ces trois critères que s'effectue le principe d'intégralité. Tout l'art est de trouver entre eux une bonne composition afin qu'ils n'entrent pas en contradiction.

Les débats contemporains sur la réparation – la revendication de nomenclatures, de barèmes, le besoin d'une nouvelle normalisation – ne nous éloignent pas plus qu'ils ne nous rapprochent d'une réparation intégrale. Ils poursuivent une discussion qui est inscrite dans le programme de la réparation intégrale, carrefour d'exigences sociales de justice.

La normalisation de l'indemnisation n'exclut pas l'évolution des normes comme des montants dans la mesure où la nature des préjudices comme leur gravité ne dépend pas seulement du dommage subi par la victime mais de son rapport à un environnement lui-même changeant. Cela est fortement exprimé dans la vision existentialiste du préjudice qui est à la base de la notion de compensation dans la loi de 2005 sur le

handicap : est indemnisable la perte de chances engendrée par le dommage en fonction d'un projet de vie défini dans un environnement donné.

Il est normal que le juge soit au centre de ce débat, dans la mesure où l'on a besoin de lui pour que les transactions d'indemnisation ne soient pas perçues comme arbitraires et jouent leur rôle pacificateur. Ses décisions sont autant de normes. La loi Badinter en fait des références. Et Francis Mc Govern nous explique que si, aux États-Unis, l'indemnisation se pratique à 95 % par transactions, celles-ci s'inspirent des pratiques judiciaires. La norme de l'indemnisation se trouve pratiquement dans la moyenne des décisions judiciaires. L'arbitraire fondamental de la réparation intégrale ne peut se surmonter que dans la reconnaissance du rôle normatif des décisions judiciaires. L'arbitraire relatif devient la norme.

Le critère de l'équité

Dans le débat sur la réparation intervient aujourd'hui un nouveau critère : le critère de l'équité. Le critère de l'équité ne met pas en cause celui d'intégralité, c'est-à-dire la diversité des intérêts à prendre en cause pour que la réparation joue son rôle social. Il introduit une exigence de justice nouvelle qui est le produit, l'effet ou le reflet de la systématisation de la réparation des victimes : celui de la relation des victimes entre elles, actuelles ou potentielles.

La revendication d'équité dans le droit contemporain de la réparation ne s'entend pas en effet au sens aristotélicien où il faudrait définir une règle au-delà de la norme, une correction de la norme dans les cas qui ne s'y conforment pas. Il s'agit d'une équité relative, d'une équité qui résulte de la comparaison de la situation des différentes victimes. La question est aussi liée au fait que l'accent est désormais plus porté sur la situation des victimes que sur celle de l'auteur qui n'est plus tant là pour voir sa faute sanctionnée que décider sur quel patrimoine collectif la charge financière de la réparation sera finalement portée.

Le critère de l'équité intervient à deux titres. Il désigne d'abord le caractère disparate de la situation des victimes dans un système dédié à l'indemnisation, qui a changé d'axe, de perspective, puisque orienté sur le statut des victimes et non plus sur la sanction d'un comportement. C'est la dimension de la cacophonie. La seconde dimension est celle de l'équité dans les transferts de charge entre ceux qui contribuent et ceux qui reçoivent dans un système qui est fondamentalement de nature assurantielle, même s'il mobilise et met en relation des dispositifs d'assurance eux-mêmes aussi disparates qu'hétérogènes.

■ Vers un droit commun de la réparation

L'exigence d'équité tient au fait que, s'il n'y a plus de victimes qui ne soient protégées au moins par la Sécurité sociale, la généralisation de ces protections s'est faite au coup par coup, de telle manière que si aujourd'hui pratiquement toute victime est indemnisée, on aboutit à des situations très disparates autant dans les droits à mettre en œuvre que dans leur résultat. Ces disparités que certains décrivent comme des « discriminations »⁽⁶⁾ deviennent incompréhensibles dans un univers où le droit de l'indemnisation est plus focalisé vers la protection des victimes que vers la sanction de responsables. Paradoxalement, plus il y a des victimes indemnisées, plus la situation relative des victimes entre elles apparaît comme une source d'injustice ou d'iniquité dans la mesure où elles sont traitées différemment. Si bien que l'on peut penser que ce statut commun des victimes vers lequel on se dirige marquera une étape essentielle dans la séparation du droit de la réparation d'avec celui de la responsabilité.

Ces disparités, incohérences et autres « discriminations », prennent différentes formes :

- *Il y a d'abord la disparité dans la situation des victimes qui résulte de la pluralité des droits et des actions en réparation.* Comme le souligne le conseiller Savinien Grignon Dumoulin, on ne comprend pas aujourd'hui que certaines victimes puissent ne pas disposer d'une

action en indemnisation qui leur permette d'être protégées au-delà du socle de la Sécurité sociale.

- Il y a ensuite la *disparité de la situation des victimes au sein des mêmes régimes d'action selon les tribunaux*. Visée ici la norme d'égalité des droits, ou d'égalité devant le droit. C'est une norme dont le contrôle est en principe du ressort de la Cour de cassation. C'est en effet l'une des fonctions de la Cour de cassation que de faire respecter l'égalité devant le droit. Le contrôle de l'égalité devant le droit de la réparation ne conduirait pas la Cour de cassation à s'immiscer dans la détermination des montants alloués, mais seulement à s'assurer que l'ensemble des juridictions suivent les mêmes protocoles d'indemnisation, à ce qu'elle empêche les pratiques actuelles de *forum shopping* à la fois choquantes en elles-mêmes et qui entrent en contradiction avec l'idée de lois d'indemnisation qui visent la déjudiciarisation.

- Il y a encore la *disparité de la situation des victimes selon le régime d'indemnisation qu'elles peuvent faire valoir*. Ces disparités ont commencé avec la législation sur les accidents du travail qui les a isolées du droit commun de l'indemnisation. Cette tendance, qui s'est poursuivie avec les accidents d'automobiles, semble vouloir s'accélérer : on crée de nouvelles actions dès lors qu'il faut faire face à de nouvelles situations. On a ainsi créé au moins quatre fonds en 20 ans : pour les victimes du terrorisme, pour la contamination par le VIH, pour les accidents médicaux, pour l'amiante – et cela au moment même où par ailleurs on multiplie les régimes de responsabilité objective. Bien sûr, on peut soutenir que chaque situation d'un nouveau fond est une situation d'exception qui explique son propre régime. On est incomparable. Précisément, en droit, on est tous comparables.

On constate que tous ces régimes spéciaux, depuis les accidents du travail, sont conduits à standardiser leurs règles d'indemnisation de manière à ce que toutes les victimes éligibles devant eux soient traitées également. C'est également le cas aux États-Unis dans la réparation des dommages par transaction : on définit des types *a priori* de manière à faire régner une certaine égalité de traitement des victimes.

- Il y a aussi la situation créée par la pluralité des actions en indemnisation qui peuvent être offertes aux victimes pour couvrir les préjudices nés d'une même situation. Non seulement les victimes disposent d'un droit en indemnisation dans la plupart des situations, mais celles-ci leur ouvrent une pluralité d'actions qui n'ont pas les mêmes effets quant à la réparation de leur préjudice. Cette concurrence des droits nés d'une même situation prive de sens la notion de réparation intégrale. La victime apparaît moins comme réclamant la réparation de son entier préjudice, que cherchant à optimiser le montant une indemnisation par ailleurs certaine.

En effet, les situations sont aujourd'hui nombreuses où pour le même préjudice une victime se trouve disposer de plusieurs actions en indemnisation : une action devant un fonds dédié permettant en principe une indemnisation rapide, évitant les lenteurs, les complications et les coûts d'une réparation judiciaire, et une action en droit commun qui reste la règle depuis l'arrêt Bellet de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis la création du fonds sida, la Cour de cassation a eu plusieurs fois à régler la concurrence de ces actions.

On arrive à cette situation où une victime peut chercher à démembrer les droits liés à la réparation de préjudices provenant des mêmes faits en cherchant à optimiser les procédures qui donneront, préjudice par préjudice, la solution financièrement la plus avantageuse.

Dans ces situations, la victime joue sur le fait qu'il n'y a pas de réparation intégrale – ce qui réglerait les problèmes. Elle cherche à optimiser sa situation en dehors de la définition d'une réparation intégrale du préjudice, qui suppose qu'à retenir les mêmes critères une autre victime serait traitée également.

Si bien que le propos aujourd'hui – quand on introduit le critère de l'équité dans la réparation – n'est pas de sortir du régime de la réparation intégrale, d'aller vers des forfaits, mais bien plutôt de revenir vers le régime de la réparation intégrale, mais commune, normée, normalisée, correspondant à un

équilibre social et non pas au fait qu'une des parties cherche à instrumentaliser le système juridique pour tirer le meilleur de ses aveuglements, de ses contradictions ou de ses failles.

Selon le critère de l'équité, on entendra par réparation intégrale une réparation organisée de telle manière que différentes victimes aient les mêmes droits, qu'elles disposent des mêmes régimes d'action ou de régimes d'actions multiples et concurrents. Dans un univers caractérisé par l'universalité de la protection des victimes, l'exigence d'intégralité conduit à définir un droit commun de la réparation, applicable quelle que soit l'action dont dispose la victime et qui doit aboutir à un résultat commun.

■ L'équité dans la répartition des charges

Le fait est que, aujourd'hui, les débiteurs en indemnisation ne sont plus les auteurs des dommages que le législateur contraint à s'assurer, mais auprès des organismes d'assurances, des mutualités dont le statut est fort disparate : assurances de marché, fonds, organismes publics, Sécurité sociale. La décision du juge commande des transferts qui ne vont pas de la poche du responsable vers la victime mais d'une mutualité vers une victime qui peut être membre de la mutualité impliquée, ou d'une mutualité vers une autre mutualité dans la mesure où elles peuvent exercer des recours entre elles. Ces transferts et ces recours définissent l'économie et la géographie de la réparation.

◆ Le principe de solidarité

La reconnaissance d'une responsabilité (au sens juridique) est le principe déclencheur d'un mécanisme de transfert économique d'une mutualité vers un de ses membres ou un membre extérieur. Aucun n'a proprement commis de faute, sauf peut-être un. L'assurance de responsabilité est organisée sur le principe d'une solidarité juridique au sens civil : je ne serai pas seulement couvert si ma responsabilité est engagée ; je me sens engagé à partager la dette que la

décision d'un juge pourra mettre à la charge de tout autre membre de la mutualité.

De fait, dans un droit de la réparation aussi mutualisé que le nôtre, le principe que ce droit met en œuvre est bien plus ce principe de solidarité (inscrit dans la mutualisation) que le principe de responsabilité. La logique du système, encouragée par les pouvoirs publics à travers l'assurance obligatoire, n'est pas tant que nous sommes tous les auteurs potentiels de risques qu'il faudra indemniser, mais que nous sommes tous les victimes potentielles de risques face auxquels il convient de nous solidariser.

L'équité dans l'économie d'un droit de la réparation dont le modèle est finalement purement assurantiel, même s'il suit les contours d'une géographie compliquée, conduit à s'interroger sur le montant de la contribution que chacun peut être amené à verser pour se protéger au cas où il devrait un jour occuper la position de la victime.

◆ La géographie de la solidarité

Dans la réalité, ce modèle assurantiel est mis en œuvre à travers le concours d'une multiplicité d'« assureurs » aux statuts fort différents : sociétés d'assurances, établissements publics, Sécurité sociale.

La victime d'un dommage corporel est d'abord indemnisée en nature par la Sécurité sociale sous la forme des prestations de l'assurance maladie. Sur ce socle peuvent venir se joindre les assureurs maladie complémentaires. Le droit de la réparation met souvent en avant les assureurs. En réalité, le premier « assureur », en particulier en matière de dommage corporel, est la Sécurité sociale par les prestations en nature qu'elle offre à toute victime. Dans de nombreuses situations d'ailleurs, la Sécurité sociale n'a pas recours contre un éventuel responsable (accidents du travail hors faute inexcusable, accidents médicaux indemnisés par l'Oniam (Office national d'indemnisation des accidents médicaux), Fonds de garantie automobile, Fiva (Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, etc.). Cela fait de la Sécurité sociale le premier « assureur » des victimes, en tout cas dans le temps, sans qu'il soit possible aujourd'hui de

savoir si la solidarité qu'elle met en œuvre porte la charge principale de la réparation.

Dans le même temps, la victime engagera des actions en indemnisation selon les droits dont elle dispose en fonction des situations : accidents de la circulation, accidents médicaux, amiante, accidents du travail, garantie des accidents de la vie. Les droits sont différents dans tous les cas. Les indemnisations versées mettent à contribution une mutualité selon ses règles propres. Certains disent que les indemnisations ainsi obtenues ont, eu égard à ce qu'offre la Sécurité sociale, le caractère d'une couverture « complémentaire ».

Au bout du compte, selon ce schéma, la victime se trouve soignée, « réparée » en nature et indemnisée en argent. Mais le juge de la responsabilité ne connaît pas cette stratification. Il met pratiquement l'intégralité de la charge de la réparation du dommage à la charge de l'assureur du responsable. Mais la victime ne peut pas cumuler ce qu'elle reçoit de la Sécurité sociale, qui veut elle-même rentrer dans ses frais, et des autres « assureurs ». De sorte que la Sécurité sociale, dans la mesure où un tiers responsable est en cause, exerce un recours subrogatoire contre l'assureur du responsable.

L'organisation de ces recours est une nouvelle source d'iniquité dans la mesure où dans certains cas le recours de la Sécurité sociale peut absorber la totalité des sommes décernées à la victime. Pour prévenir cette injustice, on est conduit à préciser les chefs de préjudice sur la réparation desquels la Sécurité sociale peut exercer ses recours. Ce qui conduit pratiquement à des distorsions dans les montants alloués préjudice par préjudice, le juge pouvant chercher à charger les uns plutôt que les autres de manière à ce que la part monétaire (complémentaire) de l'indemnisation revenant à la victime soit plus élevée – provoquant du même coup de nouvelles entorses aux règles de la réparation intégrale.

On a imaginé de simplifier une géographie si compliquée. Différents modèles sont disponibles pour organiser le concours des « assureurs ». La première idée est de simplifier les choses à l'extrême en

tirant les conséquences de l'universalité de la réparation comme de l'exigence d'un traitement égal des victimes. Leur indemnisation ne serait éligible que devant un seul assureur, public. C'est la situation créée depuis 1974 par le *Accident Compensation Scheme* en Nouvelle-Zélande. Cette solution qui conduirait à nationaliser l'assurance accident est difficilement imaginable en France. On peut imaginer le modèle inverse selon lequel les sociétés d'assurances gèreraient au premier franc toutes les situations d'accidents. Cette solution ne paraît possible que si l'assurance accidents devient une assurance *first party* et s'affranchit de sa dépendance au droit de la responsabilité. Une autre formule, mise en œuvre par certains fonds comme dans l'assurance directe de type Gav, consiste à ce que l'assureur de la victime tienne en compte dans l'indemnisation du montant de la réparation versé par la Sécurité sociale.

La généralisation de cette dernière formule devrait conduire à ce que le financement de la Sécurité sociale prévoie sa fonction d'indemnisateur d'accidents de premier niveau. Ainsi pourrait-on éviter le jeu des recours judiciaires et aller vers un système de réparation résolument transactionnel. Cela permettrait d'organiser la réparation selon le régime général d'une transaction sociale mise en œuvre par différents « assureurs » et autant déjudicialisée que faire se peut. On généraliserait ainsi la philosophie de l'indemnisation proposée par le législateur dès 1898 et qu'il n'a cessé, depuis lors, de confirmer.

◆ Le contrat de solidarité

La géographie actuelle de la solidarité est extrêmement complexe, impénétrable même, au détriment des victimes qui peuvent apparaître comme un jouet dans le jeu des dispositifs d'assurance pourtant destinés à la protéger. On peut souhaiter leur simplification, comme le font d'ailleurs les sociétés d'assurances qui par des jeux de convention cherchent à indemniser directement leur assurés. Toujours est-il que dans un système de réparation universalisé, obéissant plus à un principe de solidarité que de responsabilité, mis en œuvre par de multiples formes de mutualisation,

la question de l'équité conduit à s'interroger sur ce qu'il est juste de demander à tous pour contribuer à la protection de chacun. C'est un autre aspect de la question de l'équité.

Christian Gollier propose de répondre à cette question à partir de la notion de l'efficacité économique d'un système universel de réparation. La contribution économiquement efficace est celle qui permet aux victimes d'anticiper sur la réparation intégrale de leur préjudice dans le respect du principe indemnitaire.

La cotisation qui devrait être appelée pour une telle couverture est de fait aujourd'hui répartie entre impôts, cotisations à la Sécurité sociale et cotisations d'assurance. Christian Gollier indique en même temps que l'efficacité économique peut commander que le montant de la cotisation, comme celui de la réparation, permette de réduire l'exposition aux risques des individus.

Propositions

L'examen des pratiques de la réparation du dommage corporel selon le critère de l'équité – le constat que l'on va vers une sorte de droit commun des victimes, comme la philosophie sous-jacente à un système qui met en œuvre un vaste « contrat de solidarité » entre victimes actuelles et potentielles – conduit aux propositions suivantes :

- Observer les flux économiques liés à la réparation

Il conviendrait d'abord de faire en sorte que le système judiciaire soit mieux informé des conséquences économiques de ses décisions, son rôle étant désormais plus d'organiser des transactions sociales que de sanctionner des responsabilités, le droit de la réparation tendant à prendre une certaine autonomie vis-à-vis du droit de la responsabilité.

Cela devrait conduire à ce qu'un dispositif partagé entre les différents « assureurs » et les juges observe les flux économiques liés à la réparation et soit en mesure de déterminer qui paie quoi, de dresser le bilan économique de l'indemnisation, et de faire des propositions

quant à l'amélioration de l'efficacité économique du système de réparation.

- **La réparation intégrale doit rester la norme** d'un système désormais basé sur l'idée d'une solidarité des victimes actuelles et potentielles. Elle doit être conçue comme cette convention sociale qui conjoint les différentes exigences de justice portées par les acteurs de la réparation et dont la satisfaction est facteur de paix sociale.

- Normaliser la réparation intégrale

Le principe de réparation intégrale se perd dans ses excès. Afin de rationaliser le système de réparation dans l'intérêt même des victimes et pour permettre au juge de jouer le rôle éminent qui est le sien dans la régulation du système, il convient d'aller vers une normalisation de la réparation intégrale.

Normaliser la réparation intégrale ne conduit pas à en faire une réparation forfaitaire, mais à lui redonner son vrai sens de transaction sociale.

Peu importe que l'on parle de nomenclatures, de barèmes ou de référentiels, l'essentiel – après avoir reconnu que la notion de « réparation intégrale » renvoyait de fait à une transaction sociale – est d'organiser à travers des procédures normées cette transaction de manière à ce qu'elle soit stable dans le temps comme dans l'espace, créant une sorte de sécurité juridique pour l'ensemble des acteurs associés à la réparation.

Cette normalisation est indispensable pour que soit respectée l'égalité des victimes, que l'on puisse se diriger vers un « droit commun » des victimes, homogénéiser les situations, universaliser les droits, revenir à une vraie réparation intégrale.

Ces procédures devraient être telles qu'elles soient susceptibles d'être adoptées au sein de l'Union européenne, espace promis à devenir l'espace commun de la réparation.

La normalisation de la réparation intégrale n'exclut pas l'intervention du juge du fond dans les cas où il paraît juste d'adapter la norme à des situations concrètes qu'elle n'aurait pas prévues.

La mise en œuvre judiciaire de cette normalisation doit permettre le contrôle de la Cour de cassation, appelée à faire respecter le principe d'égalité entre victimes impliqué par un système de réparation arrivé à maturité.

- Réduire les coûts de transaction

La normalisation de la réparation intégrale – sous contrôle du juge – est en même temps la condition pour *réduire les coûts de transaction* d'un système de réparation que sa construction à travers le temps rend aussi complexe que coûteux.

La normalisation de la réparation intégrale doit permettre de simplifier les circuits de la réparation, d'éviter les recours, d'encourager les prises en charge *first party*, de déjudiciariser autant que faire se peut les actions en réparation.

Elle doit permettre à un système, assurantiel de part en part, de mettre en œuvre le plus efficacement possible le « contrat de solidarité » à travers lequel s'effectue désormais la réparation, de faire respecter en son sein le principe d'égalité des victimes face aux mêmes préjudices, d'anticiper sur ses charges futures.

Elle doit permettre une meilleure articulation des différents assureurs, une plus grande fluidité dans un système qui revient à organiser le concours de différents « assureurs » vers un service commun de la victime.

Notes

1. *Programme d'action en faveur des victimes présenté par le Garde des sceaux en Conseil des ministres le 18 septembre 2002, qui saisira le Conseil national des victimes (rapport Lambert-Faivre sur L'Indemnisation du dommage corporel, 15 juin 2003) ; saisine de la Cour de cassation par M^{me} Nicole Guedj, secrétaire d'État aux droits des victimes (rapport Dintilhac du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juillet 2005).*

2. *C'est d'ailleurs ce dont témoignent les définitions généralement données de la réparation intégrale qui en parlent comme d'une approximation. Il s'agit bien d'un programme. Cf. par exemple la formule du Conseil de l'Europe (1975) : « La victime doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. »*

3. *Cet arbitraire est encore illustré par la disparité des droits européens en matière d'indemnisation alors même qu'ils obéissent au même programme d'intégralité, comme d'ailleurs les différences d'appréciation entre les juridictions civile et administrative.*

4. *Une « directive » dans le langage de Geneviève Viney.*

5. *Le principe en est rappelé par la loi de 1898 sur les accidents du travail, la loi de 1985 sur l'indemnisation des accidents automobiles, la loi de 2002 sur la réparation des accidents médicaux.*

6. *Yvonne Lambert-Faivre dans son ouvrage sur le Droit du dommage corporel, Dalloz.*

4.

Études et livres

■ Michel Bisch

La protection intellectuelle dans l'assurance

■ Georges Dionne

Mieux gérer les risques privés et sociaux

■ Marek Garwacki

L'assurance accidents du travail et maladies professionnelles aux États-Unis

■ Pierre Martin

L'assurance est-elle historiquement à fonds perdus ?

■ Claire Morel

L'assurance automobile des particuliers aux États-Unis

Livres

Économie et gestion de l'assurance

de Daniel Zajdenweber,

par : Côme Segrétain

Assurance de santé : acteurs et garanties

de Roger Millot et Alice Rudelle Wateriaux,

par : Alain Rouché

La protection intellectuelle dans l'assurance

Michel Bisch

Président de la société ALSASS

L'assurance est par définition un métier de prestations techniques et intellectuelles. Manipulant des notions de statistique, de droit, d'économie et de commerce, tout n'est que pensée et abstraction. Cela ne signifie en rien qu'il faille moins d'imagination ou moins de technique pour gérer une opération d'assurance que pour créer un objet tangible. L'importance croissante de l'innovation – et de la réflexion qui y conduit – est largement prise en compte dans toutes les industries. C'est même un vecteur de réussite fondamental qui fait l'objet de toutes les protections, notamment par brevets avec de considérables efforts pour les faire respecter. Il y a là une dimension essentielle de tertiarisation de l'industrie.

En matière d'assurance, l'innovation – qui était un mot quasi tabou il y a une vingtaine d'années – fait partie du langage quotidien, recouvrant même d'innombrables pratiques qui sont tout sauf de l'innovation. Les contraintes réglementaires ont certes leur poids, mais la paresse de la pensée aussi. Pourtant, parmi les facteurs de réussite, l'innovation réelle, sorte de révélation d'évidence

a posteriori, est certainement un des facteurs les plus économiques de conquête de marché par rapport à l'acquisition ou à la création d'un réseau de vente, ou à l'absorption d'une autre société. Il est vrai que les mécanismes de groupe de personnes et de pouvoir à l'intérieur d'une société privilégient des solutions conventionnelles ayant le mérite de se reconnaître facilement et n'obligeant pas à une implication personnelle à long terme, généralement mal récompensée.

Un des facteurs supplémentaires de frein se situe dans l'idée que les concepts et formules mathématiques ne sont pas légalement protégeables. Ils ne le sont, en fait, et non en droit pour une période donnée, que par leur complexité éventuelle et leur nouveauté ; ils sont protégés en raison du temps d'apprentissage par la concurrence. Cette commune appréciation néglige cependant d'autres voies de la protection de l'innovation dans l'assurance. Celle-ci est en effet un outil fondamental de conquête des marchés et d'amélioration des marges financières donnant à son initiateur un bénéfice d'avance.

Si l'idée ne peut être protégée, les manifestations matérielles peuvent parfaitement l'être. En effet, en premier lieu, le nom de marque donné au concept bénéficie des protections connues par le dépôt. La reproduction à l'identique du contenu contractuel et original d'une marque peut être qualifiée de contrefaçon de marque. En second lieu, et cet aspect est très important et méconnu, l'assureur dispose de la protection de la propriété littéraire.

En effet, tout concept comporte nécessairement une manifestation littéraire, dont la plus évidente est le contrat. Celui-ci est nécessairement écrit, et s'il comporte dans ses dispositifs une originalité certaine, il sera constitutif d'une œuvre littéraire protégée. L'originalité est ici fondamentale. Elle tient tant à la forme qu'au fond du texte. Ainsi, la reformulation du même contrat pourrait également être constitutive de contrefaçon ; il suffit de se rappeler que le scénario original d'un roman appartient à son auteur et que sa reproduction est une contrefaçon, y compris sur un support différent, le cinéma par exemple. En l'occurrence, le contrat sera d'autant

plus facilement protégeable que son texte est concis, obligeant l'imitateur, pour le reprendre, soit à une inflation de mots, soit à un travail de recomposition d'autant plus complexe que le texte contrefait est d'une concision reposant sur de longues réflexions préalables.

Les textes annexes au contrat, tels que documents publicitaires et notes d'information, renforcent par leur propriété littéraire propre la protection du texte contractuel de base. La propriété littéraire est de droit, et n'a donc pas à être déposée. Elle se démontre par l'originalité du texte et son antériorité. Sur ce dernier point, des signatures de clients par exemple – ou autres tiers certifiants – constituent d'excellents éléments de preuve.

La propriété littéraire, ainsi appliquée à des contrats donnant une matérialité aux concepts, est protégée de longue date – une idée de Beaumarchais –, et plus particulièrement dans notre droit positif par la convention de Berne en 1891. Cette convention est régulièrement enrichie par des nouveaux traités et couvre l'ensemble des pays développés, ceux où précisément se développent l'assurance et la concurrence dans l'assurance. On

observe d'ailleurs que la traduction d'un texte dans une autre langue est une contrefaçon. Cette protection générale est intéressante en matière de protection logicielle. Les logiciels peuvent effectivement être protégés de deux manières. Soit par le dépôt d'un brevet logiciel, soit par le biais très explicite dans la loi de la propriété littéraire. Cette dernière méthode nous paraît préférable. En effet, le brevet logiciel nécessite un descriptif complet, est accessible aux concurrents et pourrait être copié à la marge. Les tribunaux français sont par exemple assez sévères pour la copie à la marge alors que les tribunaux allemands ne sanctionnent que la copie servile.

À l'opposé, la propriété logicielle par la convention de Berne est plus facile. D'une part, elle est de droit, sans dépôt, comme la propriété littéraire. D'autre part, la propriété couvre non seulement les logiciels proprement dits, mais également les principes logiciels suivis, indépendamment du langage de programmation. La couverture, on le voit, sous réserve de réelle originalité, et d'antériorité, à démontrer le cas échéant *a posteriori*, est bien plus complète. Cette protection, comme en matière littéraire, s'applique à l'ensemble des pays signataires de

la convention de Berne, et ne nécessite donc pas de dépôt successif.

Un contrat d'assurance est bien sûr un contrat mais aussi, dans toute sa conception, une séquence de traitement d'informations. Ce déroulement séquentiel est une définition de traitement logiciel. Dès lors, si ce traitement est original et pertinent, il contribue à la protection du concept développé par l'assureur. Un concept original d'assurances est ainsi protégé, commercialement par son innovation et sa complexité (la complexité est la difficulté à comprendre ce qui est vraiment nouveau sans être nécessairement compliqué) mais aussi par ses manifestations matérielles : le nom, le contrat, les logiciels.

La protection des manifestations matérielles des concepts, souvent fruits d'efforts importants, donne une chance réelle de réussite à des organisations petites ou moyennes. Les organisations importantes misent plus naturellement sur la puissance et seront donc souvent moins attachées à la protection de la propriété intellectuelle. Il n'en reste pas moins que les protections décrites ont le mérite de stimuler l'innovation par la protection de la récompense à l'effort d'imagination. Il existe des contrats « d'auteur ».

Mieux gérer les risques privés et sociaux ⁽¹⁾

Georges Dionne

Chaire de recherche du Canada en gestion des risques, HEC Montréal

Nous assistons quotidiennement à des accidents et à des catastrophes que personne n'avait anticipés. Les risques de catastrophes naturelles, particulièrement, ont grandement augmenté ; les coûts privés et sociaux des risques écologiques atteignent des niveaux record ; les risques de consommation alimentaire inquiètent plusieurs populations et ceux des marchés financiers sont devenus très imprévisibles.

On peut associer ces tendances à de nouveaux phénomènes naturels ou exogènes à l'homme. On peut aussi les considérer comme endogènes, c'est-à-dire résultant d'une mauvaise gestion privée et sociale des risques ou, encore, de choix de niveaux de prévention privés et sociaux trop faibles. On est souvent intervenus, en supprimant des institutions ou des mécanismes de sécurité ou en déréglementant des marchés, sans se soucier de mettre en place des mécanismes incitatifs à la prévention des accidents.

Des exemples très connus ont été : la déréglementation trop rapide de la surveillance de la production agricole, entraînant l'augmentation des risques de maladie – comme celle de

la vache folle –, la déréglementation du transport aérien sans révision adéquate des activités de prévention des accidents tenant compte des conditions financières des transporteurs, la non-surveillance adéquate de la qualité des super-pétroliers dans les eaux internationales, le SRAS – syndrome respiratoire aigu sévère – qui a fait plusieurs morts au Canada ; la non-surveillance appropriée des problèmes de gouvernance et des activités de spéculation dans les marchés financiers.

Il ne s'agit pas d'en conclure que toute forme de déréglementation des marchés est néfaste aux risques individuels et collectifs, mais que plus d'attention doit être accordée aux conditions financières des individus, des entreprises, et même des gouvernements, suite à ces déréglementations, car ces conditions financières sont directement reliées aux moyens disponibles pour effectuer les dépenses nécessaires à la sécurité (Dionne, Gagné, Gagnon, Vanasse, 1997).

Du point de vue de la recherche, trois défis confrontent les chercheurs : la mesure précise des risques, les problèmes d'information entre les différents participants

dans les marchés, les problèmes d'engagement des parties impliquées.

Dans l'évaluation des risques d'accidents, nous sommes souvent confrontés à des événements très rares, ayant de très faibles probabilités d'occurrence. Leur évaluation est souvent très imprécise, faute de données adéquates, parce que les entreprises et les gouvernements n'ont pas le réflexe ou ne disposent pas de moyens pour conserver l'information historique. Or, estimer les paramètres des distributions d'accidents peu fréquents nécessite un grand nombre d'observations. Un exemple contemporain est relié au risque opérationnel des banques, comprenant le risque de défaillance des systèmes informatisés, le risque de fraudes internes et externes, et plusieurs autres risques de fonctionnement. Une réglementation internationale de ce risque est en discussion depuis les années 1990 et devait être implantée en 2004. Les grandes banques d'affaires ont contesté ce projet de réglementation puisqu'elles ne disposent pas des données permettant d'évaluer le capital réglementaire requis. Il peut nous sembler assez invraisemblable que des banques générant des centaines

de millions de profits annuels n'aient pas assez d'argent pour collecter des données !

Il ne s'agit pas, en fait, d'une simple question de moyens financiers, mais aussi de culture. Les dirigeants de banques n'ont pas appris à le faire parce que personne n'avait insisté sur le fait qu'une bonne gestion des risques passait par une collecte minutieuse des données statistiques. La réglementation de Bâle II aura eu le mérite de discipliner les banques ; Solvabilité II devrait en faire autant pour les assureurs, et les gouvernements devraient eux-mêmes être disciplinés pour se prémunir contre les différents risques, dont ceux d'épidémie.

Il faut toujours garder à l'esprit qu'un manque d'information statistique précise crée des biais de perception et affecte les comportements des agents économiques. L'exemple le plus connu est celui de la cigarette où il est démontré que les fumeurs sous-estiment le risque de cancer des poumons. Un autre exemple, sur lequel je travaille, est d'estimer comment la perception du risque d'être infecté au travail peut influencer la décision des travailleurs de la santé de se présenter à l'hôpital dans le cas d'une pandémie de grippe aviaire.

Les problèmes d'information entre les agents économiques jouent un rôle fondamental sur les incitations à la prévention. Par exemple, les assureurs n'observent pas bien nos comportements de conduite automobile ni les comportements des transporteurs de matières dangereuses. Un fait intéressant est que les gouvernements n'ont pas plus

d'information que d'autres participants dans l'économie. Ce n'est donc pas dans la nationalisation des marchés que réside la clé de ce problème. L'écriture adéquate des contrats et des règlements est, par contre, fondamentale. Il s'agit d'y inclure des clauses d'incitation à la prudence. Les bonus/malus, les permis de conduire à points, les inspections aléatoires des activités de prévention, et même des pénalités financières pour non-respect de contrat ou de réglementation sont autant de clauses pouvant s'avérer efficaces.

Mais ce n'est pas suffisant. Il faut aussi des engagements des parties aux contrats à implémenter ces clauses et actions de prévention (Laffont et Tirole, 1993). Et c'est ici que la concurrence de marché a le plus de difficultés face à la gestion des différents risques. Par exemple, on ne peut avoir un système bonus/malus efficace si les assureurs ne sont pas contraints de l'appliquer. La France a eu raison de s'opposer à la directive de Bruxelles d'abolir son système bonus/malus ; d'autres pays ont cédé trop vite. Le système français oblige tous les assureurs à se commettre à l'application du système, même pour les assurés qui changent d'assureur. Il génère ainsi des incitations à la sécurité routière (Dionne, Michaud, Dahchour, 2004). Nos travaux ont montré, à l'aide de données d'un autre pays n'ayant pas cette clause d'engagement de l'industrie, qu'il suffit aux conducteurs représentant des risques élevés d'accident de changer d'assureur pour éviter les augmentations de cotisations qui les

inciteraient à la prudence (Dionne, Ghali, 2005).

Il en est de même pour les gouvernements face aux différents règlements liés à la sécurité ; il leur incombe de s'engager de façon crédible et efficace à les faire appliquer. Certains proposent des réglementations internationales comme pour les banques, les assureurs et l'environnement. Ce n'est pas nécessairement la meilleure solution dans tous les marchés car ces réglementations peuvent devenir très lourdes et ne pas respecter les spécificités de différents risques ou pays. De plus, elles ne sont pas toujours respectées et les procédures de renégociation et de mise au pas sont très complexes et exigent beaucoup de temps. Pour l'engagement des gouvernements, comme pour celui des entreprises, il revient à chaque citoyen d'être vigilant.

En conclusion, la prévention contre les différents risques ne doit pas être considérée comme une activité purement privée. Elle est collective car la plupart des risques génèrent des externalités ne pouvant pas être complètement internalisées dans les prix des marchés, surtout en présence d'asymétrie d'information entre les agents économiques et de manque d'engagement des différentes parties impliquées. L'engagement des gouvernements peut aussi être problématique. Ne pas considérer ces réalités peut s'avérer dangereux pour nous tous et pour les générations futures. Une vigilance de chacun permettra d'atteindre le niveau de sécurité collective optimal.

Notes

1. *Cet article reprend les principaux thèmes du discours prononcé par l'auteur pour sa réception d'un « doctorat honoris causa » de l'Université d'Orléans, le 11 octobre 2006. L'auteur remercie Claire Boisvert et Anne Lavigne pour leurs commentaires.*

Bibliographie

DIONNE, G. ; GAGNE, R. ; GAGNON, F ; VANASSE, C., « Debt, Moral Hazard and Airline Safety : An Empirical Evidence », *Journal of Econometrics*, 79, 379-402, 1997.

DIONNE, G. ; GHALI, O., « The (1992) Bonus-Malus System in Tunisia : An Empirical Evaluation », *Journal of Risk and Insurance*, 72, 4, 609-633, 2005.

DIONNE, G. ; MICHAUD, P.C. ; DAHCHOUR, M., « Separating Moral Hazard from Adverse Selection in Automobile Insurance : Longitudinal Evidence from France », Working Paper 04-05, Chaire de recherche du Canada en gestion des risques, août, 2004.

LAFFONT, J.J. ; TIROLE, J., *A Theory of Incentive in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

L'assurance accidents du travail et maladies professionnelles aux États-Unis

Marek Garwacki⁽¹⁾

Commissaire contrôleur des assurances

Apparue dans les années 1910 et réglementée par les États, l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles (« *Workers' Compensation* ») est obligatoire depuis plus de 50 ans pour la plupart des employeurs. Elle couvre l'intégralité des frais médicaux et remplace environ les deux tiers des pertes de salaire consécutives à l'arrêt maladie. Son coût élevé (1,71 % de la masse salariale couverte en 2003) est en forte hausse à cause de l'explosion des frais médicaux. Il est pris en charge par les employeurs directement ou par l'intermédiaire d'un assureur.

Ce système permet des incitations financières efficaces en termes de sécurité sur les lieux de travail. Il accélère aussi le retour à l'emploi, encourage la reprise d'un emploi partiel et aide parfois la requalification. Mais son évolution est suspendue aux réformes constantes et plus ou moins efficaces visant à revoir les indemnités versées, à limiter les dépenses médicales et juridiques, et à couvrir le risque terroriste.

■ Des indemnités généreuses mais variables selon les États

Le dispositif américain d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles est destiné à protéger aussi bien les employeurs que les employés. En cas de maladie, de dommages corporels ou de décès liés au travail, les employés ou leurs familles étaient obligés, avant sa mise en place, de prouver la faute de l'employeur pour espérer être indemnisés. Avant 1910, seulement 15 % des employés affectés recevaient des dédommagements⁽²⁾. Les employeurs étaient quant à eux soumis au très fort aléa de l'issue des procès intentés à leur encontre.

Le mécanisme actuel assure aux employés des prestations immédiates et généreuses, indépendamment de la responsabilité de la cause du sinistre. En échange, les employés renoncent – sauf circonstances exceptionnelles – au droit de poursuivre en justice leur employeur dont la responsabilité est ainsi

limitée. De nombreux États ont adopté ce grand compromis (« *The Great Trade-Off*») par voie législative dès les années 1910, tous l'ayant fait au plus tard en 1948.

◆ Une couverture très réglementée

Le système est géré par chacun des États (et notamment par les commissaires aux assurances) dont la responsabilité est de prédéterminer les montants des différentes prestations, s'assurer du respect des lois, trancher les litiges, établir des statistiques et parfois fixer ou orienter le niveau des cotisations. Des grilles basées sur le type précis de handicap, découlant de l'accident ou de la maladie, ou sur les pertes potentielles de revenus sont établies pour calculer certaines indemnités.

La protection est théoriquement obligatoire dans tous les États à l'exception du Texas. Elle ne peut exclure aucun risque (y compris les risques terroriste, bactériologique, nucléaire et chimique). Cependant, de nombreux États la rendent

facultative pour certaines catégories d'employeurs, comme les entreprises de moins de trois personnes ou les agriculteurs. Les employeurs n'y souscrivant pas ne sont *a contrario* pas protégés contre les recours juridiques lorsque leur responsabilité est mise en cause. Au final, neuf dixièmes des employés sont assurés. L'employé est protégé contre l'insolvabilité de son employeur, car c'est l'assureur de celui-ci (cf. *infra*) qui est responsable du versement des prestations. Au-delà, des fonds de garantie ont été créés presque partout afin de compenser l'éventuelle défaillance d'un assureur.

La réglementation du système de garantie est assez lourde et sujette à des réformes quasi constantes dans les États. Cependant, le compromis originel entre l'employeur et l'employé ainsi que les types de prestations versées n'évoluent pas.

◆ Les risques pris en charge

De manière plus précise, les

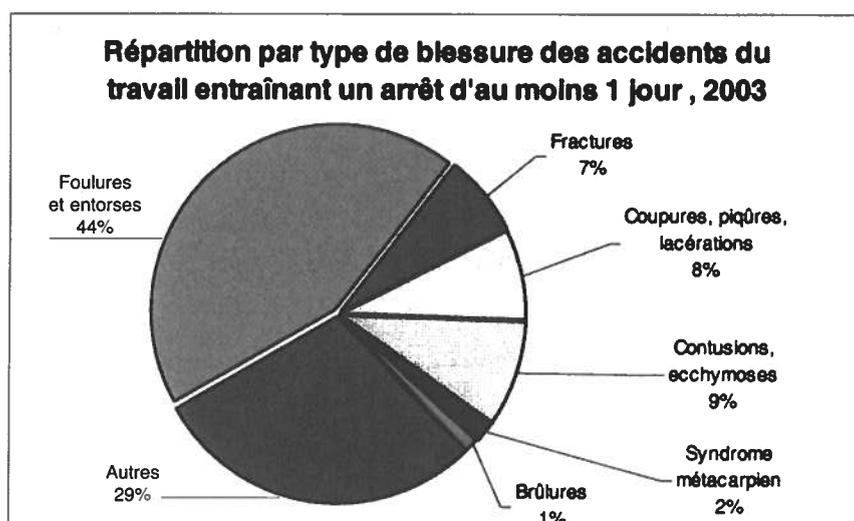
employés peuvent prétendre à des prestations s'ils subissent un dommage corporel causé par un événement particulier relatif à leur emploi (par exemple une chute sur le lieu de travail) ou une exposition répétée à certains facteurs (par exemple la perte de l'ouïe due à un environnement constamment bruyant). Sont couverts également les décès et les maladies dont la cause principale se trouve dans l'exercice de l'emploi. Dans certains États, les accidents de trajet ne sont en revanche pas pris en compte.

Le Département du travail recensait dans le secteur privé aux États-Unis 4,4 millions d'accidents du travail et maladies professionnelles⁽³⁾ en 2003, soit 5 % des salariés travaillant à temps plein (contre 8,9 en 1992). Le nombre de décès dus à des accidents du travail était de 5 043 en 2003, en baisse de 40 % depuis le début des années 1970. Il correspond à un décès pour 21 000 employés contre un pour 27 000 en France (661 décès)⁽⁴⁾.

◆ Les prestations

Les prestations payées par l'ensemble du système représentaient, en 2003, 1,16 % de la masse salariale couverte, soit 55 Mds \$⁽⁵⁾. L'assurance avance et couvre généralement l'intégralité des frais médicaux induits, ce qui est rarement le cas des assurances santé américaines. Dans le cas où l'employé se retrouve dans l'incapacité de travailler normalement, diverses compensations salariales non imposables et de montants variables selon les États peuvent être versées sous la forme de rentes (généralement hebdomadaires) :

- des indemnités pour *invalidité totale temporaire* sont payées à partir de trois à quatorze jours d'absence aux employés dans l'incapacité totale de travailler. Les premiers jours sont indemnisés rétroactivement lorsque l'absence se révèle suffisamment longue. Si l'employé reprend un travail à responsabilité et salaire réduits, il reçoit des indemnités pour *invalidité partielle temporaire*. Dans les deux cas (invalidité totale ou partielle temporaire), les indemnités couvrent en moyenne les deux tiers de la perte de salaire et cessent lorsque l'employé atteint son état d'amélioration médicale maximale (« *Maximum Medical Improvement* »).
- des indemnités pour *invalidité partielle permanente* sont versées aux employés dont le handicap devrait rester à vie. Elles sont calculées au moment où l'état de la personne affectée atteint l'amélioration médicale maximale, dépendent généralement du salaire passé et du niveau de handicap auquel est associé un

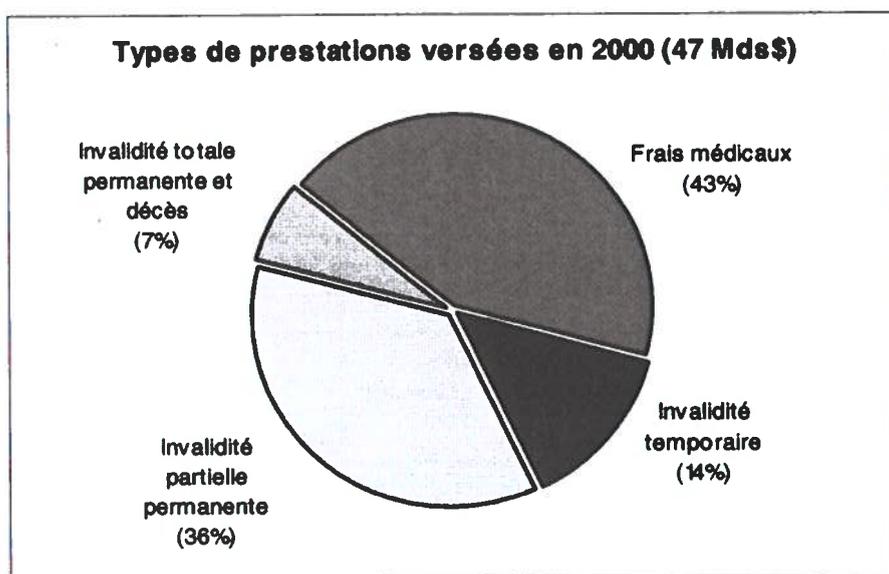


Source : National Academy of Social Insurance

taux d'invalidité en pourcentage (« Disability Rating »). Ce taux est alors prédéterminé par l'État suivant une grille précise ⁽⁶⁾ et ajusté selon divers critères (âge, métier...). Concrètement, l'employé se verra verser des rentes correspondant à environ les deux tiers de son salaire passé pendant un nombre de semaines limité.

- des indemnités pour *invalidité totale permanente* sont versées à vie ou pendant plusieurs années dans le cas d'un handicap empêchant tout travail. En cas de *décès*, les frais de funérailles sont pris en charge et des indemnités viennent en aide aux dépendants de l'employé pendant la période de veuvage du conjoint ou

de scolarisation des enfants. Dans les deux cas (invalidité totale permanente et décès), les indemnités couvrent en moyenne les deux tiers du salaire passé de l'employé et dépendent parfois du nombre de personnes dépendantes (généralement : conjoint, enfants mineurs ou étudiants).



Source : National Academy of Social Insurance

◆ **Détail des principales prestations réglementaires dans trois États**

Les États étudiés sont les trois principaux marchés d'assurance contre les accidents et maladies relatifs au travail. Les chiffres sont à

effet depuis le 1^{er} janvier 2005 et publiés par le département du travail ⁽⁷⁾. Les indemnités sont hebdomadaires.

Californie	Taux de remplacement du salaire	Minimum	Maximum	Durée
Invalidité temporaire	66,67 % (*)	\$ 126	\$ 840 (salaire moyen dans l'État)	à partir du 14 ^e jour 2 ans max.
Invalidité partielle permanente	66,67 %	\$ 126	\$ 840	en fonction du DR (**)
Invalidité totale permanente	66,67 %	\$ 126	\$ 840	à vie
Décès Indemnités versées	conjoint : 50 % dépendants : 16,67 %	\$ 224	\$ 840	période de veuvage max. \$ 160 000 au total
<i>Prise en charge des funérailles</i>			\$ 5 000	

(*) Si l'employé retrouve un emploi à salaire réduit : 66,67 % de la perte de salaire (nouveau salaire - SP⁸).

(**) À guérison maximale, entre 4 et 9 semaines d'indemnités sont versées pour chaque pourcentage de DR⁹.

Floride	Taux de remplacement du salaire	Minimum	Maximum	Durée
Invalidité temporaire	66,67 % (*)	\$ 20	\$ 626 (salaire moyen dans l'Etat) \$ 700 dans certains cas	à partir du 7 ^e jour 2 ans max.
Invalidité partielle permanente	75 %		\$ 525	en fonction du DR (**)
Invalidité totale permanente	66,67 %	\$ 20	\$ 626	durée invalidité
Décès Indemnités versées	conjoint : 50 % dépendants : 16,67 %	\$ 20	\$ 626	période de veuvage max. \$ 150 000 au total
<i>Prise en charge des funérailles</i>			\$ 7 500	

(*) Si l'employé retrouve un emploi à un salaire inférieur à 80 % du SP : 80 % de (80% de SP - nouveau salaire).

(**) A guérison maximale, entre 2 et 6 semaines d'indemnités sont versées pour chaque pourcentage de DR (2 semaines entre 1 et 10 %, 6 semaines au-delà de 21 %).

Texas	Taux de remplacement du salaire	Minimum	Maximum	Durée
Invalidité temporaire	70% ou 75 % si salaire < \$ 8,5/h (*)	\$ 81	\$ 539 (salaire moyen dans l'Etat)	à partir du 7 ^e jour 2 ans max.
Invalidité partielle permanente	70 %	\$ 81	\$ 377	en fonction du DR (**)
Invalidité totale permanente	75 %	\$ 81	\$ 539	401 semaines sauf exceptions
Décès Indemnités versées	ensemble des dépendants : 75 %	\$ 20	\$ 539	période de veuvage
<i>Prise en charge des funérailles</i>			\$ 6 000	

(*) Si l'employé retrouve un emploi à un salaire inférieur à 80 % du SP : 80 % de (80 % de SP - nouveau salaire).

(**) A guérison maximale, environ 3 semaines d'indemnités sont versées pour chaque pourcentage de DR.

◆ Certaines possibilités de recours juridiques

De même qu'ils ne peuvent se retourner contre les travailleurs ayant manqué au respect des règles de sécurité, les employeurs ne peuvent être poursuivis pour des négligences courantes. Mais des recours peuvent être engagés contre eux en cas de faute grave et leur coûter des dommages et intérêts de montant parfois considérable (cf. le cas de l'amiante).

Certains États autorisent des recours si l'accident semble intentionnel, mais la notion d'intention est difficile à établir, voire dépend des jurisprudences. Parfois l'employeur peut être poursuivi en cas de simple négligence sortant du champ d'application de la garantie (Oregon), de négligence « lourde » (Floride), de négligence lourde entraînant le décès de l'employé (Texas), ou de faute intentionnelle (ex. de condamnation au New Jersey d'un employeur ayant volontairement enlevé les consignes de sécurité d'un appareil).

■ Un coût élevé financé par différents acteurs

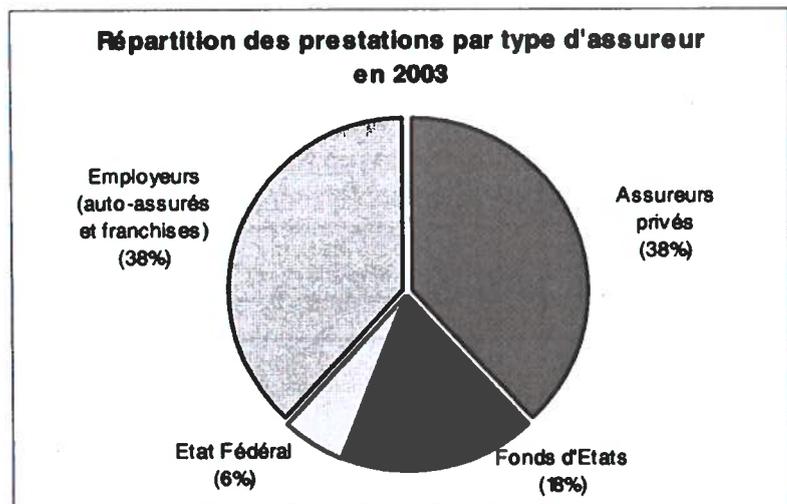
Ce haut niveau de protection s'accompagne d'un coût important pour les employeurs. En 2003, il était de 80,8 Mds \$ (+ 9,6 % par rapport à 2002, + 36,3 % depuis 2000), soit \$ 1,71 pour \$ 100 de salaire couvert (+ 7,5 %). Il varie selon les États en fonction notamment de leur réglementation et des

risques de leurs secteurs d'activité. Ce coût augmente en moyenne depuis 2000 (\$ 1,32 en 2000) notamment à cause de l'explosion des frais médicaux, mais reste en-dessous de son niveau du début des années 1990 (\$ 2,18 en 1990).

Comme indiqué précédemment, 54,9 Mds \$ de prestations ont été versées en 2003, correspondant à \$ 1,16 pour \$ 100 de salaire couvert (\$ 4,42 en Virginie Ouest et \$ 2,11 en Californie mais \$ 0,84 à New York). La différence entre le coût pour les employeurs et les prestations versées peut surprendre. Mais elle provient entre autres des frais administratifs (17,1 % des prestations en 2003⁽¹⁰⁾), des bénéfices des assureurs et de la constitution de provisions pour faire face à l'augmentation des frais médicaux. Les assureurs privés de ce secteur enregistrent des résultats mitigés mais en amélioration : leur ratio combiné⁽¹¹⁾ était de 109 % en 2003 et 105 % en 2004 (contre 100 % et 98 % pour l'ensemble du secteur dommages).

◆ Les acteurs présents

Généralement, les États obligent les employeurs à s'assurer contre ce risque : l'assureur verse les prestations à l'employé, tandis que l'employeur paie des cotisations à l'assureur. Afin de limiter leurs coûts, certains gros employeurs ou groupements d'employeurs qui en ont la capacité financière et l'agrément peuvent assumer leur risque jusqu'à une certaine limite (contrats avec franchise) ou en totalité (auto-assurance). Vingt-six États ont créé des fonds publics qui sont souvent mis en concurrence avec le marché privé⁽¹²⁾. Les employeurs représentant des risques trop élevés et n'arrivant pas à s'assurer sur le marché traditionnel se retrouvent sur le « marché résiduel », généralement assuré par un fonds d'État ou un *pool* d'assureurs. L'État fédéral assure directement quelques catégories spécifiques d'employés comme par exemple les employés fédéraux, certains employés exposés à des radiations, ou les employés portuaires.



Source : National Academy Social Insurance

Les cotisations payées par l'employeur dépendent avant tout de la classification des emplois exercés. Mais elles peuvent aussi varier en fonction de l'historique de sinistralité, de pratiques propres à l'entreprise et parfois des contraintes tarifaires réglementaires.

◆ Chevauchement avec d'autres programmes sociaux

La *Social Security* (pour les handicaps importants) et *Medicare* (pour les personnes âgées de plus de 65 ans) versent également à certains employés des prestations en cas d'invalidité ou d'arrêt maladie. Ces deux programmes interviennent que la cause du sinistre soit liée à l'exercice de l'emploi ou non. Ils viennent s'ajouter aux prestations versées par le système étudié, mais sous certaines conditions. Par exemple, la somme des aides reçues ne doit généralement pas dépasser 80 % des revenus passés de l'employé. Le coût global de l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles est donc un peu plus élevé que celui relatif au système d'assurance étudié.

■ Un système permettant des incitations efficaces sur le marché du travail

◆ Sécurité sur les lieux de travail

Dans la moitié des États, un système obligatoire d'« *experience rating* » module les cotisations des

La prévention des accidents du travail et maladies professionnelles aux États-Unis

Une politique active de prévention a été mise en place à l'échelon fédéral par la loi de 1970 sur la sécurité et la santé au travail (*Occupational Safety and Health Act*). Le département du travail définit notamment les responsabilités de l'employeur en matière de prévention des risques prévisibles sur le lieu de travail et contrôle l'application effective de la législation. Des sanctions pouvant aller jusqu'à une amende de \$ 500 000 assortie d'une année de prison peuvent être infligées.

employeurs en fonction de leur sinistralité passée. La formule utilisée compare la sinistralité effective à la sinistralité attendue (c'est-à-dire celle correspondant à l'activité de l'entreprise) et relativise le poids des sinistres très importants (cas souvent atypiques ou exceptionnels). Elle introduit par ailleurs de l'équité entre employeurs en faisant effectivement payer davantage de cotisations à ceux causant le plus de sinistres.

Les assureurs qui versent les prestations sont autorisés à inspecter les lieux de travail des employeurs assurés et à émettre des recommandations. De plus, les cotisations demandées à l'employeur peuvent varier en fonction des pratiques propres à l'entreprise – par exemple en matière d'heures supplémentaires ou de conditions de travail – susceptibles d'influer sur les risques couverts.

L'employeur américain est aussi très dépendant de la bonne ou mauvaise image qu'il peut véhiculer au travers d'une sécurité accrue au travail ou à l'occasion de recours juridiques à son encontre.

La politique relative à la sécurité au travail dépasse donc largement le cadre de la seule garantie étudiée. L'interdiction faite généralement à l'employé de poursuivre son employeur en justice pour négligence peut sembler dangereuse *a priori*, mais il est inopportun de conclure quant à son effet direct sur les conditions de travail, du fait des autres mécanismes décrits ci-dessus.

Enfin, les entreprises auto-assurées ou s'assurant à partir de franchises élevées (rarement atteintes) ont évidemment intérêt à investir dans la sécurité de leurs employés afin de limiter le montant des prestations qu'elles auront à verser, celles-ci étant des pertes directes.

◆ Accélération du retour à l'emploi

Une reprise rapide d'activité par l'employé affecté est souhaitable tant du point de vue de l'assureur (versant les indemnités) que de l'employeur (dont l'effectif est réduit), et de l'employé (perte d'environ un tiers de sa rémunération). À cet effet, l'accent est mis sur l'efficacité des soins médicaux prodigués. La prise en charge immédiate de la totalité des frais médicaux induits et des procédures administratives simplifiées permet aux

employés d'être soignés correctement et rapidement. De nombreux employeurs ou assureurs sont autorisés à dresser des listes de médecins et d'hôpitaux spécialisés dans le traitement des accidents du travail que l'employé devra aller voir prioritairement.

Les employeurs sont aussi encouragés à améliorer leur communication vis-à-vis des employés au sujet des accidents du travail et des maladies professionnelles : les sujets concernés doivent connaître à l'avance leurs droits et savoir que l'employeur fera des efforts afin de faciliter leur réintégration au travail.

◆ Reprise d'un travail partiel

Les employés reprenant un travail à salaire réduit, avant leur guérison complète, perçoivent des indemnités non imposables pour *invalidité partielle temporaire* couvrant une partie de leur perte de salaire. Ainsi, l'employé acceptant une reprise partielle de travail est assuré de revenus supérieurs à ceux qu'il aurait sans travailler.

◆ Requalification

Dans certains États, les employés inaptes à reprendre leur emploi passé se voient accorder par leur assureur des coupons spéciaux destinés à financer une formation supplémentaire ou la reconversion dans un nouveau métier. Le lien entre les dépenses et la requalification est contrôlé. En Californie, le montant de ces coupons peut atteindre \$ 4 000 pour les handicaps légers et jusqu'à \$ 10 000 pour les handicaps importants.

■ Des problèmes irrésolus se répercutant sur les coûts

◆ L'explosion des coûts médicaux

Sous l'effet des progrès technologiques, de l'amélioration de la sécurité au travail et des réformes restreignant le champ des accidents du travail, la fréquence des sinistres a fortement baissé ces dernières années (- 42 % entre 1990 et 2003). Cependant, le coût de la garantie est en hausse en raison de l'explosion des frais médicaux.

De 1996 à 2003, l'indice américain des prix médicaux a augmenté en moyenne de 4 % par an. Celui relatif aux coûts médicaux couverts par l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles a crû beaucoup plus vite, de 9 % par an en moyenne. Cette hausse spectaculaire serait en partie due à l'utilisation de médicaments et de services hospitaliers plus récents et plus onéreux que dans le système de soins classique. Aujourd'hui, le coût d'une ordonnance couverte par ce système est en moyenne 75 % plus élevé que celui des autres ordonnances.

◆ De nombreux problèmes juridiques

Les avantages procurés par la qualification « relative au travail » de certains accidents et maladies donnent lieu à des litiges juridiques. Certaines maladies causées par

l'environnement au travail (poussière, bruit, stress...) sont couvertes mais ce lien de causalité est parfois difficile à établir. D'autres contentieux peuvent se créer autour de la responsabilité de l'employeur.

Des avocats sont impliqués dans le traitement de 5 à 10 % des sinistres (mais jusqu'à un tiers des sinistres les plus lourds). Ils sont généralement invoqués lorsque l'employé s'estime lésé dans les prestations qui lui sont versées. La présence d'un avocat augmente en moyenne le coût du sinistre de 12 à 15 %, essentiellement à cause des frais facturés et non grâce à une revalorisation des prestations.

◆ La couverture du risque terroriste

L'inclusion de la couverture du risque terroriste est obligatoire dans les contrats accidents du travail et maladies professionnelles. Il s'agit d'un risque considéré comme important par les assureurs. Les attentats du 11 septembre 2001, relativement à cette clause, ont causé 1,8 Md \$ de pertes très peu diversifiées géographiquement, et certains observateurs estiment qu'une attaque de New York au moyen d'anthrax pourrait en causer plus de 90 Mds \$⁽¹³⁾.

Les assureurs américains considèrent le risque terroriste inassurable. Or, le programme de réassurance fédérale contre le terrorisme (« *Terrorism Risk Insurance Act* », TRIA), mis en place en 2002 et prolongé en 2005, expire fin 2007

et réduit progressivement l'implication de l'État fédéral. Un désengagement total pourrait avoir des conséquences très lourdes pour le secteur étudié : de nombreux assureurs seraient contraints d'augmenter leurs prix, de se diversifier géographiquement ou de se retirer de certains marchés.

◆ Les réformes n'apportent que des solutions limitées

Les débats autour de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles sont intenses. Les niveaux des prestations sont hétérogènes, les indemnités étant jugées inadéquates dans certains États et trop généreuses dans d'autres. Les employeurs dénoncent généralement le coût excessif de la garantie se répercutant sur leur compétitivité, tandis que les employés se plaignent de certaines restrictions. Aussi de nombreux États tentent en permanence de réformer leur système.

La plupart des législations nouvelles visent à limiter les indemnités versées et les frais juridiques, optimiser le parcours de soins, redéfinir les accidents liés au travail (transport domicile-emploi...), combattre la fraude, ou pénaliser le non-respect des consignes de sécurité par les employés. Ainsi, la Californie, longtemps victime de coûts parmi les plus élevés du pays, a récemment réussi à baisser le niveau de ses cotisations d'un tiers en 18 mois. Face à la pression des employeurs, de nouvelles lois ont été adoptées notamment pour lutter contre la

fraude, diriger les employés vers des groupements de médecins spécialisés, durcir les conditions d'éligibilité aux indemnités permanentes et limiter à deux ans la durée des indemnités temporaires.

Cependant, les baisses de coûts enregistrées se font souvent au détriment des employés en abaissant le niveau des prestations. L'intérêt des solutions apportées est dans ces cas limité. D'autres pistes de réforme ont même échoué. La Californie a libéralisé en 1995 la tarification des cotisations d'assurance de la garantie étudiée. L'État a ainsi accru la concurrence sur le marché, ce qui a réduit les tarifs de plus de 10 % mais dégradé la situation des assureurs. En 1999, leur ratio combiné a enregistré un ratio combiné record de 182 %⁽¹⁴⁾ : en 2000 le premier assureur contre les accidents du travail et maladies professionnelles de l'État a fait faillite et le deuxième a été placé sous surveillance. Depuis, les coûts de la garantie en Californie ont explosé.

Le système étudié reflète des choix de société cohérents. L'indemnisation adéquate des employés victimes d'accidents ou de maladies relatifs au travail passe par un coût élevé (81 Mds \$ soit 0,7 % du PIB) mais qui est accepté par les employeurs en échange de la réduction de leurs risques juridiques. Au Texas, la couverture est optionnelle et parmi les plus chères (3 \$ de cotisation pour \$ 100 de salaire couvert) mais souscrite par les deux tiers des employeurs (correspondant à cinq sixièmes des employés). Ceux-ci

acceptent donc majoritairement là aussi un compromis dont les bases ont près d'un siècle.

La réglementation, très variable selon les États, et le large éventail de réformes plus ou moins réussies offrent des exemples instructifs d'une garantie globalement convaincante : ses modalités d'application sont souvent discutées mais sa pertinence dans le système américain n'a jamais été remise en cause jusque-là. L'augmentation très rapide depuis 8 ans des frais de santé met toutefois le système en difficulté et rendra sans doute rapidement nécessaires des révisions au détriment des personnes protégées.

Notes

1. *Tous mes remerciements vont à Bernard Salzmann et Jacques Mistral pour leurs conseils.*
2. *Source : International Association of Industrial Accident Boards and Commissions, 1999.*
3. *Ces chiffres ne prennent pas en compte les accidents de trajet.*
4. *Source : Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.*
5. *National Academy of Social Insurance : « Workers' Compensation : benefits, coverage, and Costs, 2003 ».*
6. *American Medical Association : « Guides to the evaluation of permanent impairment ».*
7. <http://www.dol.gov/esa/regsl/statutes/owcl/stwclaw/stwclaw.htm>

8. *SP* : Salaire précédent le sinistre.

9. *DR* : Disability Rating (taux d'invalidité en %). En Californie, la perte de vision à un œil correspond par exemple à un *DR* de 22 % (avant les ajustements selon l'âge, le métier...).

10. Ratio calculé par la NAIC prenant en compte les frais d'ajustement des sinistres, taxes, honoraires et acquisitions de licences des assureurs privés.

11. La somme que dépense un assureur tant en sinistres qu'en frais généraux pour un dollar de cotisation.

12. Dans cinq États le fonds d'État est l'assureur exclusif.

13. Source : Insurance Information Institute

14. Source : Workers' Compensation Insurance Rating Bureau of California.

L'assurance est-elle historiquement à fonds perdus ? (XIX^e – XX^e siècles) ⁽¹⁾ ?

Pierre Martin

Agrégé d'Histoire, docteur en Histoire

Dans l'inconscient collectif des Français, les assureurs traînent sans doute une réputation plus mauvaise que celle des banquiers. Du point de vue des assureurs, comme des banquiers, un client est un « risque ». Du point de vue du client, il faut payer pour *avoir* (banque) ou *ravoir* (assurance) son argent. On songe à la formule hâtive du ministre du budget, Michel Charasse, brocardant les banques à propos des chèques payants : « *Ils veulent nous piquer notre argent !* ». Trait qui confortait l'opinion commune et faisait du bien au tympan du Français moyen. L'assurance serait pire encore. On paye une cotisation pour se protéger d'un sinistre possible, pour une garantie en laquelle on doute, pour un capital ou une rente hypothétique...

■ À la recherche de l'argent perdu... : une assurance à fonds perdus

L'assurance peut être explicitement à fonds perdus. La surtarification des premiers assureurs au XIX^e siècle

s'explique par la méconnaissance du risque qui aboutissait à des forfaits surestimés au départ en incendie, à l'arrivée en vie, car les tables de mortalité n'intégrèrent pas les progrès démographiques du siècle ⁽²⁾. La surassurance, souvent involontaire, amène l'assuré à souscrire deux fois une même garantie : cas des assurances scolaires couvertes par un contrat multirisques habitation. La franchise, enfin, entend proscrire l'aléa moral et impose un fonds perdu à l'assuré. Du point de vue de l'assuré, l'exception serait la règle : « l'assurance, c'est du *vol* ! » Son argent serait visiblement perdu et les garanties ne seraient pas efficaces : « vol » ne signifie pas « perte », « vol » (simple) ne signifie pas « vol avec agression » dans le cas d'assurance vol de mobile par exemple... Le cas de la souscription *après un sinistre*... qui ne se reproduit plus est commun. Reste l'argent volatil ou confisqué. Le souscripteur peut pratiquer la sous assurance volontaire et s'exposer à la règle proportionnelle de l'assureur – car il n'a pas payé le prix du risque – ou la sous assurance involontaire en contexte

de monnaie fondante. Le fameux coefficient d'usure impose enfin une dépréciation qui empêche le rachat d'un bien comparable. Du point de vue de l'assureur, « l'assurance, ce n'est pas du *dol* ! » Le *dol* désigne en effet une attitude frauduleuse et toute l'Histoire de l'assurance montre les perfectionnements destinés à éviter de telles escroqueries. C'est pourquoi il y a malentendu lorsqu'un sinistre survient juste *après une souscription* : l'assureur peut soupçonner la malversation comme il peut rembourser rapidement pour afficher la pertinence de sa garantie. Certaines dispositions commerciales de remboursement valeur à neuf poussent d'ailleurs au *dol* : un assuré peut ainsi aujourd'hui être remboursé du prix catalogue d'une voiture achetée avec remise. L'assureur peut aussi perdre de l'argent sur des marchés calamiteux. On songe au marché de l'assurance climatique ⁽³⁾ – voir l'assurance grêle, les tempêtes de décembre 1999 –, à celui de la réassurance ces derniers temps qui a dû par exemple absorber le(s) sinistre(s) du 11 septembre 2001.

■ *L'argent retrouvé* : Une assurance qui a bon fonds ?

Raisonnons *ab absurdo* : fondamentalement, l'assurance n'aurait pu fonctionner depuis deux siècles si elle avait dépouillé des cohortes de clients. Rappelons aussi que l'assurance obligatoire est une notion récente. Ravoir *de* l'argent ne signifie pourtant pas ravoir *son* argent... L'assureur rembourse une valeur vénale qui ne correspond jamais à une valeur sentimentale que l'assuré attache à des meubles ou des bijoux de famille. Ravoir *de* l'argent ne signifie pas se retrouver dans la situation antérieure au sinistre. On ne peut souhaiter la mort ou le handicap et le mécanisme assurantiel montre alors ses limites, celles d'un simple dédommagement : une pension d'invalidité ne compense jamais l'invalidité. Ravoir *son* argent n'est pas forcément la nécessité première de l'assuré. On le voit bien avec le glissement récent de l'assurance à l'assistance. Une publicité de la MAIF campe un bébé attablé devant le chèque de l'assureur : l'assuré indisponible impose une aide humaine, une assistance. De même, l'assuré souhaite plus une garantie mobilité en cas de sinistre automobile qu'un dédommagement « sec ». Argent *protégé* aussi. Le succès exponentiel de l'assurance incendie au XIX^{ème} siècle est le reflet d'un marché maîtrisé qui satisfait les parties. Il acclimite et crédibilise d'autant mieux l'assurance que son prix baisse à des niveaux faibles et que

l'assureur rembourse 95 à 100 % de la valeur du bien (im)mobilier. L'Histoire des marchés est aussi celle de garanties de plus en plus complètes, complémentaires d'abord – vol, eaux, responsabilité civile... –, au sein d'une offre groupée IARD (incendie, accidents, risques divers) ou MRH (multirisques habitation) à partir des années 1950.

L'assurance en cas de guerre est source d'une incompréhension... compréhensible de l'assuré qui se voit opposer un refus de garantie. L'assureur pourrait rembourser de tels sinistres, mais au prix d'une cotisation de risque de guerre ⁽⁴⁾... C'est pourquoi de tels cas sont explicitement exclus des contrats ou couverts par des fonds *via* une surcotisation largement assise : « terrorisme » dès 1943 pour couvrir les destructions de la Résistance, Garéat (Gestion de l'assurance et de la réassurance des risques attentats et actes de terrorisme) pour les attentats aujourd'hui. Plus délicat, les émeutes urbaines de fin 2005 qui ont amené à l'incendie de certaines de véhicules. Les assureurs ont remboursé mais se sont pourvus contre l'État qui n'avait pas garanti la paix civile attendue... et augmenté leurs tarifs dans les zones urbaines sensibles. Argent *menacé* enfin. L'inflation menace l'assuré de ne jamais revoir son argent. Que l'on songe aux contrats d'assurance vie en rente dans les années 1940-1950 : la désillusion des assurés à la sortie contribue sans doute à expliquer le peu d'attrait du Perp aujourd'hui. Argent menacé pour les assureurs

aussi dont le cycle inverse de production campe un processus infernal où le temps joue contre lui en situation d'inflation : la cotisation encaissée par avance se dévalue quand le coût du remboursement se renchérit ⁽⁵⁾. La fiscalité vient enfin régulièrement perturber les calculs. Le premier impôt date de 1850 : il s'agit d'un timbre sur les contrats.

Aujourd'hui, l'assurance vie, bas de laine préféré des Français qui y placent environ 60 % de leur épargne, suscite de nouvelles convoitises fiscales, après avoir supporté CSG, CRDS et suppression d'avantages fiscaux. L'assureur réalise ici une opération blanche au plan comptable, même si la collecte qu'il effectue pour l'État lui impose un surcoût. L'État est cependant le garant permanent de la solvabilité des sociétés d'assurances afin de protéger et le marché et l'assuré de faillites. De l'autorisation préalable d'exercer délivrée au compte-gouttes par le Conseil d'État (1815-1867) à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (Acam), il y a une continuité remarquable dans l'action régulatrice de l'État : assureur et assuré ne doivent pas perdre leur argent. De même, pour éviter la destruction de valeur, l'État se fait assureur de l'innassurable : Garéat on l'a vu, fonds de garantie automobile pour les sinistrés sans recours contre des tiers non assurés, CatNat jusqu'à aujourd'hui, même si l'État envisage désormais de se défusser sur le marché et de libéraliser le taux de la cotisation additionnelle CatNat fixé jusqu'ici à 12 %.

■ L'argent au cœur d'une relation asymétrique ambiguë assureur/assuré

Assureur et assuré ont donc des intérêts souvent divergents. L'assureur veut récupérer *son* argent. À cet effet, il « charge » la cotisation « pure » d'une marge, recommandation prudentielle énoncée par Condorcet dès 1784 ⁽⁶⁾. L'Histoire de cette marge renvoie à l'Histoire de l'innovation : en la réduisant, les mutuelles de propriétaires du XIXe siècle, ancêtres d'Axa, d'Azur, des Mutuelles du Mans ou les mutuelles « sans intermédiaires » type MAIF/GMF nées en 1934 promettent aux assurés une assurance au juste coût, bref qu'ils retrouveront leur argent. L'assureur souffre néanmoins d'une asymétrie d'information jusqu'aux années 1950... quand l'assuré souffre lui d'une asymétrie juridique jusqu'à la loi de 1930 sur le contrat d'assurance. L'assuré en sait davantage sur son risque que l'assureur, qui peut en revanche aisément sélectionner et tarifier ses risques : rappelons que, en France, le « tarif rouge » de l'assemblée plénière incendie coordonne la tarification – il s'agit d'une entente – de 1820 aux années 1990 ! L'assuré cherche lui aussi à *ravoir son argent*. L'assurance doit suivre l'argent, l'augmentation du patrimoine et des risques possibles de l'assuré : l'assurance automobile a successivement couvert l'incendie, l'accident,

le vol, le conducteur et ses passagers. Pour autant, le consommateur contemporain est frappé d'une dynamique contradictoire. D'un côté, l'assurance doit être universelle : profil « riscophobe » de l'assuré qui souhaite ravoir son argent partout et en toutes circonstances. D'un autre côté, l'assurance doit être la moins chère possible : profil d'un assuré riscophile par économie ou par calcul. Se sachant « bon » risque, il opte pour la garantie la moins étendue et la moins coûteuse. Tous comptes faits, l'information, c'est de l'argent. Elle permet d'affiner la tarification et d'atteindre le « coût juste » au plan actuariel – et non un « juste coût » au sens où l'entend le client. Depuis la fin des « Trente Glorieuses » (1945-1975), concurrence, extension et diversification des marchés de l'assurance vont replacer l'argent au cœur des enjeux patrimoniaux. On est ainsi passés d'un marché non vie à un marché vie hégémonique. Ravoir son argent fait désormais partie de préoccupations partagées par l'assureur et l'assuré.

Les assureurs ne sont sans doute ni des démons ni des anges. De même, une frange d'assurés est tentée par un comportement de court terme qui consiste à « récupérer » sa cotisation à la moindre occasion de sinistre, quand la majorité doute parfois de la réalité de la garantie souscrite. Peut-on pour autant imaginer un monde sans assurance ? Depuis la loi de 1898 sur les accidents du travail en France, François

Ewald estime ⁽⁷⁾ que nous sommes entrés, bon gré mal gré, dans une « société assurantielle » qui, pour reprendre le mot de Churchill à propos de la démocratie, reste « le pire système... à l'exclusion de tous les autres », si du moins on veut espérer *revoir la couleur de son argent*...

Notes

1. Cet article reprend l'essentiel d'une conférence donnée aux Rendez-vous de l'Histoire à Blois en octobre 2006 dont le thème était : « L'argent : en avoir ou pas ».
2. Pierre Martin, « Prolégomènes à l'Histoire des actuaires et de l'actuariat », Risques n° 67, septembre 2006.
3. Pierre Martin, « Archaisme, modernité et Histoire de l'assurance climat », Risques n° 62, avril 2005.
4. Pierre Martin, « Assurance et guerre en France (1870-1945) », Risques n° 59, juillet 2004.
5. Pierre Martin, « L'Histoire des rapports entre assurance et inflation », Risques n° 61, janvier 2005.
6. Pierre-Charles Pradier, *La notion de risque en économie, La Découverte, Repères, 2006, p. 22.*
7. François Ewald, *L'État providence, Grasset, 1986.*

L'assurance automobile des particuliers aux États-Unis

Claire Morel

Elève à l'Ecole Normale Supérieure de Cachan

L'assurance automobile aux États-Unis est également la ligne la plus importante de l'assurance dommages : 183,4 Mds\$ en 2004 soit 46,7 % du secteur. L'assurance automobile des particuliers en représente l'essentiel avec 85,4 % des cotisations et 176 millions de véhicules assurés. La taille du marché est le reflet du taux de motorisation le plus élevé au monde (huit voitures pour dix habitants). À l'heure où l'Europe peine à harmoniser le secteur de l'assurance automobile, cet article propose d'analyser les spécificités de la régulation américaine du secteur et ses conséquences. Quels sont les effets d'une régulation maintenue au niveau des États, largement politisée, et encadrant étroitement les tarifs ? Quelles sont les répercussions d'un système de règlement des sinistres essentiellement basé sur la voie judiciaire ? De quelle manière les assureurs sont-ils affectés par les politiques antidiscrimination ?

■ Un dispositif complexe et peu protecteur

Les assureurs proposent souvent aux conducteurs le choix entre trois produits-types comprenant quatre garanties se distinguant selon les montants couverts.

Garantie	Collision avec une voiture dont le conducteur est assuré			Collision avec une voiture dont le conducteur n'est pas assuré
	<i>Property Damage Liability</i>	<i>Bodily Injury Liability (par victime-par accident)</i>	<i>Medical Payments ⁽¹⁾</i>	<i>Uninsured Motorist Bodily Injury Liability (par victime/par accident)</i>
Nature des dommages couverts	Dommages matériels causés aux tiers	Dommages corporels causés aux tiers	Dommages corporels causés au conducteur ou à ses passagers	Dommages causés par un conducteur non assuré, non suffisamment assuré ou en délit de fuite pour indemniser intégralement les victimes
Couverture « basique »	\$ 5 000	\$ 15 000/\$ 30 000	Aucune	\$ 15 000/\$ 30 000
Couverture « standard »	\$ 25 000	\$ 50 000/\$ 100 000	\$ 1 000	\$ 50 000/\$ 100 000
Couverture « améliorée »	\$ 50 000	\$ 100 000/\$ 300 000	\$ 5 000	\$ 100 000/\$ 300 000

Source : NAIC, GEICO, Allstate, State Farm, A.M Best

Dans la plupart des États, l'indemnisation des victimes se décide au tribunal. Celui-ci ordonne la somme que le conducteur jugé responsable doit verser aux blessés et/ou aux propriétaires des voitures endommagées. Pour pouvoir faire face financièrement à l'éventualité d'un tel procès, les associations de consommateurs, les juristes et les conseillers financiers recommandent une garantie *Bodily Injury Liability* couvrant au moins \$ 100 000 par victime et \$ 300 000 par accident ⁽²⁾. Le conducteur en faute, en cas de blessure, est couvert par son propre assureur au titre de la garantie *Medical Payments*. Celle-ci est faible car les frais médicaux induits par l'accident sont également pris en charge par les assureurs santé.

Toutefois, 14,5 % de la population ne possédait pas une assurance-santé en 2005 ⁽³⁾. La couverture d'assurance automobile de base est donc très peu protectrice.

Les conducteurs, après avoir sélectionné l'un des produits-types, peuvent acquérir en option les garanties *Collision* et *Comprehensive*. Celles-ci sont souvent imposées aux bénéficiaires d'un prêt automobile. Elles couvrent les dommages matériels causés à la voiture de l'assuré, la première en cas de collision et la seconde sans collision, par exemple par explosion, inondation, incendie ou vol. Elles sont vendues respectivement avec des franchises de \$ 250 à \$ 1 000 et de \$ 100 à \$ 300.

Les ménages assurés dépensent en moyenne \$ 867 ⁽⁴⁾ par an par voiture en assurance automobile (2,2 % de leur budget). Une couverture « améliorée » avec les options *Collision* et *Comprehensive* revient en moyenne à \$ 1 200 ⁽⁵⁾. Mais ces montants varient sensiblement en fonction de la densité urbaine car le risque de collision et de vol augmente dans les villes. En conséquence, la cotisation moyenne d'assurance automobile est très hétérogène sur l'ensemble du territoire (\$ 536 en Dakota du Nord, \$ 1 118 au New Jersey) et explose dans certaines grandes agglomérations. Le prix d'une couverture de référence ⁽⁶⁾ peut alors s'approcher de celui d'une voiture bon marché.

Classement des villes les plus chères pour l'assurance automobile, 2006

	Villes	Cotisation annuelle moyenne d'assurance auto (en \$)
1	Detroit, MI	5 894
2	Philadelphia, PA	4 440
3	Newark, NJ	3 977
4	New York City, NY	3 430
5	Los Angeles, CA	3 303

Source : Runzheimer International, *Detroit Versus Roanoke : a Study In Contrast Of Vehicle Insurance Rate*

■ L'intervention publique se concentre pourtant davantage sur les tarifs que sur l'obligation d'assurance.

Le secteur de l'assurance automobile est régulé par les États fédérés ⁽⁷⁾.

Ceux-ci fixent le cadre juridique et législatif et interviennent souvent dans le fonctionnement du marché. Dans la plupart des États, les conducteurs doivent détenir un certificat de responsabilité financière, preuve qu'ils ont les moyens de couvrir un montant minimal de dégâts matériels et corporels causés à autrui. L'attestation d'assurance est

la forme la plus commune mais non unique du respect de cette loi.

Dans chaque État, les *Automobile Financial Responsibility Laws* dictent les montants de couverture requis. Les automobilistes doivent pouvoir verser aux tiers un minimum allant de \$ 12 500 à \$ 50 000 par personne en dommages corporels et de \$ 5 000 à \$ 25 000 en dommages

matériels⁽⁸⁾. Selon *l'Insurance Information Institute*, ces plafonds imposés par les États sont souvent insuffisants pour couvrir les coûts d'un accident.

Malgré cette obligation, la proportion de non-assurés est estimée à 14,6 %⁽⁹⁾ au niveau national en 2004 et atteint 26 % dans le Mississippi. Les non-assurés sont des personnes qui ne peuvent pas se permettre de s'offrir une assurance et/ou qui jugent qu'il n'est pas rentable de s'assurer. Plusieurs facteurs expliquent les différences observées entre les États, notamment la fréquence des contrôles, la sévérité des pénalités et le niveau très élevé des cotisations dans certaines grandes villes. Lorsque la proportion de non-assurés est élevée, la garantie contre les non-assurés devient chère et le niveau moyen des cotisations s'élève pour les assurés, accentuant l'éviction de l'assurance par les prix. Compte tenu du nombre de non-assurés, la moitié des États rend l'*Uninsured Motorist Coverage* obligatoire.

Les tarifs de l'assurance automo-

bile sont encore fortement contrôlés par les Départements des assurances. Cette régulation doit permettre de garantir la solvabilité des assureurs tout en limitant leurs profits. Depuis vingt ans, les commissaires aux assurances se sont donné deux objectifs supplémentaires : abolir les discriminations (ethnique, sexuelle...) dans l'accès à l'assurance (« *Availability* ») et permettre financièrement au plus grand nombre d'acquérir une assurance (« *Affordability* »). Chaque État a son propre système de régulation des prix mais on peut distinguer deux groupes : ceux (plus de la moitié) qui fonctionnent avec un système d'autorisation préalable (« *Prior Approval* ») et ceux qui utilisent un mode de tarification plus libre (« *competitive rating* »). Seul un État (Illinois) laisse les prix se former librement. Les autres ont tous leurs propres mécanismes plus ou moins contraignants de régulation des prix. L'État le plus strict, le Massachusetts, fixe les prix de façon rigide.

Il arrive que des automobilistes ne parviennent pas à s'assurer sur le

marché traditionnel. Les assureurs estiment qu'ils représentent des risques trop élevés et ne souhaitent pas les assurer quel que soit le prix. Afin que les automobilistes puissent satisfaire aux *Financial Responsibility Laws*, les États créent des marchés d'assurance complémentaires, dits « *shared/residual markets* » par opposition aux « *voluntary/regular markets* » sur lesquels tout conducteur peut obtenir une proposition d'assurance. Au niveau national, seules 1,5 % des voitures étaient assurées sur le « *shared market* » en 2004, soit 2,7 millions de voitures. Cette proportion s'est progressivement réduite depuis 30 ans mais varie nettement d'un État à l'autre (15 % des voitures en Caroline du Nord). Dix États représentent la quasi-totalité du « *shared market* ».

■ Pas d'incitation à une réforme globale

Conjoncturellement satisfaisante, la situation des assureurs ne pousse pas à une réforme globale.

Les quatre principaux assureurs automobiles aux particuliers (1998 et 2004)

Rang	Société/Groupe	Cotisations nettes émises en 2004 (en Mds \$)	Parts de marché 2004 (en %)	Parts de marché 1998 (en %)
1	State Farm Mutual Group	29 282	18,2	19,7
2	Allstate Insurance Group	16 655	10,4	12,4
3	Progressive Casualty Group	11 645	7,3	4,2
4	National Indemnity Corporation (Berkshire Hathaway)/ GEICO	8 965	5,6	3,5

Source : *A.M Best Statement Products*

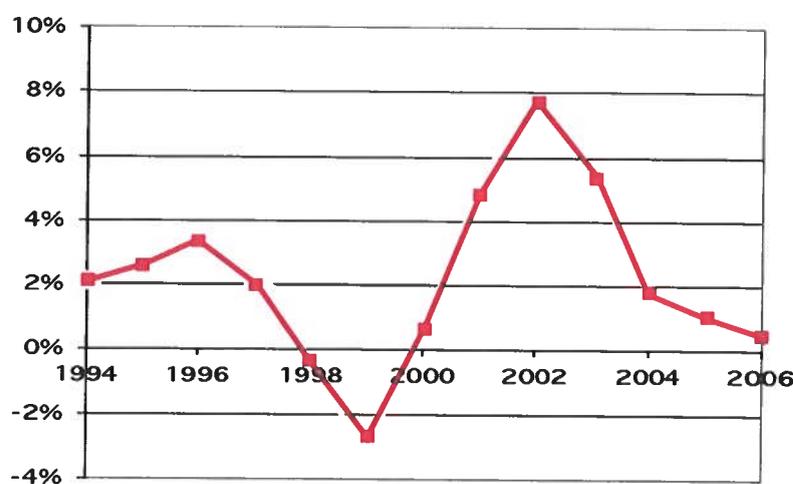
Les quatre plus grandes sociétés détiennent 41,7 % du marché, dont 18,2 % pour le leader *State Farm*. Le marché est relativement stable. Le classement des principaux assureurs a peu évolué en six ans. Toutefois, *Progressive* (+ 112 %) et *GEICO* (+ 93 %) enregistrent des progressions notables par rapport à 1998 ⁽¹⁰⁾. Leur croissance repose sur des stratégies différentes : *Progressive* a misé sur une fine segmentation ⁽¹¹⁾ du marché et une distribution par des agents indépendants, tandis que *GEICO* a allié vente directe et investissements colossaux en publicité (297 Mds \$ entre janvier et septembre 2005) ⁽¹²⁾. Les fusions/acquisitions sont peu nombreuses parmi les leaders du secteur. La distribution se fait le plus souvent par l'intermédiaire d'agents captifs, qui vendent les produits d'assurance d'une seule entreprise (66 % des ventes en 2003), mais certains assureurs s'en démarquent afin de toucher d'autres publics. Les employeurs fournissent de plus en plus à leurs employés une assurance automobile en même temps que des couvertures santé ou retraite en échange d'une réduction de salaire. La bancassurance est par contre peu développée ⁽¹³⁾. Internet n'a pas eu le succès prévu (seulement 5 % des ventes) mais est devenu un important outil d'information pour les consommateurs : un tiers des conducteurs iraient sur la toile pour comparer les prix ⁽¹⁴⁾.

Après cinq années de croissance, les cotisations stagnent. De 2000 à 2003, les cotisations ont connu une forte augmentation (+ 19 %). Depuis, la croissance des prix a

ralenti et devrait être presque nulle en 2006 (+ 0,5 %) ⁽¹⁵⁾, malgré les dégâts importants enregistrés lors de la saison cyclonique de 2005. Cette évolution est à l'image de l'ensemble du secteur dommages qui entre dans une période de « *Soft Market* » se caractérisant par une relative stabilité des cotisations ⁽¹⁶⁾. Les cotisations nettes émises représentaient 156,4 Mds\$ en 2004.

matériels diminué (- 5,7 % entre 1995 et 2004) mais le montant moyen par sinistre augmente (+ 3,1 % par an pour la réparation et l'entretien des véhicules). La proportion de vols (5,7 % en 2002) est en légère baisse mais reste importante en Californie et dans les grandes villes, tandis que la valeur des pièces et des véhicules volés augmente. L'année 2005 a été marquée par un nombre

Variation des primes nettes émises



Source : *Insurance Information Institute*, projections pour 2005-2006

Le montant total des sinistres était de 89,1 Mds\$ en 2002, dont 50,9 Mds\$ pour les dommages matériels et 38,2 Mds\$ pour les dommages corporels. La fréquence des sinistres corporels a baissé de 18 % de 1995 à 2004 grâce à l'amélioration des équipements de sécurité des véhicules et à des législations plus strictes pour les jeunes conducteurs ⁽¹⁷⁾. En revanche, le montant moyen par sinistre progresse en raison de la hausse des prix des soins médicaux (+ 4,2 % par an sur la période 1999-2003) ⁽¹⁸⁾. De même, la fréquence des sinistres

particulièrement élevé de voitures endommagées à cause de catastrophes naturelles ; 682 000 voitures ont été abîmées par le passage des cinq principaux ouragans, dont la moitié par Katrina, coûtant 3,2 Mds\$ aux assureurs ⁽¹⁹⁾.

Pour les deux types de dommages, la fraude reste un problème majeur dans certains États (Maryland, New York, Floride, Massachusetts) et coûterait 20 Mds\$ par an aux assureurs. Pour lutter contre ce phénomène lucratif, des *Insurance Fraud Bureau* ont été mis en place dans chaque État depuis les années 1990. Ils auraient permis de démanteler de nombreux réseaux organisés ces dernières années.

Le système de règlement des sinistres par la voie judiciaire coûte cher aux assureurs. Le montant moyen des indemnités accordées par procès continue à croître (\$ 261 000 en 2003), exerçant une pression à la hausse sur les cotisations. La rémunération des avocats représente une part importante des frais des assureurs (10 % des cotisations) et les coûts des services juridiques augmentent (+ 5,2 % par an).

■ Vers une timide remise en cause de la réglementation des prix ?

Assureurs et associations de consommateurs mettent en doute l'objectif de la régulation des tarifs. Pour les premiers, cette régulation est souvent un instrument des États, et plus particulièrement des commissaires aux assurances, utilisé à des fins démagogiques sans souci d'efficacité. Elle découragerait l'entrée de nouvelles sociétés d'assurances sur le marché, entraînant une concurrence faible et des prix finalement plus élevés qu'en absence de régulation, ainsi qu'une perte de choix pour les consommateurs⁽²⁰⁾. Pour les seconds, les assureurs ont un poids trop important dans les instances de régulation au niveau des États. La régulation serait instrumentalisée par les entreprises dans le but de maintenir des tarifs élevés au détriment des consommateurs.

Plusieurs études⁽²¹⁾ montrent que le coût unitaire de l'assurance

(cotisations versées/indemnités reçues) est généralement plus faible dans les États avec « *Prior approval* » mais que la part des conducteurs assurés sur le marché résiduel y est significativement plus élevée⁽²²⁾. Les assureurs préfèrent refuser tous ceux qui ne leur permettent pas de réaliser des profits suffisants, compte tenu du plafonnement des cotisations. Cependant, une partie de ces conducteurs leur est imposée *via* le mécanisme du « *shared market* ». Ils doivent en répercuter les coûts sur le niveau des cotisations de leurs autres assurés. Une régulation importante des tarifs introduit à long terme des distorsions sur le marché.

En revanche, ces études montrent que le coût unitaire de l'assurance est plus élevé là où le contrôle de tarifs est très strict (Massachusetts, New Jersey). Dans ces États, les changements de prix sont moins fréquents mais plus importants. Les assureurs, craignant de ne pas pouvoir répercuter suffisamment rapidement des hausses de coûts éventuelles sur le niveau des cotisations, anticipent en augmentant systématiquement les prix lorsqu'ils en ont la possibilité. La forte régulation a fait fuir les assureurs existant sur le marché et décourage l'entrée de nouveaux. Les assureurs nationaux se retirent du marché ne laissant que des firmes régionales. La diminution de la taille des structures réduit l'efficacité des assureurs et augmente le risque d'insolvabilité en raison de moindres économies d'échelle et de diversification des risques. Ainsi, au Massachusetts, il ne reste plus que dix-neuf sociétés d'assurances sur le marché, contre

trente en 1999⁽²³⁾ ; et moins d'un quart exerçaient leur activité en dehors de l'État. Par opposition, la Caroline du Sud, passée en 1999 à un système de « *competitive rating* », a vu doubler dans l'année le nombre d'assureurs automobiles dans l'État.

Les mouvements de dérégulation et/ou d'harmonisation du système existent mais rencontrent des obstacles politiques importants. On assiste depuis 1971 (Illinois) à un lent mouvement de dérégulation des tarifs qui a obtenu le soutien de la NAIC (National Association of Insurance Commissioners) en 1974. Mais il s'est accompagné parallèlement d'un soutien politique grandissant en faveur des restrictions portant sur l'usage de certains critères de tarification. Les propositions de réformes visant à moderniser le système de régulation se sont multipliées mais rencontrent peu de succès⁽²⁴⁾. Dans tous les États où les cotisations sont élevées (New York, Floride, Massachusetts, New Jersey), la réforme de la régulation de l'assurance automobile est un enjeu électoral important.

■ Effets pervers des mesures anti-discrimination

Les assureurs utilisent l'âge, le genre, le statut marital, le lieu d'habitation et la profession comme indicateurs du risque représenté par un conducteur désirent s'assurer. Ces critères leur permettent d'estimer le coût des sinistres potentiels et donc le niveau de cotisation à proposer. À partir des années

1970, les associations de consommateurs ont condamné le caractère discriminant des critères utilisés. Elles ont reproché en particulier aux assureurs de surpondérer les trois premiers critères, jugés sans rapport direct avec la conduite. Elles visent aujourd'hui de nouvelles cibles :

- le niveau de diplôme : la *Consumer Fédération of America* (CFA) dénonce, sur la base de la corrélation existant entre niveau d'études et couleur de la peau, la discrimination raciale exercée par l'assureur *GEICO* à travers l'utilisation du critère du diplôme ⁽²⁵⁾ ;

- le lieu d'habitation : la forte pondération de ce critère rend les cotisations exorbitantes dans certaines villes ; cette codification repose sur un découpage administratif ancien et mériterait d'être réactualisée pour tenir compte des modifications du paysage urbain ;

- le « *credit scoring* » ⁽²⁶⁾ : celui-ci désavantagerait les personnes avec un historique bancaire faible (jeunes, immigrants, personnes à bas revenus ou originaires de milieux défavorisés). Il accentuerait les effets d'une perte brutale de revenu. La *CFA* reproche le manque de transparence, les erreurs et l'utilisation d'informations personnelles dans la conception des scores.

Les législations adoptées par les États pour répondre à ces critiques ont des effets pervers.

Sept États ont interdit l'usage, lors de la tarification et de la décision d'assurer ou non, d'au moins l'un des critères suivants : l'âge, le genre, et le statut marital. Dans ces

États, quatre phénomènes ont été observés ⁽²⁷⁾ :

- la part du marché résiduel a augmenté ; les assureurs considèrent les conducteurs avec les caractéristiques qui ne peuvent pas être prises en compte (jeune, mâle, célibataire) comme des risques sous-tarifés et refusent plus fréquemment de les assurer volontairement ;

- le poids accordé à d'autres critères s'est accru sans que cette nouvelle pondération soit corrélée au niveau de risque des individus ;

- des substituts ont été trouvés pour les critères interdits (nombre d'années de permis pour l'âge) ;

- le niveau des cotisations a augmenté pour les personnes ne possédant pas les caractéristiques associées aux risques élevés.

Récemment, une nouvelle vague de législation a été votée à l'encontre de l'usage des critères de densité urbaine et du « *credit scoring* » dans la tarification ⁽²⁸⁾. Le New Jersey oblige depuis 1997 les assureurs à assurer une certaine proportion de conducteurs habitant dans les zones urbaines les plus denses, calculée en fonction de leurs parts de marché. La Californie a adopté en juillet 2006 une loi limitant la pondération accordée au critère de zone géographique. Sept États ont introduit une clause de circonstance exceptionnelle sous laquelle les assureurs ne doivent pas tenir compte du « *credit score* », six en ont limité ou prohibé l'usage.

Ces législations sont trop récentes pour que l'on puisse en mesurer l'impact. Mais l'expérience passée

montre que la restriction des critères de tarification n'a pas éliminé la discrimination (éviction sur le « *shared market* ») et a introduit des distorsions.

■ Quelle réforme pour une maîtrise des coûts ?

Seule une réforme en profondeur du système de règlement des sinistres pourrait permettre d'en maîtriser les coûts.

L'inflation des cotisations dans les années 1960-1970 a conduit à un changement du régime de responsabilité civile dans certains États. Jusque dans les années 1970, le règlement des accidents de la route s'opérait selon les principes du « *Tort System* » : les victimes attaquaient les conducteurs fautifs en justice et les tribunaux déterminaient le montant des indemnités. Les critiques contre ce système remontent aux années 1960 lorsque les demandes de réparations pour dommages non monétaires ⁽²⁹⁾ ont fait exploser le montant des indemnités réclamées par les tribunaux. La croissance des sommes en jeu s'est accompagnée de celle de la rémunération des avocats, si bien que cette hausse a peu bénéficié aux victimes. En revanche, les assureurs ont répercuté cette augmentation sur le niveau des cotisations.

En 1963, deux universitaires, Jeffrey O'Connell et Robert E. Keaton ont proposé de remplacer le « *Tort System* » par un autre régime de responsabilité : le « *No-Fault* ». Dans un tel cadre, lors de dommages corporels, ce sont les

sociétés d'assurances qui indemnisent leurs propres assurés en cas d'accident, sans se préoccuper de l'attribution des responsabilités. En contrepartie, la possibilité de poursuite en justice est limitée. Tel que le système est conçu, la diminution des frais judiciaires doit entraîner une baisse du niveau des cotisations. La compensation directe par les assureurs doit permettre également de raccourcir les délais d'indemnisation des blessés. En l'espace de cinq ans, de 1971 à 1976, onze États ont adopté le « *No-Fault* ».

Aujourd'hui, il existe quatre régimes de règlement des sinistres : le « *Tort System* » traditionnel (vingt-sept États), le « *No-Fault* » (dix États), le cumul des deux systèmes « *Add-On* » (onze États) et le libre choix de la victime entre les deux systèmes « *Choice No-Fault* » (deux États).

Le bilan du système « *No-Fault* » est assez négatif. Trois des quatre États ayant enregistré la plus forte hausse du niveau des cotisations entre 1993 et 2003 fonctionnent selon ce régime. La Floride l'a déjà remodelé douze fois depuis 1971 et cinq États en ont déjà voté l'abrogation.

Deux facteurs expliquent l'échec constaté. Le recours en justice est limité mais reste autorisé au-delà d'un certain seuil⁽³⁰⁾. Plus celui-ci est bas, plus les gains du « *No-Fault* » sont faibles. Lorsque celui-ci est monétaire, les victimes sont incitées à gonfler le montant des soins médicaux reçus en recourant à des formes de médecine non conventionnelles (masseurs, chiropracteurs) afin de pouvoir poursuivre en

justice. Les États où la compensation directe des victimes⁽³¹⁾ est généreuse rencontrent de sérieux problèmes de fraude. Ainsi, 30 % des sinistres corporels déclarés à New York seraient frauduleux⁽³²⁾.

Malgré l'échec du « *No-Fault* », de nombreuses personnes continuent à plaider pour la limitation du poids accordé aux tribunaux dans le règlement des sinistres. Rappelons que, en 2003, 10 % des cotisations, soit 15 Mds\$, ont servi à financer les avocats.

■ Comment étendre l'accès à l'assurance ?

Seule une baisse globale des coûts pourrait permettre d'étendre l'accès à l'assurance.

La répression stricte à l'égard des non-assurés (peines de prison) semble avoir moins d'impact que la légère augmentation du montant des amendes : les conducteurs estiment son application par les tribunaux moins automatique. De plus, les attestations d'assurance sont relativement faciles à falsifier, limitant les possibilités de contrôle.

Devant la faible efficacité du volet répressif traditionnel, certains États tentent de limiter les possibilités de recours en justice offertes aux non-assurés. Depuis 1996, cinq États ont adopté la loi du « *No Pay, No Play* ». Celle-ci interdit aux non-assurés (« *No Pay* ») de réclamer une indemnisation pour dommages non monétaires (« *No Play* »). L'effet de cette réforme n'a pas encore été mesuré.

D'autres États ont créé des

produits d'assurance à bas coût. La Californie a lancé en 1999 un programme pilote d'assurance « *Low-Cost* » dans les villes de Los Angeles et de San Francisco. Aujourd'hui, les conducteurs peuvent acheter, auprès des assureurs privés, une couverture très basique pour \$ 347⁽³³⁾. Dans un esprit similaire, le New Jersey a créé une couverture à un dollar par jour⁽³⁴⁾.

L'initiative californienne a suscité un grand intérêt en 1999 mais peu de candidats correspondaient aux critères de sélection alors en vigueur et pour ceux-ci la cotisation proposée était encore trop élevée. Le système a été réformé en 2003 pour toucher un public plus large et semble avoir eu plus de succès puisqu'il a été étendu à seize autres comtés en 2006. Le contrat d'assurance du New Jersey a rencontré plus de succès, sans doute parce qu'il permet un remboursement des frais médicaux de l'assuré en cas d'accident.

Aucun des deux contrats ne permet toutefois de satisfaire aux *Financial Responsibility Laws* imposées par les États. Ceux-ci ont dû autoriser la commercialisation de produits initialement illégaux afin de rendre l'assurance plus abordable.

Focalisées sur le problème des non-assurés, les politiques publiques s'attaquent très peu au problème – pourtant répandu – de la sous-assurance. Les couvertures protègent fréquemment les conducteurs contre des dommages dont l'impact financier est important mais non dévastateur, en revanche très peu sont suffisamment assurés en cas

d'accidents corporels très graves. Les conducteurs ne se couvrent pas assez face au risque d'accident automobile car cela coûte trop cher, notamment en zone urbaine.

■ Pour conclure, une réforme profonde semble nécessaire

L'analyse du secteur de l'assurance automobile des particuliers nous a permis d'en dresser un tableau contrasté. Les assureurs parviennent à maintenir des résultats techniques satisfaisants malgré la hausse des coûts. Mais les problèmes de fond restent importants et irrésolus. En raison des prix pratiqués, une forte proportion des conducteurs se retrouve peu ou pas protégée face au risque automobile. Le système de règlement des sinistres par la voie judiciaire est de plus en plus coûteux pour les assureurs mais les réformes adoptées dans certains États n'ont pas donné de résultats probants. La régulation actuelle fonctionne à contresens des évolutions du marché. La réglementation est dictée par les États alors que les assureurs opèrent au niveau national, voire international. Les prix sont encore strictement contrôlés. Certains critères élémentaires de tarification sont rejetés alors que les assureurs essaient de sophistiquer leurs méthodes de construction des prix. Les réformes adoptées n'ont pas permis de lutter efficacement contre les dysfonctionnements du marché ; elles visent rarement un horizon à long terme et n'osent pas modifier en profondeur le dispositif

en place. La bataille en faveur de la dérégulation et de l'harmonisation du système est engagée depuis plusieurs années mais les États s'y opposent fermement pour différentes raisons. Toutefois, compte tenu des contradictions et de l'inefficacité du système de régulation actuel, celle-ci paraît nécessaire.

« Tous les remerciements à Marek Garwacki, Bernard Salzmann, Alexandro Stanziani et Perrine Kalhwasser pour leurs conseils ainsi qu'à l'équipe de l'agence financière de l'Ambassade de France à Washington ».

Notes

1. *L'intitulé et le contenu de la garantie varient selon le système de règlement des sinistres en vigueur dans l'État* (« Medical Payments » dans le « Tort System » et « Personal Injury Protection » dans le « No Fault », voir infra).

2. Source : *www.consumer.reports.org*, Edgar Synder & associates, *Kiplinger's Personal Finance*.

3. Source : CDC (Center for Disease Control and Prevention) *National Center for Health Statistics*.

4. Source : NAIC et *III Fact Book 2006*.

5. Source : *Kiplinger's Personal Finance*.

6. *La cotisation de référence correspond au niveau de couverture recommandée par la NAIC : Bodily Injury jusqu'à \$ 100 000/ \$ 300 000, \$ 2 000 en Personal Injury Protection, \$ 500 de franchise pour les garanties Collision et Comprehensive, \$ 100 000 en Uninsured Coverage. Cotisation calculée pour une voiture quatre portes standard et un conducteur expérimenté sans antécédents d'accidents.*

7. *Depuis la loi Mac Carran-Ferguson de 1945, la régulation du secteur de l'assurance se fait au niveau des États. Chacun dispose d'un Département des assurances, dirigé par un commissaire nommé ou élu qui dicte ses règles propres.*

8. Source : *III Fact Book 2006*.

9. Source : *IRC study, Uninsured Motorists, 2006 édition*.

10. Cf. « *How Geico and Progressive Grabbed a Bigger Slice of the Auto Market* », *Best 's Review*, mai 2004, pp 45-52.

11. *La segmentation consiste à classer les assurés en différentes catégories selon leur risque d'accident et à adapter les prix en conséquence.* Cf. « *Price Wars* », *Best 's Review*, octobre 2005, pp 37-50 et « *Getting the Price Right* », *Best 's Review*, mars 2003, pp 36-43.

12. Cf. « *A Brand New Approach* », *Best's Review*, janvier 2006, pp 52-56.

13. Cf. Note AF/05.086 de cette Agence pour plus de détails sur l'échec de la bancassurance aux États-Unis.

14. Source : *Insurance Information Institute (III)*

15. *Ibid.*

16. Cf. Note AF/06.053 de cette Agence pour plus de détails sur l'évolution du cycle de l'assurance aux États-Unis.

17. Source : *III*.

18. Source : NAIC, *Auto-Insurance Report, 2005*.

19. Cf. note AF/06.046 sur l'impact de la saison cyclonique de 2005 sur les assureurs de dommages.

20. Voir la transcription d'une audition à la Chambre des représentants en 2001 des principaux acteurs de l'assurance automobile « *Regulation of Automobile Insurance : A Lack Of Consumer Choice* ».

<http://commdocs.house.gov/committees/bank/hba74624.000/mba7624 O.HTM>

21. Source : Cummins (J.D.), Phillips (R.D.), Tennyson (S.), 2001. « Régulation, Political Influence, and the Price of Automobile Insurance », *Journal of Insurance Régulation*, 20:9-50. GAO. *Auto Insurance, State Régulation affects Costs and Availability*, 1986.

22. Source : Bouzuita (R.), Bajtelsmit (V.L), 1997. « The Impact of Rate Regulation on the Residual Market for Automobile insurance », *Journal of Insurance Regulation*, 16:61-72.

23. Source : III.

24. Cf. sur les tentatives de réforme de la régulation de l'assurance : note AF/06.022 de cette Agence et III.

25. CFA, « Geico tief insurance rates to education, occupation- Many lower income, minority consumers pay higher prices », 2006.

26. Il existe pour chaque individu résidant aux États-Unis un rapport destiné à mesurer sa capacité de remboursement d'un crédit. Il contient des informations personnelles, son casier judiciaire, l'historique de ses crédits, de ses comptes bancaires et de son niveau d'endettement. Ces données sont résumées en un score. À partir des années 1990, les assureurs automobile se sont aperçus de sa fiabilité en tant qu'indicateur de sinistralité. Les individus stables financièrement, sachant bien gérer leurs crédits, prendraient moins de risques au volant que les autres.

27. Source: GAO, *Auto Insurance, State Régulation affects Costs and Availability*, 1986.

28. Source: III.

29. Les dommages non monétaires représentent les souffrances liées à l'accident et les coûts d'opportunités liés à la défiguration ou au handicap à vie.

30. Celui-ci peut être monétaire

(dommages causés supérieurs à un montant X) et/ou physique (défiguration à vie, handicap ou décès d'une personne prise dans l'accident).

31. Personal Injury Protection (PIP).

32. Source: III.

33. Le candidat doit être un individu âgé de plus 19 ans, jugé bon conducteur, avec un revenu inférieur ou égal à 250 % du seuil de pauvreté, conduisant une voiture dont la valeur est inférieure à \$ 20 000. L'assurance couvre jusqu'à \$ 10 000/\$ 20 000 en Bodily Injury Liability et en option jusqu'à \$ 10 000/\$ 20 000 en Uninsured Motorist Coverage et \$ 1 000 en Personal Injury Protection. La cotisation est majorée de 25 % pour les hommes célibataires entre 19 et 24 ans. Il existe des facilités de paiement.

34. Rembourse les soins médicaux d'urgence en cas d'accident et \$ 10 000 en cas de décès, mais ne fournit pas de garantie de responsabilité civile.

Livres

■ **Daniel ZAJDENWEBER**
Professeur à l'université Paris-X
Nanterre
*Économie et gestion
de l'assurance*
Economica, collection finance
2006, 172 pages

Daniel Zajdenweber vient de publier chez Economica *Économie et gestion de l'assurance*, un livre de synthèse qui rassemble les riches fondements théoriques et mécanismes qui font de ce secteur un pilier et un moteur des économies développées. Daniel Zajdenweber nous fait partager ici une connaissance accumulée tout au long de ses recherches universitaires et de ses enseignements – au sein du master Banque Finance Assurance de l'Université Paris X Nanterre – qui ont donné lieu à de nombreuses publications académiques françaises et internationales et à un précédent ouvrage *Économie des extrêmes*.

Le titre – « Économie et gestion de l'assurance » – donne le ton et l'ambition : un ouvrage généraliste et récapitulatif, pour praticiens et chercheurs, sans cloisonnement académique, ni fixation actuarielle excessive. Le livre qu'il nous manquait sur un sujet finalement peu couvert.

La qualité du style et la structuration de l'ouvrage rendent sa lecture intelligible au débutant attentif et agréable au lecteur chevronné. Ce, sans renoncer aux présentations formelles nécessaires et avec le souci constant de l'analyse plus que de la description.

Le premier chapitre, « Économie du risque assurable », commence par le commencement : risque, mutualisation et statistiques de l'assurance... sans recourir abusivement à la genèse historique de ces connaissances – sauf pour l'inépuisable jeu de Saint-Pétersbourg – mais plutôt en quantifiant l'ampleur et la distribution actuelle des sinistres. Les principales lois (Binomiale, Poisson, Laplace-Gauss, Pareto, L-stable, loi des grands nombres et théorème central limite) sont présentées avec rigueur et beaucoup de pédagogie, pour leur donner tout leur sens. Dès lors, les problèmes-clés de l'assurance tombent sous le sens : corrélations positives, espérance infinie, discrimination, antisélection, aléa moral et risque de ruine ; ainsi que leurs solutions : surcotisations, franchises, bonus et plafonnements.

Le deuxième chapitre dissèque les déterminants de la demande et les caractéristiques de l'offre d'assurance. Le sujet étant inépuisable, à l'image

de la variété des marchés et des clauses, l'auteur privilégie certains aspects. Ainsi, du côté de la demande, au-delà du souci de protection, Daniel Zajdenweber souligne, chiffres à l'appui, le jeu des perceptions et de la psychologie qui nous conduisent bien souvent à surpondérer la désutilité de certains risques. Autre facteur rarement mis en avant : la baisse des coûts de transaction et des coûts de faillite pour les entreprises clientes que permet le recours à l'assurance plutôt qu'à l'autoassurance, même organisée.

Du côté de l'offre, Daniel Zajdenweber se concentre sur l'essentiel : la présentation de la décomposition et du calcul des cotisations. Le chapitre se conclut paradoxalement sur les moyens de s'assurer sans recourir à l'assurance, notamment le transfert des risques aux marchés financiers.

Le troisième chapitre, « Rentabilité, risques et réglementation des assureurs », rappelle le verrou réglementaire et comptable dans lequel évolue le secteur. Pour se livrer ensuite brillamment à un exercice d'analyse financière au niveau mondial qui, depuis les options cachées, aux cycles commerciaux, en passant par la surexposition boursière, restitue tous les écueils passés et désormais

évitables pour les sociétés d'assurances ou les mutuelles.

Cette analyse repose, au-delà des risques techniques, sur les deux concepts robustes et incontournables d'effet de levier – ou d'effet de massue ! – et de conflits d'intérêt (actionnaires/assureurs, sociétés d'assurances/courtiers/distributeurs). Le concept d'*embedded value*, qui est néanmoins présenté, n'est pas intégré à l'analyse d'ensemble, alors qu'il est la clé de la communication actuelle des entreprises. Sans doute parce qu'il aurait déformé l'analyse au profit de l'angle actionnarial.

Le dernier chapitre, « Fonctionnement de l'assurance », détaille le fonctionnement institutionnel et les rouages du secteur (typologie des contrats, des entreprises et des canaux de distribution).

Malgré de nombreux exemples et illustrations, on pourrait regretter l'absence de cas pratiques permettant au lecteur d'exercer ses connaissances. On pourrait également regretter que l'ouvrage ne soit que modérément versé dans le détail des problématiques actuarielles ou de gestion actif/passif, permettant par exemple d'éclairer la transition vers

les prochains standards prudentiels et comptables. Mais cela nuirait à la dimension récapitulative, globale et didactique de l'ouvrage. Et ce serait boudier notre plaisir de disposer enfin d'un manuel à la fois synthétique et complet, propre à montrer et diffuser l'avance de l'assurance au sein de la théorie financière.

par Côme Segretain
Doctorant à Paris IX Dauphine
Attaché d'enseignement et
de recherche à Paris X Nanterre

■ **Roger MILLOT et
Alice RUDELLE WATERNAUX**
*L'Assurance de santé : acteurs et
garanties*
Éditions de l'Argus de l'assurance,
2^e édition, 9 novembre 2006
Collection des « Fondamentaux
de l'assurance », 322 pages

Avec la parution de la première édition de cet ouvrage en décembre 2001, Roger Millot et Alice Rudelle Waternaux s'étaient fixés pour objectif de combler un vide. S'il était alors possible de trouver quelques analyses particulières de l'assurance maladie obligatoire ou complémentaire, il manquait un panorama d'ensemble. Car il n'était plus concevable d'imaginer une présentation réduite à un seul des deux systèmes de couverture, tant ils sont devenus imbriqués et constitutifs d'une protection globale.

Les deux auteurs se sont réparti la tâche. À Roger Millot, l'histoire de la Sécurité sociale, le monde de l'assurance obligatoire, du grand régime général au plus modeste régime spécial, les prestations en nature, le foisonnant « *back office* » des organismes satellites conçus depuis les ordonnances Juppé de 1996 pour la gouvernance ou la logistique. À Alice Rudelle Waternaux, les acteurs de l'assurance complémentaire : mutuelles, institutions de prévoyance, sociétés d'assurances, la CMU et l'ensemble des prestations en nature.

Cinq ans plus tard, la première édition était devenue introuvable en librairie et la réforme Douste Blazy du 13 août 2004 avait profondément modifié la situation des acteurs, les règles de prise en charge des prestations avec l'institution du médecin traitant et le parcours de soins, le processus d'élaboration et de suivi des objectifs de dépense... Elle créait en outre une nouvelle série d'organismes ayant mission de gouvernance, l'UNCAM ⁽¹⁾, l'UNOCAM ⁽²⁾ et l'UNPS ⁽³⁾, ou chargés de missions de suivi des patients et statistiques, GIP DMP ⁽⁴⁾, GIP IDS ⁽⁵⁾, voire encore transformait des organismes existants – disparition de l'Andem (Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale) et de l'Anaes (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé) remplacées par la HAS ⁽⁶⁾.

Il devenait donc indispensable de reprendre le travail initial pour le compléter et le mettre à jour. Les auteurs en ont profité pour refondre le plan de l'ouvrage afin qu'il s'adapte mieux à l'évolution des idées. Il est fascinant à cet égard de constater combien en quelques années le positionnement de l'assurance maladie complémentaire, et plus particulièrement le secteur des sociétés d'assurances, a pu évoluer jusqu'à devenir – non sans rencontrer bien des oppositions – un partenaire incontournable dans l'ensemble de la protection sociale maladie, et combien sa capacité d'innovation

n'a pas cessé de se confirmer.

On trouvera aussi, dans cette deuxième édition, deux chapitres nouveaux consacrés respectivement au régime de la couverture du handicap, mis en place par la loi du 11 février 2005, et à la dépendance. L'ensemble de ces développements se retrouve traduit dans l'index alphabétique dont les références utiles aux praticiens ont augmenté de plus de 50 % – signe du temps: une liste de sites Internet est mise à la disposition des lecteurs.

C'était un peu une gageure de la part des deux auteurs que de s'engager dans la présentation des réformes de la loi Douste Blazy, de celle concernant le handicap, ou pire encore de la mise en place controversée du RSI ⁽⁷⁾, s'agissant de sujets d'une pleine actualité et non encore vraiment stabilisés dans leur déploiement. Ils ont été aussi confrontés aux retards des pouvoirs publics dans la mise en œuvre du « dossier médical personnel » (DMP) ou dans le passage annoncé et aussitôt retardé de la carte Vitale 1 à Vitale 2. Ils ont pris le risque d'en parler et la précaution de mettre en garde leurs lecteurs sur les difficultés rencontrées. Ils ont aussi voulu sur certains sujets dépasser le simple exercice de la présentation monographique et ne se sont pas interdits de poser certains jugements de valeur.

S'il devait y avoir un jour une troisième édition, on aimerait suggérer aux deux auteurs qu'ils

poursuivent leur démarche d'enrichissement en consacrant par exemple un développement supplémentaire à la couverture maladie des expatriés ou en ajoutant quelques compléments sur la mécanique complexe de l'élaboration de la LFSS⁽⁸⁾, de sa mise en œuvre et du contrôle de son exécution.

Mais, quoi qu'il en soit, il s'agit dès maintenant d'un ouvrage qui, par son caractère complet et sa démarche non partisane, rendra d'utiles services aux étudiants et aux prati-

ciens concernés par ce domaine complexe de l'assurance santé.

par Alain Rouché
Directeur
Direction des assurances
de personnes - santé, FFSA

Notes

1. *Union nationale des caisses d'assurance maladie*

2. *Union nationale des organismes complémentaires d'assurance maladie*

3. *Union nationale des professionnels de santé*

4. *Groupement d'intérêt public - Dossier médical personnel*

5. *Groupement d'intérêt public - Institut des données de santé*

6. *Haute autorité de santé*

7. *Régime social des indépendants*

8. *Loi de financement de la Sécurité sociale.*

VENTE AU NUMÉRO - BULLETIN D'ABONNEMENT

N°	THÈME	Prix euros FRANCE	Prix euros EXPORT	N°	THÈME	Prix euros FRANCE	Prix euros EXPORT
Numéros disponibles				Numéros disponibles			
2	Les visages de l'assuré (1 ^{re} partie)	19,00	19,00	40	XXI ^e siècle : le siècle de l'assurance. Nouveaux métiers, nouvelles compétences. Nouveaux risques, nouvelles responsabilités	29,00	33,54
3	Les visages de l'assuré (2 ^e partie)	19,00	19,00	41	L'Europe. La confidentialité. Assurance : la fin du cycle ?	29,00	33,54
4	La prévention	19,00	19,00	42	L'image de l'entreprise. Le risque de taux. Les catastrophes naturelles	29,00	33,54
6	Le risque thérapeutique	19,00	19,00	43	Le nouveau partage des risques dans l'entreprise. Solvabilité des sociétés d'assurances. La judiciarisation de la société française	29,00	33,54
7	Assurance crédit/Assurance vie	19,00	19,00	44	Science et connaissance des risques. Y a-t-il un nouveau risk management ? L'insécurité routière	29,00	33,54
9	La réassurance	23,00	23,00	45	Risques économiques des pays émergents. Le fichier clients. Segmentation, assurance, et solidarité	29,00	33,54
10	Assurance, droit, responsabilité	23,00	23,00	46	Les nouveaux risques de l'entreprise. Les risques de la gouvernance. L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes	29,00	33,54
11	Environnement : le temps de la précaution	23,00	23,00	47	Changements climatiques. La dépendance. Risque et démocratie	30,50	33,54
13	Risk managers-assureurs : nouvelle donne ?	23,00	23,00	48	L'impact du 11 septembre 2001. Une ère nouvelle pour l'assurance ? Un nouvel univers de risques	30,50	33,54
14	Innovation, assurance, responsabilité	23,00	23,00	49	La protection sociale en questions. Réformer l'assurance santé. Les perspectives de la théorie du risque	30,50	33,54
15	La vie assurée	23,00	23,00	50	Risque et développement. Le marketing de l'assurance. Effet de serre : quels risques économiques ?	30,50	33,54
16	Fraude ou risque moral ?	23,00	23,00	51	La finance face à la perte de confiance. La criminalité. Organiser la mondialisation	30,50	33,54
18	Éthique et assurance	23,00	23,00	52	L'évolution de l'assurance vie. La responsabilité civile. Les normes comptables	30,50	33,54
19	Finance et assurance vie	23,00	23,00	53	L'état du monde de l'assurance. Juridique. Économie	31,50	35,00
20	Les risques de la nature	23,00	23,00	54	Industrie : nouveaux risques ? La solvabilité des sociétés d'assurances. L'assurabilité	31,50	35,00
21	Assurance et maladie	29,00	29,00	55	Risque systémique et économie mondiale. La cartographie des risques. Quelles solutions vis-à-vis de la dépendance ?	31,50	35,00
22	L'assurance dans le monde (1 ^{re} partie)	29,00	29,00	56	Situation et perspectives. Le gouvernement d'entreprise : a-t-on progressé ? L'impact de la sécurité routière	31,50	35,00
23	L'assurance dans le monde (2 ^e partie)	29,00	29,00	57	L'assurance sortie de crise. Le défi de la responsabilité médicale. Le principe de précaution	31,50	35,00
24	La distribution de l'assurance en France	29,00	29,00	58	La mondialisation et la société du risque. Peut-on réformer l'assurance santé ? Les normes comptables au service de l'information financières.	31,50	35,00
25	Histoire récente de l'assurance en France	29,00	29,00	59	Risques et cohésion sociale. L'immobilier. Risques géopolitiques et assurance.	31,50	35,00
26	Longévité et dépendance	29,00	29,00	60	FM Global. Private equity. Les spécificités de l'assurance aux USA.	31,50	35,00
27	L'assureur et l'impôt	29,00	29,00	61	Bancassurance. Les agences de notation financière. L'Europe de l'assurance.	33,00	37,00
28	Gestion financière du risque	29,00	29,00	62	La lutte contre le cancer. La réassurance. Risques santé.	33,00	37,00
29	Assurance sans assurance	29,00	33,54	63	Un grand groupe est né. La vente des produits d'assurance. Une contribution au développement.	33,00	37,00
30	La frontière public/privé	29,00	33,54	64	Environnement. L'assurance en Asie. Partenariats public/privé.	33,00	37,00
31	Assurance et sociétés industrielles	29,00	33,54	65	Stimuler l'innovation. Opinion publique. Financement de l'économie.	33,00	37,00
32	La société du risque	29,00	33,54	66	Peut-on arbitrer entre travail et santé ? Réforme Solvabilité II. Pandémies.	33,00	37,00
33	Conjoncture de l'assurance. Risque santé	29,00	33,54	67	L'appréhension du risque. Actuariat. La pensée du risque.	33,00	37,00
34	Le risque catastrophique	29,00	33,54				
35	L'expertise aujourd'hui	29,00	33,54				
37	Sortir de la crise financière. Risque de l'an 2000. Les concentrations dans l'assurance	29,00	33,54				
38	Le risque urbain. Révolution de l'information médicale. Assurer les OGM	29,00	33,54				
Numéros épuisés				Numéros hors série			
1	Les horizons du risque				Responsabilité et indemnisation	15,24	
5	Age et assurance				Assurer l'avenir des retraites	15,24	
8	L'heure de l'Europe				Les Entretiens de l'assurance 1993	15,24	
12	Assurances obligatoires : fin de l'exception française ?				Les Entretiens de l'assurance 1994	22,87	
17	Dictionnaire de l'économie de l'assurance						
36	Rente. Risques pays. Risques environnemental						
39	Santé. Internet. Perception du risque						

À découper et à retourner accompagné de votre règlement à

Seddita - 17, rue Henri Monnier - 75009 Paris

Tél. (33) 01 40 22 06 67 - Fax : (33) 01 40 22 06 69 - Courriel : info@seddita.com

Abonnement (4 numéros/an) année 2007 n° 69 à n° 72 FRANCE 131 € EXPORT 150 €*
 Je commande _____ ex. des numéros _____
 Nom et prénom _____
 Institution ou entreprise _____
 Fonction exercée et nom du service _____
 Adresse de livraison _____
 Code postal _____ Ville _____
 Nom du facturé et Adresse de facturation _____
 Pays _____ Tél. _____
 E.mail _____ Fax _____
 Je joins le montant de : _____ par chèque bancaire à l'ordre de Seddita
 Je règle par virement en euros sur le compte CCF Poissonnière – FR76 3005 6000 6600 6628 0968 018

* Uniquement par virement bancaire

Conformément à la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, vous bénéficiez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Si vous souhaitez exercer ce droit et obtenir communication des informations vous concernant, veuillez vous adresser à SEDDITA, 17, rue Henri Monnier 75009 PARIS

BON DE COMMANDE DE LA REVUE RISQUES

Où se procurer la revue ?

***Vente au numéro
par correspondance et abonnement :***

Seddita

17, rue Henri Monnier
75009 Paris
Tél. 01 40 22 06 67
Fax 01 40 22 06 69
Courriel : info@seddita.com
www.seddita.com

En librairie :

Librairie de la banque et de la finance

18 rue Lafayette
75009 Paris
Tél. 01 48 00 54 09
Fax : 01 47 70 31 67

Librairie Dalloz

22 rue Soufflot
75005 Paris
Tél. 01 40 64 54 44
Fax 01 40 64 54 42

Librairie Droit et Santé

187 quai de Valmy
75010 Paris
Tél. 01 41 29 99 00
Fax 01 41 29 98 38

Librairie Editions juridiques associées

20 rue Soufflot
75005 Paris
Tél. 01 46 33 89 85
Fax 01 40 51 81 85

Librairie le Moniteur

17 rue d'Uzès 75002 Paris
Tél. 01 40 13 33 80
Fax 01 40 13 30 13

**CNPP Entreprise Pôle Européen
de Sécurité - CNPP Vernon**

BP 2265
27950 Saint-Marcel
Tél. 02 32 53 64 32
Fax 02 32 53 64 80

Risques

Les cahiers de l'assurance

Directeur de la publication

Frédéric Loubière

Directeur de la rédaction

Jean-Hervé Lorenzi

Rédaction

Tél. [33] 01 42 47 93 56

Fax [33] 01 42 47 91 22

Courriel : Risques@ffsa.fr

Diffusion

Seddit

17, rue Henri Monnier

75009 Paris

Tél. [33] 01 40 22 06 67

Fax [33] 01 40 22 06 69

Courriel : info@seddit.com

Abonnement

Prix de l'abonnement (4 n^{os}) Année 2007

France 131 €

Étranger 150 €

Vente au numéro

Prix au numéro

France 35,00 €

Étranger 40,00 €

Mise en page

L.C Création - 01 42 60 04 50

Impression

Jouve

561, rue Saint-Léonard - BP 3 - 53101 Mayenne cedex

CPPAP : 1107 T 82453

Dépôt légal : à parution

ISSN : 1152-9253

Risques

Les cahiers de l'assurance

I. Société

Le risque, c'est la vie

2. Risques et solutions

L'assurabilité des professions à risques

3. Analyses et Débats

L'équité dans la réparation du dommage corporel

4. Études et Livres