

Risques

Les cahiers de l'assurance

■ Les nouveaux risques de l'entreprise

Un entretien avec
Denis Kessler
les réactions de
Gérard Compain
Bernard Delas
Louis Gallois
Alain Joly

■ Les risques de la gouvernance

Marie-Noëlle Dompé
Élisabeth Fortis
Éric Le Gentil
François Pellet
Georges Picca
Jean-Pierre Piotet
Alain Sauret
Philippe Villey

■ Chroniques

Jean-Luc Besson
Georges Durry
Rose-Marie Van Lerberghe

■ Études et livres

Carlos Pardo
Olivier Simard

■ L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes

François-Xavier Albouy
François Ewald
Christian Gollier
Louis Habib-Deloncle
Dominique Jacquet
Jean-Jacques Laffont
Philippe Langlois
Philippe Raimbourg
Christian Rivet de Sabatier
Christian Schmidt
Christian Stoffaës
Jean Tirole
Maurice Tubiana

n° 46 ■ Avril-Juin 2001
LGDJ / SCEPRA

Les nouveaux risques de l'entreprise

Numéro spécial



Comité éditorial

Jean-Hervé Lorenzi
Responsable de la rédaction

François Ewald
Société

Robert Leblanc
Techniques

Pierre Picard
Analyses

Pierre Bollon
Chroniques, études et livres

Nathalie Jouven
Diffusion

Dominique Steib
Secrétaire de rédaction

Comité d'orientation

François-Xavier Albouy, Luc Arrondel, André Babeau, Gilles Bénéplanc,
Martine Bigot, François Bourguignon, Éric Briys, Françoise Chapuisat,
Pierre-André Chiappori, Henri Debruyne, Claude Delpoux, Georges Dionne,
Georges Durry, Louis Eeckhoudt, Christian Gollier, Octave Jokung,
Georges-Yves Kervern, Denis Kessler, Régis de Larouillère, Éric Le Gentil,
Yves Mansion, Serge Marti, André Masson, Jacques Mistral, Laurent Monsigny,
Jean-Pierre Moreau, Roland Nussbaum, Annaïg de Pastor, Pierre Pestieau,
Martine Rémond-Gouilloud, André Renaudin, Sybil Rizk, Christian Schmidt,
Pierre Sonigo, Dominique Steib, Dominique Strauss-Kahn, Patrick Thourot,
François de Varenne, Dominique Vastel, François Vilnet

Risques

Les cahiers de l'assurance

N° 46

Avril-Juin 2001

SCEPRA – 2001

Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement la présente publication – Code de la Propriété intellectuelle – sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands Augustins 75006 Paris.

P résentation

Risques entame, avec ce numéro, une démarche exceptionnelle, qui renforce notre souhait d'être à l'écoute des problèmes les plus aigus qui se posent à notre société, qu'ils soient d'ordre économique ou social. Contrairement à notre tradition, dans ce numéro, nous avons souhaité évoquer un thème unique. Il nous a semblé, en effet, qu'un phénomène majeur était en train de se produire : les entreprises sont depuis peu confrontées à la montée simultanée d'un très grand nombre de risques qui, pour ne pas être tous nouveaux, prennent souvent une forme agressive. Les entreprises sont désormais contraintes de les prendre en compte, dans leur fonctionnement quotidien comme dans la détermination de leur stratégie. Cela revient à dire que le monde devient plus incertain, plus complexe, moins maîtrisable, pour tous ceux qui créent de la richesse. À tous ces risques ne correspond pas nécessairement une solution d'assurance, du moins à ce jour. Ils doivent cependant être analysés et compris. Leur impact doit être mesuré et des solutions apportées ou, à tout le moins, explorées. C'est ce que nous avons voulu faire, sans chercher à être exhaustif, et tout en conservant la structure traditionnelle de notre revue : l'entretien et les réactions qu'il suscite, suivis des parties « Techniques », « Analyses » et « Chroniques ». Pour lancer la discussion, qui pouvait mieux évoquer les nouveaux risques des entreprises que Denis Kessler, porteur des intérêts et des sensibilités des assureurs, mais également des assurés. Les autres auteurs, qu'ils soient entrepreneurs – du secteur public ou privé – ou universitaires, sont aussi très concernés par ces nouveaux problèmes qui surgissent tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise. Nous sommes heureux d'avoir ainsi ouvert la porte aux débats. C'est là toute l'ambition de l'équipe de rédaction de *Risques*.

Le comité éditorial

Sommaire

1. *Société* Les nouveaux risques de l'entreprise

Entretien avec Denis Kessler, président de la Fédération française des sociétés d'assurances.....	7
Gérard Compain, <i>Affronter l'e-risque</i>	13
Bernard Delas, <i>Demande d'assurance et gestion des risques de l'assureur</i>	17
Louis Gallois, <i>Les risques et l'entreprise publique</i>	19
Alain Joly, <i>Professionnaliser la prise de risque</i>	22

2. *Techniques* Les risques de la gouvernance

Robert Leblanc, <i>L'entreprise au cœur du risque</i>	27
Alain Sauret, Georges Picca, <i>Gérer les risques sociaux : une exigence pour l'entreprise</i>	29
Élisabeth Fortis, <i>La pénalisation des relations professionnelles : mythe ou réalité ?</i>	32
Marie-Noëlle Dompé, Philippe Villey, <i>Risques des sociétés et actions de minoritaires</i>	36
François Pellet, <i>Le harcèlement moral au travail</i>	40
Jean-Pierre Piotet, <i>Risque et réputation : l'entreprise sous le regard des autres</i>	47
Éric le Gentil, <i>Le piratage informatique</i>	52

3. *Analyses* L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes

Pierre Picard, <i>Les nouveaux risques des entreprises :</i> <i>de la création de valeur au principe de précaution</i>	59
Christian Schmidt, Louis Habib-Deloncle, <i>Le nouvel environnement international et le risque pays</i>	61
Christian Rivet de Sabatier, <i>L'entreprise sait-elle aujourd'hui gérer le risque politique ?</i>	67
François-Xavier Albouy, <i>Les risques liés à l'Organisation mondiale du commerce</i>	70
Philippe Raimbourg, <i>Les incertitudes du coût de l'endettement des entreprises</i>	74
Dominique Jacquet, <i>Le risque créateur de valeur pour l'entreprise</i>	78
Philippe Langlois, <i>Assurer les risques juridiques</i>	83
Jean-Jacques Laffont, Jean Tirole, <i>Le risque réglementaire</i>	86
Christian Stoffaës, <i>Le régime des coûts échoués dans l'industrie électrique</i>	90
Maurice Tubiana, <i>Les entreprises et le risque en santé publique</i>	93
Christian Gollier, <i>L'entreprise, l'expert, le risque et le développement</i>	99
François Ewald, <i>Qu'est-ce qu'une situation de précaution ?</i>	105

4. *Chroniques*

Georges Durry, <i>Une limite à la faculté d'assurance des entreprises :</i> <i>l'exclusion des dommages subis par le produit livré</i>	112
Jean-Luc Besson, <i>L'assurance des entreprises : un marché d'intérêt stratégique</i>	116
Rose-Marie Van Lerberghe, <i>Fusion-acquisition : comment éviter de perdre les meilleurs ?</i>	119

5. *Études et livres*

Olivier Simard, <i>Passifs sociaux d'entreprises et solutions assurancielles d'externalisation</i>	124
Ephraïm Clark, Bernard Marois et Joëlle Cernès, <i>Le Management des risques internationaux,</i> par Carlos Pardo.....	129

1.

Les nouveaux risques de l'entreprise

■ Entretien avec Denis Kessler
Président de la Fédération française
des sociétés d'assurances

Réactions

■ Gérard Compain
Affronter l'e-risque

■ Bernard Delas
Demande d'assurance et gestion des risques de l'assureur

■ Louis Gallois
Les risques et l'entreprise publique

■ Alain Joly
Professionnaliser la prise de risque

Denis Kessler

*Président de la Fédération française des sociétés d'assurances
Vice-président délégué du Medef*

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

Risques : Existe-t-il de nouveaux risques pour les entreprises ? Si oui, quelles en sont les définitions ?

Denis Kessler : Je me suis souvent demandé si, au fur et à mesure du développement de la société, l'univers des risques était en régression ou en expansion : les deux thèses peuvent être défendues. En ce qui me concerne, après avoir étudié le sujet, j'en ai conclu qu'il était en expansion, ce qui signifie que les risques anciens sont toujours présents et que des risques nouveaux surgissent, les risques nouveaux apparaissant à un rythme supérieur à la disparition de certains risques anciens. Cela est vrai pour les entreprises et pour la société en général.

Risques : Nous avons le sentiment que les individus recherchent une société sans risques alors même qu'aujourd'hui le mythe fondateur de l'entreprise est le risque.

Denis Kessler : La prise de risque est au cœur de l'entreprise, et ce n'est en aucun cas un mythe ! L'univers dans lequel se déploient les entreprises, comme d'ailleurs l'univers dans lequel se déploient l'ensemble des citoyens, est un univers où les risques sont de plus en plus nombreux et fréquents, divers et variés, complexes et évolutifs, ce qui fait que l'on peut parler de l'émergence d'un nouvel univers de risques. Presque chaque jour, apparaît soit un risque nouveau, soit on constate l'évolution d'un risque ancien.

Risques : N'y a-t-il pas une contradiction, dans la société contemporaine, à parler de protection contre le risque alors même que l'idée serait de redonner toute sa valeur au risque ?

Denis Kessler : Aujourd'hui, l'important est de se demander comment un entrepreneur se retrouve confronté à des risques existants. Il doit faire face à des risques financiers qui sont bien connus (liés au change, à la variabilité des taux d'intérêt, aux fluctuations

boursières, ainsi qu'aux menaces d'OPA), à des risques sociaux de toute nature, à des risques technologiques, à des risques de production, à des risques de commercialisation. Il fait également face à des risques nouveaux comme ceux liés à la réputation ou aux menaces de boycott. Jusqu'à présent, ces risques étaient relativement peu connus dans le monde économique, mais l'entrepreneur y est désormais confronté : il sait que son entreprise (sa marque, son action) peut à tout moment subir un « krach de réputation » qui aura des conséquences lourdes, à l'instar d'un krach financier, dans la mesure où dans la réputation réside une partie de la création de valeur. Il existe encore d'autres formes de risques plus compliquées, plus subtiles, comme la perte de son indépendance lors d'une fusion ou d'une acquisition ; quelle que soit sa taille, aucune entreprise ne peut prétendre être à l'abri d'un prédateur.

La gestion des risques occupe donc une place très importante dans la mission de l'entrepreneur. Il doit gérer au mieux les divers risques qui affectent toutes ses activités. Certains sont externalisables, transférables et mutualisables, certains sont évitables et gérables grâce à des activités de prévention et à des opérations de couverture. La prise de risque restera toujours au cœur du métier de l'entrepreneur. Il s'expose, *nolens volens*, aux risques lorsqu'il met en œuvre les facteurs de production nécessaires pour créer de la richesse dans un univers concurrentiel.

Le vrai débat est de savoir comment gérer de manière optimale tous ces risques, non pas pour que l'entrepreneur y échappe totalement, mais bien au contraire, pour qu'il soit valorisé sur son risque majeur, son risque d'entrepreneur à proprement parler. Il engage des capitaux dans des investissements, des dépenses de recherche et développement, des dépenses de formation, dans des opérations de fusions et d'acquisitions, etc. Il risque de les perdre parce que c'est la loi de la concurrence. Pour pouvoir être jugé sur ses véritables performances entrepreneuriales, le responsable de l'entreprise doit gérer tous les risques qu'il affronte le plus intelligemment possible.

Quel est le rôle de l'actionnaire ? L'actionnaire accepte de partager le risque de l'entrepreneur, en quelque sorte « encapsulé » dans l'action qu'il détient. Mais il

acceptera de moins en moins de supporter des risques qui auraient pu être mieux gérés : il souhaite en fait, sans cesse davantage, ne partager que le risque entrepreneurial.

Risques : Cela est également vrai pour l'actionnaire public.

Denis Kessler : Cela est vrai pour tous les actionnaires. Vous remarquerez que pendant longtemps de nombreuses entités publiques s'abritaient derrière le principe tout à fait dépassé selon lequel « l'État est son propre assureur ». En réalité, c'était bel et bien le contribuable qui jouait, *in fine*, le rôle de l'assureur en dernier ressort. L'État actionnaire et gestionnaire doit désormais changer de principe et exiger des entités qu'il contrôle une gestion des risques aussi optimale que celle mise en œuvre dans le secteur concurrentiel.

Risques : Les nouveaux risques se gèrent-ils comme les anciens ?

Denis Kessler : Les risques qui apparaissent sont beaucoup plus complexes que par le passé. Autrefois, les risques étaient souvent accidentels, relevant de l'aléa pur, donc faciles à couvrir, alors qu'aujourd'hui ils sont davantage progressifs. C'est la différence entre une pollution accidentelle, un camion rempli de produits toxiques tombe dans une rivière, et une pollution quotidienne, une entreprise émet tous les jours des substances toxiques qui détériorent très progressivement l'environnement. Les risques traditionnels sont connus et facilement gérables, mais les risques graduels sont difficiles à traiter.

Prenons un autre exemple. Jusqu'à présent, on couvrait assez facilement l'accident du travail ; aujourd'hui, ce risque diminue, mais les maladies professionnelles progressives se développent (mal au dos, conséquences à long terme d'une exposition à l'amiante, etc.) : dans ces derniers cas, il est très difficile de dater l'apparition de la maladie – donc sa véritable cause – et de cerner son évolution.

Les risques individuels, isolés, sont relativement faciles à traiter, au contraire des risques sériels, en chaîne. Au début du siècle, les risques sériels étaient rares parce qu'il y avait peu de production de masse ; aujourd'hui, le producteur d'une molécule pour l'industrie pharmaceutique qui se retrouve dans plusieurs médicaments, pris par des millions de personnes, peut être confronté

à un risque mondial s'il se révèle que la molécule en question pose éventuellement des problèmes.

Enfin, les risques se présentent de plus en plus souvent en grappe, ou en bouquet si vous préférez : un accident maritime peut donner lieu à une pollution majeure, qui peut entraîner une perte de valeur en Bourse et déclencher une OPA hostile, etc. Cet aspect de grappe, de bouquet, prend de l'ampleur avec la mondialisation.

Risques : La perte d'indépendance est également un risque, mais pour qui ?

Denis Kessler : Ce risque est encouru par les managers de l'entreprise qui perd son indépendance dans le cas d'une prise de contrôle hostile. Et éventuellement pour le site de production national qui peut voir un centre de décision disparaître en cas d'opération transfrontière.

Risques : Mais les managers doivent-ils utiliser l'argent des actionnaires pour se couvrir ?

Denis Kessler : L'opposition managers-actionnaires me semble largement caduque, compte tenu du développement bienvenu des stock-options. Le risque de perte d'indépendance se pose dans des termes différents lorsque le management dispose de stock-options. Si le management commet des erreurs, gère mal les risques et se trompe dans les décisions stratégiques, il subira, à l'instar des autres actionnaires, la perte de valeur dont il est responsable. Le management de la quasi-totalité des entreprises mondiales subit directement, dans son patrimoine, les conséquences, positives ou négatives, de ses décisions.

Risques : En ce qui concerne le risque technologique, la non-maîtrise par les individus de technologies peut remettre en cause les marchés, la structure des entreprises et les produits eux-mêmes. Le risque technologique est-il une nouveauté aussi importante que la mondialisation ?

Denis Kessler : Oui, incontestablement, parce que, dans une période d'accélération du progrès technologique, les risques que l'on peut qualifier de « risques de développement » sont de plus en plus fréquents. Lorsque les technologies sont bien établies (la bicyclette par exemple), le risque de développement

est nul. En revanche, quand on met au point un nouveau produit qui passe par des technologies différentes (la biotechnologie par exemple, le recours au champ électromagnétique, le nucléaire), on entre dans un univers qui est partiellement inconnu, donc les risques de développement deviennent importants. Il est nécessaire de faire la distinction entre l'univers probabiliste, dans lequel la théorie de la gestion des risques s'applique aisément, et l'univers qui n'est plus probabiliste, mais incertain, dans lequel il peut y avoir des « états du monde » dont on ne peut pas connaître la probabilité d'occurrence. Pour cet univers se pose le problème du risque de précaution, qui a connu au cours des années passées un fort retentissement. Ce point est un véritable problème dans les domaines nouveaux pour lesquels les technologies ne sont pas stabilisées, ni dans leur émergence ni dans leurs effets. L'état de la science est instable dans de nombreux domaines, et il faut précisément garder à l'esprit l'état de la science lorsque tel ou tel produit ou service a été développé et mis sur le marché.

Tous ceux qui sont confrontés à ces phénomènes connaissent bien le problème : d'un côté, il est important de promouvoir la technologie, la recherche et le développement parce que c'est fondamental pour la croissance de l'économie à moyen et à long terme, mais, de l'autre côté, on ne peut éliminer les risques de développement liés à ces nouvelles technologies, et il faut bien les accepter. La frontière entre le monde du risque et le monde de l'incertitude n'est pas clairement délimitée, il existera toujours une zone d'ombre. Ce débat du risque de développement se pose avec beaucoup plus d'acuité aujourd'hui que par le passé.

Risques : Quel est le rôle de l'entrepreneur, des personnes dont le métier est de gérer le risque, et des pouvoirs publics ?

Denis Kessler : Chaque jour se créent des risques nouveaux dont nous n'avons pas conscience, alors que les risques traditionnels ne disparaissent pas. Illustrons notre propos : sur 100 % des indemnités d'assurance dans le monde, on peut estimer que plus de 80 % sont liées à des dommages causés par la nature. Les risques liés aux phénomènes naturels continuent à être à la source de l'essentiel des destructions de valeur dans le monde. Certes, la nature des risques évolue, mais il n'y a pas de rupture ; elle avait une dimension aléatoire qui devient plus graduelle, une dimension isolée

qui devient plus groupée, une dimension nationale qui devient plus mondiale, une dimension connue qui devient plus inconnue, et, je le répète, avec une frontière difficile à établir entre ce qui relève de l'incertitude et ce qui relève de l'aléa.

Prenons les risques financiers. Il y a une trentaine d'années, le risque de change existait, et il n'y avait pas de marché de couverture. Il était difficile de reprocher aux gestionnaires d'éventuelles difficultés. Aujourd'hui, les marchés de couverture existent. Et les actionnaires ne comprennent pas que le résultat d'une entreprise soit obéré par des expositions aux risques de change mal gérées. En même temps, si l'on en croit de nombreux théoriciens, l'existence même des marchés de couverture est susceptible d'amplifier les variations des phénomènes sous-jacents. Les méthodes nouvelles de gestion de ce risque financier sont utiles et leur utilisation indispensable car elles permettent de protéger la valeur nette de l'entreprise.

La gestion des risques ayant changé, l'approche des juristes eux-mêmes a changé. Ainsi, d'ailleurs, que les dispositions législatives. De ce fait, la notion de responsabilité a connu dans le monde entier des évolutions en profondeur. En cas de survenance d'un dommage, la recherche de responsabilité ne se pose pas dans les mêmes termes qu'il y a vingt ans. La responsabilité a été étendue dans tous les domaines. Or, cette extension de la responsabilité en cas de survenance d'un risque crée elle-même des risques pour tous ceux qui doivent l'assumer, les producteurs, les entrepreneurs, les médecins, etc., mais aussi désormais les pouvoirs publics.

Risques : Peut-on tout de même penser que la part du risque assurable augmente ?

Denis Kessler : Le risque est la matière première des assureurs et cette matière première est en expansion. Le « gisement des risques » semble inépuisable. Mais, pour que cette matière se transforme en demande d'assurance, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Les acteurs économiques doivent disposer de l'information adéquate sur les risques, tant quantitativement que qualitativement, ils doivent vouloir se prémunir contre eux, ils doivent enfin vouloir ou pouvoir y consacrer les ressources nécessaires. Or, trois grandes évolutions ont caractérisé ces vingt dernières années le monde de l'entreprise (et d'ailleurs celui des ménages également) : la connais-

sance générale et particulière des risques a formidablement progressé ; l'identification des risques et la volonté de les gérer plutôt que de les subir ont considérablement progressé ; l'aversion absolue et l'aversion relative aux risques se sont également fortement élevées.

Sur ce dernier point, permettez-moi de rappeler ce paradoxe apparent selon lequel plus une société est développée, plus l'aversion aux risques y est forte. Plus le patrimoine est élevé, plus l'aversion relative aux risques est forte. La preuve ? Ce n'est pas un hasard si les entreprises les plus riches en fonds propres sont celles qui consacrent le maximum de ressources à la gestion des risques et qui s'assurent le plus. En revanche, trop de petites sociétés, voire des sociétés moyennes, se caractérisent par leur méconnaissance des risques, ce qui les fragilise. Autre exemple : le classement des pays par niveau de cotisations d'assurance par tête est strictement corrélé au classement des pays en PIB par tête.

Risques : L'État joue-t-il son rôle en matière de gestion des risques ?

Denis Kessler : L'État a toujours joué un rôle important dans la gestion des risques. On peut même prétendre que c'est sa fonction. Pendant longtemps, les deux activités régaliennes par excellence étaient la recherche de la sécurité externe, d'une part, et celle de la sécurité intérieure, d'autre part. Au cours du temps, l'État a élargi ses interventions pour s'occuper d'un nombre considérable de risques. C'est surtout au XX^e siècle qu'il a étendu son domaine d'intervention à la quasi-totalité des risques de l'existence, maladie, vieillesse, chômage. Aujourd'hui, il poursuit l'élargissement de son domaine ; on peut ainsi citer par exemple les projets de couverture de l'aléa thérapeutique ou les fonds de garantie mis en place par la loi dans le cas de défaillances de sociétés d'assurances. L'État moderne, surtout en France, se veut « préventeur », assureur et réassureur. Il y a en quelque sorte une incroyable offre d'assurance de la part de l'État. Elle se manifeste de deux manières.

Premièrement, l'État légifère, et la réglementation est un moyen de gestion des risques. Des exemples ? Ils sont innombrables. La décision d'élaborer un statut de la fonction publique permet d'éviter à ceux qui en bénéficient le risque de chômage. Une réglementation peut protéger par exemple les consommateurs, les

emprunteurs, les épargnants. L'État peut interdire certaines activités risquées, ou les encadrer, ou édicter des normes censées limiter les risques. C'est le cas du Code de la route, de la visite technique obligatoire pour les automobiles de plus de cinq ans d'âge, ou des normes en matière de circulation aérienne. Cessons là cette énumération, qui serait autrement sans fin ! Répétons simplement que la législation, la réglementation sont les voies principales utilisées par l'État dans le domaine de la gestion des risques. L'invocation par l'État, au cours de la période récente, du principe de précaution en est une illustration parfaite : pour éviter que des risques ne surviennent, même si les experts ne sont pas convaincus de la réalité des risques associés à telle ou telle activité, l'État interdit au nom du principe de précaution (que d'aucuns considèrent aussi être le principe du parapluie politique...).

Deuxièmement, l'État peut, outre la réglementation, mettre en œuvre des transferts de ressources et agir comme une grande société d'assurances, alimentée non pas de manière volontaire par des cotisations, mais de manière obligatoire par des impôts et par des prélèvements obligatoires de toute nature (cotisations, CSG...). L'État peut toujours mettre en œuvre des transferts monétaires où certains citoyens – les contribuables ou les cotisants principalement – sont appelés à redistribuer leurs ressources à d'autres citoyens au nom de la « solidarité ». Il s'agit de la fonction « redistributive » de l'État, qui englobe la levée de l'impôt, des cotisations sociales, et le versement de tous les transferts monétaires possibles et imaginables de ressources entre classes de risques, entre classes d'âge, entre générations, entre catégories de revenus.

Risques : Je crois qu'il y a une troisième catégorie, la protection contre les catastrophes.

Denis Kessler : Non, le dispositif mis au point au début des années 80 pour couvrir la population contre les catastrophes naturelles s'apparente bien à la seconde catégorie d'intervention de l'État dans le domaine des risques, mâtinée certes de la première catégorie. Je m'explique. Tous les Français sont couverts contre les catastrophes naturelles dès lors qu'ils ont acquitté une cotisation d'assurance de dommages. Ils paient une « surprime » obligatoire de 12 % qui les garantit contre la survenance d'inondations, de coulées de boues, de tremblements de terre (mais pas les tempêtes, qui

restent hors du dispositif catastrophes naturelles). Il y a couverture obligatoire, surprime obligatoire, mais le dispositif reste privé, hormis la possibilité de se réassurer auprès de la Caisse centrale de réassurance (CCR), qui dispose, elle, de la garantie de l'État, en cas de sinistres majeurs dépassant les capacités financières du marché. Ce n'est pas de la redistribution publique ou sociale au sens propre du terme, mais de la prévoyance (un peu) forcée. L'État intervient d'ailleurs dans ce domaine comme il rend également obligatoire l'assurance RC automobile sans en fixer le prix. La fonction de l'État est tutélaire : l'assurance pour certains risques est obligatoire, il s'agit bien d'une catégorie spécifique de bien public.

Risques : Je pensais aux risques qui dépassent les capacités de protection, comme le risque nucléaire.

Denis Kessler : Il s'agit d'une fonction de l'État qui est d'être, pourrions-nous dire, l'assureur en dernier ressort. Dans le cas des catastrophes naturelles vraiment majeures, il est largement admis que seul l'État peut mettre en œuvre une opération de mutualisation le plus large possible : celle qui concerne l'ensemble des citoyens au travers de l'impôt.

De manière générale, j'ai tendance à croire que, face aux risques, l'État devrait privilégier la voie de la réglementation plutôt que la voie de la redistribution financière directe. La multiplication des législations protectrices devrait l'emporter sur la fonction de redistribution des richesses mise en œuvre directement par l'État lui-même. En d'autres termes, entre indemniser directement les victimes et encadrer, voire interdire, la production ou la consommation d'un bien, l'État choisira le plus souvent la seconde solution.

Risques : Comment expliquer le fait que l'État ait tendance, dans ses fonctions de service public, à s'assurer, ce qu'il ne faisait pas autrefois ?

Denis Kessler : Nous avons tendance, l'État comme les entreprises, à oublier deux dimensions économiques de l'assurance. Il ne faut pas croire que gérer un risque en interne ou en externe soit strictement équivalent. Nous avons quelquefois tendance à croire que, pour protéger l'actif net d'une entreprise, le contrat d'assurance est un substitut pur et parfait aux fonds propres, alors que ce n'est pas la réalité. Tout le monde admet qu'il y a une dimension, dans la relation

externe entre un banquier et un emprunteur, qui n'est pas la même qu'entre un actionnaire et une société. La fonction que l'on peut qualifier de « disciplinaire », très importante dans la relation entre les partenaires, modifie en profondeur la nature du risque.

À l'époque où les collectivités locales étaient censées être « assurées » par l'État, l'État ne réparait (presque) jamais lorsqu'elles subissaient un sinistre. Il fallait attendre d'être inscrit dans le prochain budget, etc. Maintenant que les collectivités locales s'assurent, il est frappant de constater que leur patrimoine est restauré dès que le sinistre survient. Il est aussi remarquable de constater que la prévention s'est significativement développée, car les garanties d'assurance ne sont pas aussi facilement accordées que la garantie de l'État.

En règle générale, pour une entreprise, il est évident que le choix entre la protection « interne » et la protection « externe » est biaisé. D'une part, à cause de l'importance des taxes qui frappent les contrats d'assurance, ce qui encourage l'autoassurance sous toutes ses formes. D'autre part, parce que l'actionnaire n'est pas véritablement informé sur la couverture des risques par l'entreprise. Dans les pays anglo-saxons, l'information aux actionnaires tend à inclure la couverture des risques de l'entreprise par l'assurance, mais pas en France. Or, je le répète, ce n'est pas à l'actionnaire de porter les risques de l'entreprise qui auraient pu être évités, externalisés, transférés, mutualisés.

Avec la mondialisation, les entreprises devront de plus en plus être à même de certifier que les risques ont été correctement appréhendés. Aujourd'hui, les marchés exercent des pressions pour que les entreprises sortent de leur bilan tout ce qui peut être mutualisé ou transféré sur le marché de couverture des risques.

Risques : Pouvons-nous revenir sur les nouveaux risques auxquels l'entreprise est confrontée ?

Denis Kessler : Autrefois, les risques n'étaient pas véritablement prévisibles. Aujourd'hui, certains le sont, comme la possibilité de survenance du *bug* de l'an 2000 ou le passage à l'euro. Dans l'avenir, les entreprises devront sans cesse se protéger contre des phénomènes identifiés. Ce phénomène de prévisibilité est tel que l'on pourrait parvenir au point où l'argent que l'entreprise dépensera pour se protéger contre un risque pourrait être indemnisé par l'assurance si le risque ne s'est pas manifesté ! Les risques à prévoir, pour lesquels l'événement est presque certain si rien

n'est fait, sont un nouvel aspect de la responsabilité des entreprises. On leur demandera par exemple comment elles se sont réellement préparées à l'euro ou à tel ou tel choc technologique, social, etc.

Cet aspect vaut également pour les ressources humaines. Certains reprochent actuellement aux entreprises de ne pas avoir géré leur pyramide des âges de manière prévisionnelle ou d'avoir laissé se dégrader le climat social au point d'être confrontées à des conflits à répétition.

Le développement de la technologie, de la sociologie et, plus largement, l'approche moderne des sociétés font que l'on se dit que les risques deviennent toujours plus prévisibles et gérables en amont.

Si le risque était exogène à l'entreprise, il ne poserait pas de problèmes. Or, aujourd'hui, on prend conscience du nombre de catastrophes qui sont attribuées à l'erreur humaine.

La recherche en responsabilité va devenir systématique et, si le risque est endogène, la responsabilité sera totale. La recherche permanente de la mise en cause de la responsabilité préoccupera l'entrepreneur dans les années à venir, responsabilité pour les risques vis-à-vis du personnel, de l'environnement, des actionnaires, des consommateurs, des autres producteurs, etc. Désormais, le grand entrepreneur sera celui qui saura identifier et gérer les risques de façon à pouvoir répondre à toutes les sollicitations et être ainsi valorisé sur son activité propre, *genuine* comme l'on dirait dans le monde anglo-saxon.

Risques : Parlez-nous des risques liés à des contre-pouvoirs, comme le harcèlement moral, le piratage informatique, les risques sociaux, le changement d'actionnaires, les menaces de boycott, etc.

Denis Kessler : Le boycott, qui est d'ailleurs une action condamnée par la loi, est un risque extrêmement difficile à gérer, et aucun juge ne parviendra à établir la responsabilité d'une association qui appelle au boycott ou, plus difficile encore, la responsabilité des gens qui décident de ne plus consommer un produit donné.

Dans un autre registre, aux États-Unis, de plus en plus d'affaires mettent en cause des cadres qui rendent publiques des informations stratégiques concernant leur entreprise, pour se venger parce qu'ils n'ont pas

obtenu une promotion ou parce qu'ils ont été licenciés. Ce phénomène était inconnu autrefois, car le personnel était très loyal envers son entreprise. Le harcèlement moral est pour moi une nouvelle extension de l'intervention du juge dans l'entreprise. La loi n'éradiquera pas le harcèlement, malheureusement, mais le sanctionnera pénalement, avec les difficultés évidentes d'en apporter la preuve. Je ne suis pas sûr que la présence, l'omniprésence du juge dans l'entreprise soit une bonne chose. Je suis même convaincu du contraire !

Risques : Que pouvez-vous nous dire sur les autres risques ?

Denis Kessler : Je peux vous parler des risques de changement de réglementation. Actuellement, les changements législatifs ou jurisprudentiels à effet rétroactif préoccupent les entrepreneurs. Ces changements peuvent en effet modifier tout l'équilibre économique d'un contrat noué il y a plusieurs années. La rétroactivité fiscale est un autre aspect de cette instabilité, mais la rétroactivité juridique est tout aussi grave. Dans le cadre de l'affaire des centres de transfusion sanguine, l'État a demandé au Conseil d'État d'abolir le décret de 1980 qui prévoyait une clause type de limitation de la garantie dans le temps. L'annulation de cette clause type modifie la nature de tous les contrats !

Les insécurités juridique, législative ou fiscale représentent donc des risques très importants.

En outre, il ne faut pas oublier le risque de jurisprudence. Si une clause figurant dans un contrat est examinée par un juge dix ans après sa rédaction à cause d'un contentieux et que ce dernier l'interprète dans un sens ou dans l'autre, il requalifie *de facto* et *de jure* toutes les clauses de tous les contrats en vigueur. Une décision de justice peut alors modifier tout l'équilibre d'un marché.

Pour se développer, l'assurance a vraiment besoin d'un environnement – juridique, fiscal, législatif, réglementaire – stable. Dans ce secteur, tout se passe dans un horizon de long terme. Mais l'histoire montre que l'assurance, en se développant, contribue à instaurer cet environnement propice à l'essor économique et social des nations modernes.

AFFRONTER L'E-RISQUE

Gérard Compain

Directeur général, groupe Ingenico

Les risques liés à l'utilisation des technologies de l'Internet sont multiples et concernent aussi bien le système d'information de l'entreprise que son organisation interne ou son environnement. Pour les maîtriser, l'auteur préconise la sécurisation des transactions électroniques et une redéfinition complète du système d'information de l'entreprise et de ses procédures de fonctionnement.

Toutes les entreprises n'ont pas le même comportement face aux nouvelles technologies. La vitesse et l'ampleur de la mise en œuvre des e-solutions¹ (du simple Intranet au commerce électronique mondial, en passant par les Extranets et autres e-solutions) sont très variables d'une société à l'autre et dépendent fortement de la stratégie adoptée et des cultures nationales d'origine.

Pour certaines, la technologie Internet est essentielle. Elle influe sur la productivité et la compétitivité, et son introduction est du ressort des directions générales. Pour d'autres, elle n'est qu'un média supplémentaire qui nécessite une adaptation afin de pouvoir saisir certaines occasions ou, plus simplement, préserver un acquis. Pour une minorité, Internet s'infiltré sous forme d'applications innovantes et est assortie d'un certain laisser-faire. Une seule chose est certaine, personne désormais ne peut échapper au phénomène !

Actuellement, dans les entreprises, les domaines fonctionnels où sont utilisées les e-solutions sont multiples : communication, marketing, informatique, ressources humaines, relation et support client, finance et administration, production et logistique, achats et, enfin, recherche, développement et qualité, c'est-à-dire l'ensemble des fonctions de l'entreprise.

Les e-solutions mises en œuvre au cours de la dernière décennie se répartissent de façon égale entre celles dédiées à l'amélioration des processus internes et à la gestion et celles tournées vers l'activité commerciale et promotionnelle.

Contrairement aux idées reçues, les solutions de commerce électronique qui, *de facto*, redessinent les contours de l'entreprise, sont en minorité.

Dans ce contexte, quels sont, pour les entreprises, les risques inhérents à l'utilisation des technologies de l'Internet ?

Risques

■ Un risque d'immobilité

◆ Par rapport à la concurrence

• *De nouveaux concurrents*

L'abolition des frontières géographiques liée à l'utilisation de l'Internet accroît la compétition entre les différentes entreprises et la rend de plus en plus agressive. Cela s'explique par un nombre croissant de fournisseurs, plus réactifs, par des tarifs plus bas, ainsi que par l'émergence de nouveaux concurrents qualifiés de « pure players », dont les coûts fixes sont nettement inférieurs.

• *De nouveaux consommateurs*

Qu'ils soient entreprises ou particuliers, les consommateurs ont accès à une source d'informations considérable et à une plus grande transparence des prix. Par ailleurs, force est de constater que les acheteurs ont plus souvent tendance à se réunir autour de communautés d'intérêt et que,

par voie de conséquence, ils disposent d'un pouvoir de négociation plus important.

◆ Par rapport à la modification des schémas traditionnels

- *Un risque de cannibalisation des activités traditionnelles*

Cela est particulièrement vrai pour les entreprises de services qui, en intégrant des solutions de vente en ligne, peuvent arriver à une situation de « cannibalisation » de l'activité traditionnelle de l'entreprise.

- *Un risque important de désintermédiation, voire de « re-intermédiation »*

La possibilité pour l'utilisateur final ou le consommateur d'avoir accès directement ou plus facilement au producteur modifie sensiblement la chaîne de valeurs. Cette situation peut entraîner la disparition de certains intermédiaires, tout comme elle peut en favoriser l'apparition de nouveaux, dits « non traditionnels ».

Par ailleurs, l'utilisation des technologies de l'Internet introduit de nouveaux circuits au sein de l'entreprise, parfois plus performants, ce qui peut créer des conflits avec les circuits existants.

◆ Par rapport au non-accompagnement

- *Un risque de rejet par les salariés de l'entreprise*

La technologie Internet, comme toute nouvelle technologie, est encore considérée par une majorité de salariés comme le domaine réservé de l'informatique (ingénieurs) qui, à ce titre, éprouve une vive inquiétude vis-à-vis de l'utilisation de ce nouvel outil.

Par ailleurs, la mise en œuvre de ces technologies sans l'accompagnement d'un véritable plan de formation et de communication est vouée à l'échec.

- *Un risque de modification des rapports avec les partenaires traditionnels*

Les processus d'achats en particulier et des e-procédures² en général nécessitent une mise en

adéquation des besoins et des ressources des différents partenaires, acheteur et fournisseur, dépositaire et utilisateur, etc.

■ Un risque financier

- *Une incertitude sur les investissements*

La dépense moyenne en e-solutions des entreprises était estimée à 1 200 KF à la fin de l'année 1999. Les entreprises de 2 000 salariés et plus engagent une dépense moyenne de l'ordre de 7 500 KF. Malgré l'importance de ces investissements, la faiblesse, voire l'absence de *business case*, rend très difficile les prévisions de retour sur investissement.

Si l'on se concentre plus particulièrement sur l'activité commerciale, nombre d'entreprises perdent encore de l'argent.

- *Assurer la pérennité de l'entreprise*

Pour certains types d'activité – édition, assurances et toute entreprise dont le métier est de « manipuler » de l'information –, c'est l'activité première qui peut être remise en cause, compte tenu d'autres règles du jeu.

- *Une capitalisation boursière aléatoire*

L'euphorie de la Bourse pour les *dot companies* s'est récemment apaisée. Nous avons pu assister à des capitalisations boursières extraordinaires basées uniquement sur des espérances de gains et des prises de marché. Les potentialités de l'outil ne doivent pas cacher les réalités économiques qui reposent encore sur la réalisation de transactions qui, même si elles sont virtuelles, doivent tout de même être réelles.

■ Un risque pour la cohérence

- *Préserver l'image de l'entreprise*

La mise en œuvre des technologies de l'Internet au sein d'une entreprise représente un processus

complexe qui aura un impact sur les processus et procédures aussi bien internes qu'externes.

À ce titre, si l'entreprise veut conserver son image, il lui faut définir au niveau de ses instances dirigeantes une réelle stratégie Internet et établir un véritable plan de communication.

Cela implique d'en gérer en permanence le contenu, que ce soit au niveau d'un Intranet, d'un Extranet ou d'un site Web, faute de quoi les utilisateurs de ces outils, qu'ils appartiennent à l'entreprise ou qu'ils soient extérieurs, ne les utiliseront plus et seront d'autant plus réticents à toute innovation technologique future.

Cela est également vrai au niveau des performances techniques, à savoir fiabilité, disponibilité, rapidité. En effet, si ces caractéristiques ne sont pas au rendez-vous, outre la désaffection des utilisateurs, l'impression finale sera celle d'un outil à peine maîtrisé, d'un système encore immature et surtout d'un service de qualité médiocre.

- *Une stratégie de distribution cohérente*

La multiplication des médias permettant d'acquérir un produit ou un service doit être gérée avec précaution afin d'assurer une bonne homogénéité du réseau de distribution (ne pas désintermédier le réseau de distribution par des ventes directes), de ne pas rogner les marges (déstabiliser une politique de prix internationaux) et de favoriser les médias les moins coûteux en frais d'exploitation (*e-banking*³ par rapport au guichet).

■ Un risque pour la protection des ressources

- *Protection des accès aux ressources logiques*

Cette partie est la plus évidente et la plus médiatisée. Il est nécessaire de définir et de mettre en œuvre une véritable politique de sécurité qui identifie les données sensibles, définisse avec précision les risques identifiés et les moyens de protection et mette en place les procédures de réaction en cas de sinistre.

- *Gestion des paiements et des transactions électroniques*

Autre sujet médiatique, la sécurisation des paiements est un problème crucial pour les entreprises qui veulent se lancer dans le commerce électronique.

- *Protection d'image*

La simple utilisation des ressources informatiques à des fins malveillantes, sans aucune conséquence pour les ressources du système d'information, peut nuire gravement au fonctionnement de l'entreprise : articles de presse négatifs, inscription sur des listes noires qui refusent tout courrier informatique en provenance de sites « spammeurs »...

Une réponse : sécuriser les transactions électroniques

Les cartes à puce, qu'elles soient bancaires, téléphoniques ou de contrôle d'accès, constituent des éléments de sécurisation éprouvés qui tendent à se généraliser. Ce sont des outils parfaitement adaptés à l'usage et au développement de l'Internet.

Passé l'habituelle guerre des protocoles et des standards, elles devraient trouver leur place dans ce marché, compte tenu de leurs capacités annexes liées au multi-applicatif.

Dans le cadre de son activité principale, à savoir la sécurisation des transactions électroniques, Ingenico est confronté au développement de risques, qu'ils soient nouveaux ou déjà identifiés. Ces risques peuvent être classés en trois catégories – la fraude, le piratage et la perte d'informations –, et leur augmentation provient du développement des nouveaux réseaux et de la dématérialisation de l'information.

Pour illustrer notre propos, citons un exemple connu de tous, celui de l'augmentation de la fraude par carte liée au développement, pourtant encore relativement modeste, du commerce élec-

tronique. Alors que l'utilisation généralisée de la carte à puce en France dans les réseaux de paiement électronique avait permis de ramener le taux de cette fraude à des niveaux très faibles, l'impossibilité d'utiliser cette technologie pour le commerce sur Internet (en raison de l'absence de lecteurs de cartes chez les internautes) nous ramène des années en arrière en ce qui concerne la protection du système contre le risque de fraude. Pire encore puisque la grande accessibilité de l'information, qui constitue la qualité principale de l'Internet, augmente le risque que les fraudeurs puissent avoir accès à des données critiques comme le numéro de carte bancaire ou des données sensibles sur les individus (profil médical...), et s'en servent ensuite sur un nombre de sites toujours plus important et dans un temps si court que le système de protection est incapable de réagir efficacement. Ce risque de fraude est particulièrement important dans le B2C⁴, mais il devrait augmenter dans le B2B⁵ avec le développement de l'usage de l'Internet pour les transactions entre entreprises.

Ingenico, en partenariat avec les banques et les principaux émetteurs (Visa, Europay, Mastercard, American Express) travaille à la mise au point de nouvelles solutions pour diminuer ce risque de fraude : les cartes virtuelles, les architectures cryptographiques à clés publiques (PKI), l'utilisation du téléphone mobile ou des assistants personnels pour identifier et authentifier les acheteurs et idéalement signer les transactions.

Comme toujours dans ce domaine, l'émergence d'une vraie solution passe par la définition de standards, nécessairement universels puisque le risque se situe à l'échelle de la planète.

La carte à puce demeure cependant la technologie idéale (et Ingenico a mis au point pour le compte de Cybercom un système très fiable) ; si le coût d'un lecteur de carte reste trop élevé pour un particulier, il n'est pas un obstacle pour une entreprise et on peut imaginer une généralisation de son usage dans ce milieu, d'autant plus que la carte à puce permet de s'attaquer au piratage, autre risque majeur qui menace les entreprises.

Si l'Internet, dans le prolongement de l'Intranet, constitue pour les entreprises un formi-

dable outil de communication à destination de leurs employés et de leurs clients, son usage augmente considérablement le risque de piratage des informations confidentielles et des secrets industriels de l'entreprise, ainsi que celui d'endommagement, voire de destruction, des bases de données essentielles à son fonctionnement.

L'actualité et la multiplication des virus informatiques montrent clairement qu'il ne s'agit pas là d'un risque virtuel, même si l'on n'a pas encore assisté à des actes de terrorisme informatique qui sont pourtant envisageables. Et les entreprises sont d'autant plus vulnérables que la dématérialisation des transactions, en particulier et plus généralement des documents, s'étend et supprime de fait la sauvegarde papier comme moyen de récupérer les données perdues à la suite d'un piratage ou d'un incident.

La technologie seule – carte à puce, Firewall⁶, mais aussi infrastructure cryptographique de clés publiques – ne permet pas de faire face à de tels risques ; il est nécessaire de repenser l'organisation complète du système d'information et les procédures de fonctionnement. C'est l'une des raisons du positionnement d'Ingenico dans le métier du logiciel et des services visant à offrir à ses clients, et en particulier aux entreprises, des solutions complètes de chaînes transactionnelles sécuritaires afin de lutter contre les nouveaux risques qui les menacent.

En conclusion, un nouveau risque viendrait du refus de l'utilisation des technologies de la sécurisation des transactions électroniques sur le Net et non de l'Internet lui-même. Refuser l'utilisation d'un système de sécurité dans les transactions financières électroniques serait aussi ridicule que de refuser l'ABS ou l'*airbag* dans l'automobile.

Notes

1. Solutions informatiques utilisant les technologies de l'Internet.
2. Applications de l'Internet au domaine des échanges de documents administratifs.
3. Solutions d'Internet appliquées au domaine bancaire.
4. Transactions vers le consommateur.
5. Transactions interentreprises.
6. Pare-feu informatique.

DEMANDE D'ASSURANCE ET GESTION DES RISQUES DE L'ASSUREUR

Bernard Delas

Directeur général, CNP International

Les perspectives de développement de l'assurance sont multiples et prometteuses. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit aisé d'appréhender et de gérer de nouveaux risques. L'activité de l'assureur consiste à couvrir les risques de ses clients ; cette démarche de preneur de risques vaut également pour lui-même.

L'augmentation continue de la demande d'assurance

Je partage, avec Denis Kessler, l'idée qu'il existe un nouvel univers de risques en constante expansion. En effet, les risques anciens disparaissent moins vite que les nouveaux n'apparaissent.

Les risques à couvrir augmentent avec le développement des marchés, des entreprises et du PIB, et représentent un formidable potentiel de développement pour l'assurance.

À cet égard, il est intéressant de remarquer que la demande d'assurance sur de longues périodes a tendance à croître plus vite que le PIB, et ce, quelles que soient les situations, les contextes ou les circonstances.

Dans une économie développée, la propension à s'assurer augmente – ce qui est logique – dans les phases fastes du cycle économique. Plus il y a de richesses créées, plus on est incité à les protéger et plus on a les moyens de le faire.

Mais il est plus étonnant de constater qu'il en va de même dans les phases de dépression. La peur

du chômage ou des jours difficiles incite aussi à développer des attitudes de précaution : épargne, amélioration des couvertures du patrimoine...

Dans les économies en voie de développement, le besoin d'assurance grandit lui aussi à un rythme rapide, plus rapide que celui du niveau de vie. En effet, la demande d'assurance n'est pas seulement fonction du niveau de développement économique. Elle dépend aussi du degré d'organisation et de complexité de la société. Dans une société qui se développe, les systèmes d'assurance prennent progressivement la place de la solidarité familiale.

Dans les pays développés où l'État joue un rôle très important dans le domaine de la protection sociale, le besoin d'être protégé et la tendance à l'individualisme d'une population « assistée » par la collectivité développent l'aversion au risque. Là encore, c'est un puissant moteur pour développer l'assurance des risques – car il en existe toujours – qui ne sont pas pris en charge par l'État ou par la solidarité nationale.

Cela est vrai aussi lorsque l'État s'engage dans la couverture d'un risque nouveau. Comme il le fait toujours de façon partielle, il se crée ainsi de nouveaux besoins d'assurance complémentaire. (On peut, par exemple, citer le cas de l'assurance dépendance.)

Enfin, dans les économies où l'État – pour des raisons philosophiques ou économiques – se désengage de la protection sociale (santé, retraite), il contribue bien évidemment au développement d'activités nouvelles pour les assureurs : assurance maladie, accidents du travail, fonds de pension...

Comme on le voit, les perspectives de développement de l'assurance sont multiples et prometteuses. Cela ne veut pas dire toutefois qu'il soit aisé d'appréhender et de gérer ces nouveaux risques. Mais il s'agit là d'un autre sujet, celui du développement nécessaire du professionnalisme dans l'assurance.

Le rôle de l'entrepreneur dans la gestion des risques est prépondérant

Je voudrais illustrer, à travers la gestion des risques du groupe CNP Assurances, cette autre idée présentée par Denis Kessler.

CNP Assurances est un assureur de personnes en France, sans activité d'assurance de dommages aux biens. Son développement, sa croissance et sa politique de développement international font émerger des risques nouveaux (risque de change, risque d'image, risque de chute brutale du cours de la Bourse...) et donc, comme toute entreprise – même du secteur de l'assurance –, elle cherche à couvrir ces risques sur les marchés.

En tant qu'assureur, CNP Assurances a pour activité de couvrir les risques de ses clients ; cette démarche de preneur de risques vaut également pour elle-même.

CNP Assurances gère les mêmes risques opérationnels que les banques, les entreprises industrielles ou commerciales, c'est-à-dire les risques découlant de l'erreur humaine. Elle met en place des mesures de détection et de prévention de ces risques.

La taille de ses activités en France, à travers les contrats apportés par les réseaux de La Poste et des Caisses d'épargne notamment, a nécessité une infrastructure de gestion de type industriel. La sécurité informatique, celle des bâtiments et des télécommunications sont au cœur des préoccupations de la direction.

Un dispositif de continuité des activités vitales a été mis en place depuis plusieurs années et testé lors du passage à l'an 2000. Chaque année, les responsables de ces activités vitales et leurs équipes testent les dispositifs de repli sur des sites extérieurs dédiés où le personnel exerce les mêmes activités que sur son lieu de travail habituel. Un suivi des tests sur les sites de repli permet de mesurer la pertinence du dispositif et d'en améliorer certaines séquences.

Chaque année, CNP Assurances, cotée à la Bourse de Paris, présente au comité d'audit du conseil de surveillance un point sur la gestion des risques, opérationnels et financiers.

La gestion des risques financiers est étroitement liée aux engagements pris vis-à-vis des assurés. La pertinence du choix des actifs (actions, obligations, actifs immobiliers) sur la durée des engagements pris constitue la base de la gestion des risques actif-passif.

Enfin, les risques liés aux changements d'environnement, réglementaire ou fiscal, peuvent être d'une très grande ampleur. La diversification géographique représente par conséquent, pour l'entrepreneur, un moyen de limiter les risques de ses actionnaires.

LES RISQUES ET L'ENTREPRISE PUBLIQUE

Louis Gallois

Président, SNCF

Toute entreprise, pour préserver et modeler son avenir, doit se réinventer et se renouveler dans un contexte où la problématique des risques et de leur couverture occupe une part prépondérante. Une entreprise publique telle que la SNCF n'échappe pas à ce processus.

L'expansion des risques est présentée par Denis Kessler comme la conséquence de la mondialisation et de la diffusion des nouvelles technologies, ainsi que de la complexité croissante de la réglementation et de la multiplicité des normes.

Expansion des risques ou nouvelle culture d'entreprise ?

En fait, les entreprises ont une approche plus pragmatique et rationaliste de la perception de leurs risques qui est favorisée par l'essor aussi bien interne qu'externe des technologies de l'information et de la communication.

La sensibilité aux risques traditionnels (incendie, explosion...) demeure et ne disparaîtra jamais car ces risques restent importants pour la pérennité et la préservation du patrimoine comme pour la sécurisation de la création de valeur.

Mais pour un nombre croissant de sociétés, le risque est devenu une véritable culture d'entreprise où chacun est impliqué, à tous les niveaux décisionnels, dans le processus visant à limiter ses conséquences et à anticiper sa survenance.

Les risques sont désormais appréhendés de façon nouvelle, dans le cadre de la stratégie globale, plutôt que de manière spécifique et isolée.

Le risque est abordé au travers des principaux enjeux auxquels l'entreprise est confrontée, par le biais notamment de la recherche de la qualité, du fait de la nécessité de garantir à ses clients la conformité de ses produits ou prestations, des nouvelles dimensions qui influent sur la valeur de la société, telles que la réputation, l'éthique, l'environnement ou, de façon plus large, son développement durable.

Cette appréhension active et offensive des risques n'est pas l'apanage des firmes privées. L'objectif de toute entreprise, qu'elle soit publique ou privée, est de produire, de manière toujours plus efficace, en termes de qualité et de coût.

La qualité de la gestion des risques d'une entreprise publique, bien qu'elle ne soit pas exposée aux aléas d'une perte de valeur en Bourse ni à une OPA, est aussi vitale que sa réussite technique. Elle n'a pas de raison d'être différente de la gestion d'une entreprise privée. La différence réside dans les buts et non dans les méthodes.

Une entreprise publique telle que la SNCF doit relever plusieurs défis, porteurs d'enjeux mais aussi de risques, en démontrant qu'elle est non seulement performante, mais qu'elle gère également sa réputation en vue de son développement durable. Sa réflexion prospective déclinée dans son projet industriel intègre bien évidemment les risques économiques, environnementaux et sociaux.

Évolution de l'acceptabilité sociale des risques

Les nouveaux risques résultent moins des changements d'un monde devenu plus dangereux que du fait que la société, dans son ensemble, supporte de moins en moins l'idée qu'une entreprise puisse s'exonérer des responsabilités liées aux risques qu'elle engendre.

Le concept, jadis tout-puissant, consistant à légitimer son action en affirmant que l'on a agi conformément au droit et que le risque encouru était acceptable par les meilleurs experts du domaine considéré n'est plus suffisant à lui seul pour mettre l'entreprise hors de cause. Cette nouvelle exigence modifie profondément le contour des incertitudes auxquelles celle-ci doit faire face.

Aussi la prise en compte de ce nouveau contexte oblige-t-elle une entreprise publique comme la SNCF, à l'instar de toute société privée, à adapter sa stratégie en conséquence, tout en introduisant le management de crise comme composante quasi normale de sa gestion.

Son ambition, en tant qu'entreprise à forte composante technologique, est d'être une référence mondiale dans le domaine des techniques spécifiques du système ferroviaire, mais aussi de réussir sa transformation en société de services tournée vers ses clients, voyageurs et fret, alors que le paysage ferroviaire français et européen connaît des mutations profondes et qu'elle est confrontée tous les jours à la concurrence des autres modes de transport. Cette situation exige la mobilisation de toute l'entreprise, à commencer par celle de ses dirigeants.

Les dérapages provenant d'événements internes (accidents ferroviaires, conflits sociaux) ou de phénomènes extérieurs (catastrophes naturelles) peuvent, par effet de grappe, compromettre gravement ses objectifs dans tous ses domaines d'activité, remettre en cause la prévisibilité de ses résultats financiers, affecter sa capacité d'autofinancement et son image vis-à-vis de la clientèle, ses cocontrac-

tants, y compris son seul actionnaire et, par voie de conséquence, la collectivité publique.

La SNCF n'ignore pas que le risque majeur à prévoir peut résulter de l'effondrement du cadre qui a permis l'évaluation et l'acceptation du risque. L'immobilisation au sol du Concorde alors que ces avions ont volé pendant trente ans sans accident grave démontre que la question de la sécurité et de la fiabilité du matériel TGV établies depuis plusieurs décennies aux yeux de tous (institutions, techniciens, mais aussi clients) doit être posée en permanence dans toute sa complexité pour conserver la confiance de ses partenaires et surtout du public.

La réputation est-elle un risque ou un avantage concurrentiel ?

Les risques liés à la réputation ou à la perte de confiance s'appréhendent de la même manière que ceux qui menacent les autres actifs patrimoniaux. Ils ne doivent pas être cantonnés à la simple protection de la marque, bien qu'ils en soient souvent le prolongement.

Connus, mesurés et anticipés, ils peuvent être contenus et maîtrisés si l'entreprise se dote en amont d'une armure défensive en créant une équipe de gestion de crise et en privilégiant la transparence dans la communication.

Si une réputation est mal gérée, elle diminue la valeur boursière et financière d'une entreprise privée. Pour la SNCF, la sanction s'opérera au niveau de sa rentabilité et son avenir en sera affecté d'autant car il repose en fait davantage sur sa capacité à conquérir de nouveaux marchés et clients que sur l'étroitesse de ses relations avec l'État.

D'ailleurs, la perception qu'a le public de la SNCF, peut contribuer à améliorer son résultat. La gestion de son image constitue un avantage concurrentiel dont dépend sa capacité à s'attirer les bonnes grâces des investisseurs (pour l'apport de crédits et le financement de ses projets), des collec-

tivités territoriales (pour le développement de la régionalisation), de ses salariés (convaincus de travailler pour elle) et enfin des clients (pour poursuivre sa stratégie de croissance).

Le respect strict de la réglementation peut-il permettre de sauvegarder la réputation de l'entreprise ?

La réglementation : créateur de risques ou outil de prévention ?

« **L'**insécurité juridique, législative ou fiscale représentent des risques très importants » selon Denis Kessler. Il est vrai que les lois se suivent à une fréquence telle que les juges n'arrivent pas à fixer la jurisprudence.

Toute société industrielle ou commerciale, qu'elle soit publique ou privée, est soumise aujourd'hui à un nombre croissant de réglementations et de normes techniques, notamment dans le domaine de l'environnement. Leur impact financier et stratégique est décisif tant au niveau des coûts d'investissement que de la responsabilisation de l'entreprise et des individus qui la composent. Mais le droit communautaire ne laisse aux pouvoirs publics ni le temps ni le choix de la temporisation.

Du reste, la veille réglementaire ne suffit plus à prévoir l'évolution ou à anticiper les risques. La tendance du droit européen, du droit national et de la jurisprudence est à l'établissement d'un contexte global de responsabilisation objective de tous les acteurs économiques, en particulier avec l'application du principe du pollueur payeur ou du principe de précaution.

Une meilleure appréhension des risques, en amont comme en aval, pourrait être réalisée grâce à une collaboration plus étroite entre entreprises privées et pouvoirs publics. Cette démarche améliorerait la prévention et la couverture des

risques, qu'ils soient environnementaux ou qu'ils relèvent de catastrophes naturelles.

Si la réglementation n'est pas le moyen principal de fourniture d'assurance ou de gestion des risques pour les entreprises, comme l'a souligné Denis Kessler, elle n'en demeure pas moins un rouage efficace en ce qui concerne l'anticipation et la prospective des risques.

Le marché de l'assurance est-il réellement en expansion ?

C'est un fait pour Denis Kessler qui accentue ses propos en précisant que « ce n'est pas un hasard si les sociétés les plus internationales et les plus riches en fonds propres sont celles qui s'assurent le plus ».

Or, au cours des deux dernières décennies, le marché de l'assurance n'a pas échappé aux phénomènes de restructuration ou de concentration au travers d'opérations de fusion, d'acquisition ou d'alliances stratégiques à l'échelle mondiale.

Ce nouvel environnement n'a pas favorisé la création d'une capacité excédentaire de couverture et ce, d'autant que les assureurs plafonnent traditionnellement leurs garanties et sont enclins à limiter leurs engagements financiers face à la montée en charge du coût des risques, notamment ceux liés aux catastrophes naturelles.

En outre, chacun connaît les limites des techniques assurantielles puisque la plupart des risques qui menacent une entreprise ne peuvent être ni assurés ni couverts. Ces risques non transférables doivent être conservés et financés par l'entreprise selon des mécanismes autres que l'assurance ou les produits dérivés.

N'importe quelle grande entreprise privée ou publique, y compris la SNCF, est aujourd'hui confrontée à ce constat.

PROFESSIONNALISER LA PRISE DE RISQUE

Alain Joly

Président, L'Air liquide

Le risque appartient à la nature même des entreprises, il est lié à la plupart de leurs réalisations : sans lui, pas de progrès technologiques en médecine, pas d'avancées dans le secteur spatial. Toutefois, pour augmenter leurs chances de réussite, elles l'abordent différemment aujourd'hui, avec moins de fatalisme et davantage de gestion.

Les partenaires de l'entreprise, clients, actionnaires et personnel, ont, dans le domaine de la prise de risques, des attentes de plus en plus pressantes, et, dans le même temps, leurs options vis-à-vis de l'entreprise sont perçues comme de plus en plus ouvertes. En outre, en contrepartie de la notion de fidélité, qui a fortement évolué, se sont développées des relations innovantes et enrichissantes pour les deux parties.

Ainsi, dans cet univers sans cesse plus concurrentiel, l'entreprise cherche non pas à éliminer les risques, ce qui la condamnerait, mais à apprendre à les gérer. Elle se doit aussi d'être en perpétuel mouvement, car aucune position n'est plus désormais acquise durablement. Sans compter que la sanction des échecs est de plus en plus sévère. (Il faut noter à cet égard que la prise de risque par l'entreprise a toujours constitué de fortes opportunités positives de changement.)

Quels sont les facteurs de risques nouveaux ?

L'extension d'activité à de nouveaux marchés géographiques, sur lesquels l'entreprise se doit d'être présente, avec une multiplication du nombre de

partenaires et de clients, et ses implications en matière de communication entre cultures, de valeurs contractuelles ou de risques pays.

La montée de la concurrence, à la fois du fait de l'ouverture accrue des marchés et de la transparence des stratégies demandées par les investisseurs financiers.

Une époque de fortes innovations scientifiques et technologiques (technologies des télécommunications, molécules pharmaceutiques...), dont les enjeux et les risques sont difficiles à cerner.

Une accélération des mutations (réduction de la durée de vie d'un modèle d'automobile, renouvellement constant de la fabrication électronique), qui peuvent correspondre à des investissements colossaux, pour faire face au développement des besoins, à l'évolution de l'attente des clients et des marchés.

L'obligation de maîtriser complètement les processus. Une bonne idée et un bon produit ne suffisent plus pour assurer la réussite. Il faut en permanence disposer de la bonne information, les contrôles mis en place devant s'adapter à un environnement changeant.

Le rejet de plus en plus radical de certains risques technologiques acceptés passivement jusqu'ici, qui entraîne un encadrement réglementaire accru.

Une démultiplication des moyens de communication, qui vient sanctionner brutalement tout

manquement, réel ou supposé, aux règles établies précédemment, avec risque de débordement médiatique.

Une tendance lourde vers la recherche de responsabilités et le rejet du fatalisme face aux risques pris par l'entreprise (par exemple, le public est plus sensible aux risques technologiques de l'entreprise qu'aux risques des accidents de la route, du tabac ou de l'alcool). Cette tendance s'observe aussi pour les risques financiers ou de contre-performance opérationnelle, que les partenaires de l'entreprise, de mieux en mieux informés, sont en mesure de détecter rapidement (ainsi des réactions brutales des marchés boursiers à un *profit warning* ou à une performance trimestrielle inférieure aux attentes, avec réactions en chaîne sur les entreprises du secteur).

Comment gérer ces nouveaux risques ?

Les moyens mis en œuvre par l'entreprise pour gérer ces nouveaux risques dépendent fortement de sa taille et de ses activités. Les PME, par exemple, auront tendance à multiplier les « impasses », ce que

les grands groupes ne peuvent pas se permettre.

L'entreprise ressent aujourd'hui la nécessité d'évaluer clairement les risques liés à son fonctionnement. Cela la conduit :

- à organiser systématiquement l'analyse des risques lors des prises de décision (risques marchés, clients, pays, techniques, financiers, etc.) ;
- à procéder à des évaluations structurées des risques techniques liés aux processus de production et de distribution, aux risques produit ;
- à mettre en place des méthodes permettant de réduire ces risques et de mesurer régulièrement les progrès accomplis ;
- à se concentrer sur le « cœur » de ses métiers et à développer, dans les autres domaines, des partenariats avec des acteurs susceptibles de mieux maîtriser les risques, dans de bonnes conditions économiques ;
- à couvrir ces risques autant que possible par des instruments adaptés (assurances, couverture des risques financiers, etc.).

Si la finalité de l'entreprise est d'entreprendre, donc de prendre des risques, elle doit se montrer de plus en plus professionnelle dans leur évaluation, dans la mise en place des méthodes permettant de les réduire et, pour les risques résiduels, dans le choix des moyens pour les couvrir.

2.

Les risques de la gouvernance

techniques

■ Robert Leblanc

L'entreprise au cœur du risque

■ Alain Sauret • Georges Picca

Gérer les risques sociaux : une exigence pour l'entreprise

■ Élisabeth Fortis

La pénalisation des relations professionnelles : mythe ou réalité ?

■ Marie-Noëlle Dompé • Philippe Villey

Risques des sociétés et actions de minoritaires

■ François Pellet

Le harcèlement moral au travail

■ Jean-Pierre Piotet

Risque et réputation : l'entreprise sous le regard des autres

■ Éric Le Gentil

Le piratage informatique

L'ENTREPRISE AU CŒUR DU RISQUE

Robert Leblanc

Président du directoire, Siaci

Dans le n° 43 de notre revue, en septembre dernier, Ernest-Antoine Seillière opposait les « risquophiles » aux « risquophobes », lançant ainsi un débat qui rebondit encore aujourd'hui. Les entrepreneurs ont-ils tous le goût du risque et sont-ils les seuls à l'avoir ? On peut sans doute répondre par la négative à ces deux questions, tout en reconnaissant que le fait d'entreprendre constitue une prise de risque lourde. Et le plus difficile pour les entrepreneurs est que cette prise de risque n'est pas valorisée par la société française ; nous ne sommes pas près de voir s'élever des monuments à la gloire des entrepreneurs : « Aux créateurs de valeur, aux créateurs d'emplois, la patrie reconnaissante » !

Les élites françaises n'ont pratiquement jamais valorisé l'entreprise, qu'elles connaissent mal. On peut regretter aujourd'hui dans notre pays un manque de pensée libérale, propre à l'ensemble des camps politiques. Il faudra pourtant bien admettre un jour que la productivité est la condition de la prospérité et que la prospérité est la condition de la solidarité. Les choix politiques ne font qu'accompagner cette réalité.

Dans ce contexte, il est légitime que les entrepreneurs se sentent non seulement peu aimés et insuffisamment aidés, mais se voient même la cible de menaces qui pourraient les dissuader de poursuivre dans la voie où ils se sont engagés s'ils n'avaient la foi du charbonnier. Par entrepreneur, on peut entendre tout chef d'entreprise, mais particulièrement ceux qui ont créé leur propre affaire, qui n'ont pas les moyens des grandes entreprises, qui délocalisent difficilement leur activité, qui subissent des réglementations toujours plus lourdes, qui se sentent souvent seuls... sauf à rejoindre le Medef, par exemple.

Empressons-nous toutefois de noter que les risques dont il est question dans ce dossier ne sont pas le triste apanage des entrepreneurs français. Aux États-Unis, par d'autres voies que les nôtres – la protection de l'individu plutôt que la défense de « classes sociales » –, on arrive à des situations voisines sur des sujets comme le harcèlement moral, voire le coût social du travail ; cela est si vrai dans des États comme la Californie qu'un entrepreneur de la côte Est hésitera à y créer un établissement.

Les articles rassemblés dans ce dossier ont en commun de traiter des risques endogènes, des risques qui résultent d'actions s'opposant aux entreprises, ces mal-aimées situées au carrefour de tant d'intérêts contradictoires. Il sera question des risques sociaux, qui ne sont pas nouveaux dans leur principe, mais dont les formes évoluent, avec Alain Sauret et Georges Picca, avocats du cabinet Barthélémy et associés. Il sera aussi question de la pénalisation des relations professionnelles, avec Élisabeth Fortis, professeur à l'université Paris X-Nanterre ; nous verrons que, si la menace augmente, comme le perçoivent les entrepreneurs, il ne s'agit le plus souvent que d'une menace... Marie-Noëlle Dompé et Philippe Villey, avocats à la cour d'appel de Paris, analyseront les risques liés à l'action des minoritaires ; ceux-ci n'ont pas toujours vu leurs droits correctement reconnus, mais le balancier est maintenant parti sans doute trop loin, surtout dans les pays les plus libéraux... Il sera bien sûr question du harcèlement moral au travail et de la responsabilité des entreprises, avec François Pellet, médecin-conseil du groupe Pechiney et du Medef. Les problèmes d'image et de réputation, auxquels les chefs d'entreprise sont de plus en plus sensibles, notamment dans les

domaines de l'agroalimentaire, de la pharmacie ou encore de la grande distribution, seront développés par Jean-Pierre Piotet, président de l'Observatoire de la réputation et président de ThompsonCorp. ; nous découvrirons que les réputations sont plus solides que les images et que des événements très médiatisés altèrent heureusement peu les réputations acquises par des années de travail sérieux. Enfin, une menace à laquelle les entreprises sont de

plus en plus souvent confrontées, le piratage informatique, sera analysée par Éric Le Gentil, directeur général de Generali France Holding.

Les risques sont nombreux, leurs formes évoluent, il faut les aborder avec réalisme et professionnalisme. Mais la conclusion de ce dossier ne saurait être alarmiste, les menaces réelles étant parfois moins lourdes que l'idée que l'on s'en fait.

GÉRER LES RISQUES SOCIAUX : UNE EXIGENCE POUR L'ENTREPRISE

Alain Sauret • Georges Picca

Avocats à la Cour

Cabinet J. Barthélémy et associés à Paris

La prévention et la gestion des risques inhérents au fonctionnement de l'entreprise sont désormais exigées du management moderne. Parmi ces risques, multiples et de nature diverse, certains sont aisément identifiables (financiers, industriels, techniques, commerciaux...), d'autres revêtent des aspects plus récents, tels que la nécessité de protéger l'environnement. Il en est également qui, dans le souci d'un meilleur équilibre entre l'économie et le social, ont généré un interventionnisme juridique croissant, principalement dans le droit du travail. Lois, décrets et règlements nationaux sont aujourd'hui augmentés d'un arsenal juridique communautaire (directives, règlements, jurisprudences de la Cour des communautés). Cette abondance de textes crée une insécurité juridique qui appelle une vigilance particulière de la part des entreprises afin de gérer les risques sociaux qui en résultent. Ils peuvent, en effet, se traduire par des contentieux judiciaires et des difficultés dans les relations humaines au sein de l'entreprise.

Il est au préalable nécessaire d'identifier ces risques sociaux. Ils peuvent être liés notamment à un contrôle insuffisant de la gestion des ressources humaines, à l'application et à l'organisation de la durée du travail, à la politique des salaires et des rémunérations variables, à la protection sociale, à la gestion prévisionnelle des emplois, aux relations collectives de travail, à une insuffisante organisation des délégations de pouvoir.

Dans ce cadre général, une place particulière doit être accordée à un certain nombre de thèmes actuels, parmi lesquels on retiendra la gestion du risque discriminatoire, la prévention du harcèlement moral, le risque d'entrave, la responsabilité pénale du chef d'entreprise, la gestion prévisionnelle des personnels et, plus généralement, la prévention des contentieux judiciaires.

Gérer de nouveaux risques

La gestion du risque discriminatoire dans l'entreprise est prioritaire. Une directive européenne du 29 juin 2000 oblige à veiller à l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ni d'origine ethnique. Une seconde directive du 27 novembre 2000 oblige à veiller à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En ce qui concerne le droit national, il existe également un nombre important d'articles du Code du travail qui visent à prévenir la discrimination à l'embauche, dans la formation, en cas de licenciement et dans la situation familiale.

Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions, en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement. Le salarié victime d'une discrimination syndicale peut obtenir réparation du préjudice ainsi subi en saisissant la juridiction judiciaire. La charge de la preuve de la discrimination syndicale incombe à l'employeur.

La gestion préventive du risque discriminatoire peut se réaliser par la négociation collective, la collaboration du comité d'entreprise et la signature d'accords. Dans une telle perspective, plusieurs accords sont déjà intervenus (accord Peugeot du 11 septembre 1998, accord Renault du 23 juin 2000).

Le récent projet de loi de modernisation sociale a prévu également une répression du harcèlement moral au travail. Aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral, qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits du salarié et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel. Toute rupture de contrat de travail qui résulterait d'une telle pratique serait nulle de plein droit. Par contre, lorsqu'un salarié s'estime victime de mesures vexatoires, il peut demander la résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur. Une telle rupture a été admise par la Cour de cassation au profit d'une salariée « discréditée professionnellement » par son supérieur hiérarchique (Soc., 15 mars 2000).

Le droit, facteur d'insécurité ?

Composante importante du droit pénal du travail, les délits d'entrave sont à l'origine d'un contentieux considérable. Ce qui frappe, dès l'abord, c'est l'abon-

dance des textes d'incrimination qui figurent dans le Code du travail.

Ce n'est pas un mais plusieurs textes du Code du travail qui sont porteurs de cette incrimination. Les entraves directes concernent la mise en place des institutions représentatives et leur fonctionnement. S'y ajoute un statut protecteur en faveur des représentants du personnel, qui fixe une procédure obligatoire et subordonne l'exclusion aussi bien définitive que conditionnelle à une autorisation de l'inspecteur du travail.

Toutes les infractions qualifiées d'entraves couvrent les différents aspects du fonctionnement des institutions représentatives. L'entrave peut être réalisée par tous moyens, voire une abstention (défaut de réunion du comité d'entreprise, ou de convocation d'un de ses membres). La chambre criminelle de la Cour de cassation a donné une interprétation large de la notion d'entrave, facteur d'insécurité juridique.

Il existe une responsabilité pénale du chef d'entreprise. Elle concerne principalement les manquements à la législation du travail et l'hygiène et la sécurité. En vertu d'une jurisprudence constante, le chef d'entreprise peut toutefois transférer sa responsabilité pénale, s'il établit qu'il a délégué ses pouvoirs à l'un de ses subordonnés en le chargeant de veiller au respect de la loi, mais cela exige des conditions très précises. Cette responsabilité de principe n'en demeure pas moins un risque important pour l'entreprise, que l'assurance ne peut couvrir.

Parmi les risques inhérents à la gestion du personnel, il importe de souligner les exigences de procédure complexes qui s'appliquent aux contrats de travail, à leur éventuelle modification et, en cas de difficultés économiques, au licenciement économique. Dans ce domaine, la législation et la jurisprudence sociale ont connu un tel développement que les risques judiciaires se sont multipliés.

De nouvelles contraintes juridiques résultent du projet de loi de modernisation sociale concernant la prévention des licenciements. Il est désormais prévu que, lorsque le chef d'entreprise procède à une annonce publique portant exclusivement sur la stratégie économique de l'entreprise et

dont les mesures de mise en œuvre ne sont pas de nature à affecter de façon importante les conditions de travail et d'emploi, le comité d'entreprise se réunit de plein droit sur sa demande. Dans les quarante-huit heures suivant ladite annonce, l'employeur est tenu de lui fournir toute explication utile.

En outre, le comité d'entreprise doit être obligatoirement informé et consulté sur les projets de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application et peut formuler des propositions relatives à la situation et aux perspectives économiques de l'entreprise.

Ces dispositions, qui pour partie confirment la jurisprudence mais y ajoutent également, visent à rendre les licenciements pour motif économique plus difficiles. Mais, par là même, elles rendent également plus difficile la gestion prévisionnelle des personnels, compte tenu des disponibilités de l'emploi, des qualifications et de l'évolution des métiers.

Pour une meilleure approche collective

L'insécurité juridique suscitée par l'abondance des textes, les évolutions de la jurisprudence, en partie liées aux transformations de l'économie, et la difficulté de concilier cette dernière avec le social entraînent un risque plus général : celui de conten-

tieux judiciaires à répétition. On doit souligner en outre que nombre de textes du Code du travail sont assortis de condamnations pénales, et notamment le délit d'entrave. Mais un risque plus grand encore réside dans le recours fréquent à des procédures judiciaires de la part des organisations syndicales, comités d'entreprise ou délégués syndicaux en vue de paralyser, de retarder, voire de faire annuler des décisions unilatérales de l'employeur. Il en est de même d'ailleurs en vue d'empêcher la conclusion d'accords, ainsi que l'a illustré la négociation récente relative à la durée du travail (exercice du droit d'opposition).

C'est donc une nouvelle exigence pour l'entreprise que de mettre en place des procédures propres à gérer les risques nés du juridique appliqué au social. Ces procédures doivent passer par une meilleure maîtrise du *risk-management*, l'étude de chartes d'éthique et de déontologie destinées à favoriser notamment de meilleures relations sociales dans l'entreprise. Elles supposent également une information permanente et pointue sur les évolutions de la jurisprudence sociale communautaire et nationale. Deux orientations d'action apparaissent particulièrement nécessaires : une gestion attentive des ressources humaines et une gestion prévisionnelle suivie des relations avec les salariés afin de prévenir les risques judiciaires éventuels, le législateur pensant que la judiciarisation omniprésente est à même d'assurer une protection efficace. Une meilleure approche collective en entreprise peut probablement pallier efficacement le développement potentiel du risque judiciaire.

LA PÉNALISATION DES RELATIONS PROFESSIONNELLES : MYTHE OU RÉALITÉ ?

Élisabeth Fortis

Professeur à l'université de Paris X-Nanterre

L'inflation des textes répressifs concerne notamment le domaine des relations professionnelles. Cependant, on constate un décalage très net entre la pénalisation théorique de ces relations et leur pénalisation effective. Il est possible d'expliquer cet écart par le rôle particulier donné au droit pénal et aux autorités de contrôle en droit du travail.

L'idée selon laquelle l'entreprise n'est pas un lieu où devraient pénétrer le droit pénal et la procédure pénale est assez répandue. Certes, entre l'opposition de principe au droit pénal comme mode de contrôle et de sanction des comportements peu respectueux des normes dans l'entreprise et l'acceptation de son intervention nécessitée par le caractère d'ordre public de ces mêmes normes, l'éventail des positions adoptées est large. Dans le domaine des relations de travail, en particulier, les arguments contre la pénalisation sont très variés mais, il est intéressant de le noter, avancés tant par des dirigeants que par des salariés et par certains des groupements qui les représentent : la stigmatisation des chefs d'entreprise poursuivis pénalement nuirait finalement à la collectivité de travail ; le droit pénal entraverait l'essor économique par une trop grande rigidité des normes ; il provoquerait une cristallisation inévitable des oppositions ; il conduirait les salariés à délaissier l'action collective au profit d'une action pénale plus « agressive » ; il favoriserait l'émergence de rapports de forces au détriment du dialogue...

Quelle que soit la puissance respective de ces arguments, souvent revient le constat d'une pénalisation de toute façon excessive, mal « ciblée » donc mal acceptée.

Ce sentiment d'un excès de pénalisation est-il ou non fondé ? La réponse est difficile à apporter si l'on ne procède pas au préalable à une clarification indispensable de la notion de pénalisation. Si l'on entend par pénalisation l'établissement d'infractions pénales pour garantir l'application de la réglementation du travail, on peut effectivement constater que le développement rapide de la législation sociale a entraîné une prolifération d'infractions pénales dans la plupart des secteurs du droit du travail. La réalité est ici conforme au sentiment dominant. En revanche, si l'on considère la mise en œuvre des poursuites et le nombre des condamnations, on s'aperçoit que l'on peut difficilement parler de pénalisation excessive. La pénalisation des relations professionnelles relève ici plutôt du mythe.

La réalité de la pénalisation théorique

En France, le législateur a le réflexe pénal. Il existe très peu de textes adoptés par le Parlement qui ne soient assortis de dispositions pénales, et le domaine des rela-

tions professionnelles ne fait pas exception à la règle. Ainsi, dans la période contemporaine, les lois Aubry I et II relatives à la réduction du temps de travail ont été suivies de décrets instituant des contraventions¹. L'approche législative du harcèlement moral est inspirée des textes répressifs sur le harcèlement sexuel². Quelles sont alors les manifestations de cette pénalisation ? Outre le fait que la sanction pénale concerne les relations de travail tant individuelles que collectives, plusieurs éléments convergents démontrent une pénalisation accrue.

On constate en premier lieu une extension des domaines pénalisés et des personnes concernées. Le Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 fournit ici des exemples significatifs. Ainsi, il établit de nouvelles infractions sanctionnant des atteintes à la dignité humaine telles que des conditions de travail et d'hébergement indignes³. De plus, il admet la responsabilité pénale des personnes morales⁴, qui certes n'est pas une responsabilité générale, mais peut s'appliquer dans de nombreux domaines, comme le travail illégal.

En second lieu, on relève dans les secteurs déjà pénalisés un alourdissement de la répression. Celui-ci peut consister d'abord en une élévation des sanctions encourues. On soulignera à cet égard la loi du 5 juillet 1972 portant réforme des pénalités en droit du travail, qui correctionnalisa les sanctions relatives au non-respect des règles d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise. L'accroissement de la répression peut aussi être mis en œuvre par l'élargissement des éléments matériels constitutifs des infractions.

Ce fut le cas en matière de travail illégal lorsque la loi du 11 mars 1997, abandonnant la qualification de travail clandestin pour adopter celle de travail dissimulé, admit, d'une part, qu'entraînait une dissimulation d'emploi salarié « la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué »⁵ et, d'autre part, que constituait la même infraction le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement à l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 (remise d'un bulletin de paie) et L. 320 (déclaration préalable d'embauche) du Code du travail, alors que le texte antérieur exigeait l'inobservation de

deux des trois formalités prévues à l'époque.

C'est le cas encore aujourd'hui dans la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁶, qui modifie l'article L. 122-46 du Code du travail relatif au harcèlement sexuel. Alors que le texte initial énonçait qu'aucun salarié ne pouvait être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur ou de son représentant, le nouveau texte dispose aujourd'hui : « Aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné ni licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir », etc.⁷

Enfin, la démonstration ne sera complète que si l'on rapproche les infractions prévues dans le Code du travail de celles prévues dans le Code pénal. Ce rapprochement suscite des interrogations lorsqu'un même comportement ou un même acte est incriminé dans les deux codes de manière quelque peu différente. L'exemple typique est celui des infractions de discrimination sexuelle et de discrimination syndicale, abordées par le Code pénal dans le texte général relatif aux discriminations (articles 225-1 et 225-2) et spécifiquement dans le Code du travail aux articles L. 123-1 et L. 412-2. Les éléments matériels de ces infractions se recoupent en partie, ceux du Code du travail étant beaucoup plus larges que ceux du Code pénal. La discrimination est imputable aux personnes morales dans le Code pénal et pas dans le Code du travail. Enfin, les peines encourues sont très variables : pour les discriminations syndicales et sexuelles, deux ans d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende dans le Code pénal alors que le Code du travail ne prévoit pour la discrimination syndicale qu'une amende de 25 000 francs⁸ et pour la discrimination sexuelle, un an d'emprisonnement et/ou 25 000 francs d'amende⁹. Toute cohérence est donc absente ici, tant au niveau de la définition des

comportements infractionnels et des personnes imputables qu'à celui des sanctions.

Le constat opéré à travers ces quelques exemples ne peut donc que conforter l'idée d'une pénalisation systématique et parfois mal maîtrisée des relations professionnelles. A cela il faut évidemment ajouter la difficile lecture des textes (le Code du travail usant et abusant de la technique du renvoi d'un texte à un ou plusieurs autres textes), leur caractère parfois vague et imprécis¹⁰, la nature le plus souvent contraventionnelle des infractions, qui peut faire hésiter sur leur caractère réellement dissuasif, sauf quand le texte incriminateur prévoit que la sanction peut être multipliée par le nombre de salariés concernés¹¹.

Mais ce constat doit être nuancé par une meilleure connaissance du régime et du résultat des poursuites pénales dans le domaine des relations professionnelles.

Le mythe d'une pénalisation effective démesurée

A lors qu'en droit pénal commun la police judiciaire possède une compétence de principe pour constater les infractions, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs¹², le droit pénal du travail connaît un régime original de constat des infractions.

Depuis 1973, les inspecteurs du travail ont une compétence générale, concurrente de celle de la police judiciaire¹³, pour relever les infractions à la réglementation du travail, alors qu'ils ne jouissaient auparavant que d'une compétence d'attribution en vertu d'habilitations spéciales. Cette compétence particulière s'accompagne d'une procédure également spéciale dans la mesure où l'inspecteur du travail n'est pas obligé de dresser procès-verbal lorsqu'il constate la commission d'une infraction. Il peut procéder à des observations et, dans certains cas prévus par les textes, doit recourir à une mise

en demeure de régulariser la situation avant de dresser procès-verbal. Il peut aussi décider de signifier un arrêt de chantier de bâtiment et de génie civil là où il existe des risques graves de chute de hauteur ou d'ensevelissement¹⁴. Cette souplesse a pour fondement juridique la convention internationale n° 81 émanant de l'Organisation internationale du travail, qui consacre la liberté d'appréciation de l'Inspection du travail quant aux suites qu'elle entend donner à la constatation d'une infraction.

On doit ici citer quelques chiffres destinés à montrer la répartition des différentes techniques procédurales utilisées par l'Inspection du travail. Bon an mal an, de 800 000 à un million d'infractions à la réglementation du travail sont constatées dans l'entreprise. Les dernières statistiques publiées sont relatives à l'année 1998¹⁵ : 751 218 observations et mises en demeure ont été signifiées aux chefs d'entreprise – le nombre de ces dernières, 6 975, est marginal puisque cette procédure est réservée à des cas particuliers. Quant aux procès-verbaux, 30 316 ont été dressés. En général, les inspecteurs du travail ne dressent pas procès-verbal quand le chef d'entreprise montre sa volonté de régulariser la situation (par exemple, embaucher le personnel prêté illégalement) ou qu'il est possible de régulariser (paiement des heures supplémentaires). Le procès-verbal a donc un domaine d'application résiduel délimité par des critères tels que la gravité des faits (grave négligence ayant entraîné un accident du travail) ou la mauvaise volonté du dirigeant (situation de récidive).

Une fois rédigé, le procès-verbal est normalement transmis au parquet, qui décidera de la suite à lui donner. En effet, on sait que le ministère public est régi par le principe de l'opportunité des poursuites, qui lui permet de déclencher l'action publique ou de classer sans suite un procès-verbal. Finalement, les autorités de contrôle et de poursuite s'accordent sur un chiffre moyen de 3 % d'infractions poursuivies par rapport au nombre total des infractions identifiées. Dans cette mesure, il est difficile d'affirmer que l'on est en présence d'une pénalisation effective démesurée.

De plus, si l'on s'en tient aux infractions poursuivies, on est frappé par une polarisation des poursuites, qui se concentrent dans quelques secteurs déterminés : la durée du travail, l'hygiène et la sécurité, le travail dissimulé. Cette polarisation permet aussi une meilleure acceptation du droit pénal, puisque l'on sait par avance quels sont les secteurs sensibles qui ouvriront la voie à une éventuelle condamnation¹⁶.

Enfin, il importe d'examiner le niveau des condamnations prononcées. Il faut d'abord souligner que le droit pénal du travail ne connaît pas de la qualification criminelle, ce qui limite la répression aux délits et aux contraventions. Ensuite, la peine d'amende est la peine la plus souvent prononcée, même lorsqu'elle est encourue avec l'emprisonnement, le juge ne pouvant prononcer qu'une seule des peines principales encourues. Quand il est prononcé, l'emprisonnement ferme ou avec sursis concerne l'hygiène et la sécurité du travail, d'une part, et le travail dissimulé, d'autre part, dans des cas de comportements très graves, voire « pathologiques ». Enfin, les juges ne prononcent pratiquement jamais les peines maximales encourues, tenant compte notamment du comportement de la personne poursuivie après le déclenchement des poursuites.

Il importe donc de nuancer les propos parfois tenus sur la pénalisation des relations professionnelles. La pénalisation théorique est indubitable, mais constitue un instrument de prévention utile à l'Inspection du travail puisqu'elle offre des

possibilités de régularisation que le droit pénal commun connaît peu.

Notes

1. Notamment le décret n° 2000-140 du 21 février 2000 (JCP, éd. E 2000, n° 10, p. 426).

2. C. pén., art. 222-33.

3. C. pén., art. 225-13 et 225-14.

4. C. pén., art. 121-2.

5. Consacrant la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation ; C. trav., art. L. 324-10, dernier alinéa.

6. JO 10 mai 2001, p. 7320.

7. Les sanctions sont envisagées par renvoi aux articles L. 123-1 et L. 152-1-1 du Code du travail.

8. Art. L. 481-3 C. trav.

9. C. trav., art. L. 152-1-1.

10. Comme dans l'infraction de prêt exclusif de main-d'œuvre prévue par l'article L. 125-3 du Code du travail.

11. Comme en matière de repos hebdomadaire et de repos dominical.

12. C. proc. pén., art. 14.

13. C. trav., art. L. 611-1.

14. 2 697 décisions d'arrêt de chantier de bâtiment et 250 décisions d'arrêt de chantier de confinement ou de retrait de l'amiante ont été prises en 1998. Voir note n° 15.

15. L'Inspection du travail en France en 1998. Les chiffres clés, *La Documentation française*, 2001.

16. Voir, pour le détail des observations, mises en demeure, procès-verbaux et condamnations, L'Inspection du travail en France, *op.cit.*, p. 59 et suiv.

RISQUES DES SOCIÉTÉS ET ACTIONS DE MINORITAIRES

Marie-Noëlle Dompé • Philippe Villey

Avocats à la cour d'appel de Paris

En 1971, au cours d'une conférence, Bernard Mirat expliquait qu'à l'époque de la première offre publique d'achat française, en 1963, « le capitalisme français s'accommodait mal des luttes de majorité ouvertes, débattues sur la place publique. Il acceptait, et accepte encore volontiers, les confrontations techniques et commerciales, mais, traditionnellement, réglait en champ clos les luttes financières ». Suivant une formule de Pierre Balley, la France était « un pays faiblement capitaliste et qui n'était pas convaincu de la nécessité de le devenir ».

C'était l'époque où le pouvoir minoritaire n'existait pas. A l'heure actuelle, le ton est tout autre, comme l'attestent des titres d'articles publiés au cours des dernières années dans les revues juridiques : « Les problèmes juridiques posés par la démocratisation dans les sociétés par actions », d'Yves-Alain Ach et Patrick Rodolphe ; « Les risques nés de la présence de minoritaires dans les opérations de restructuration », de Bertrand de la Bastide ; sans oublier « Le harcèlement des majoritaires », du Pr Alain Couret.

La fièvre contentieuse qui semble saisir certains minoritaires trouve des moyens d'expression dans le droit des sociétés ou la procédure civile, qui intéressent toutes les sociétés, et le droit boursier leur ouvre d'autres actions dans les sociétés cotées.

En droit des sociétés

La jurisprudence a ouvert aux actionnaires minoritaires l'action pour abus de majorité, soumise à une double démonstration : l'opération critiquée est contraire à

l'intérêt social ; la décision a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des autres actionnaires – étant observé que même les actionnaires qui ont voté la résolution critiquée peuvent intenter l'action. L'abus de majorité est généralement sanctionné par la nullité.

A l'inverse, la crainte d'un abus de minorité ne décourage guère les minoritaires d'abstentions pouvant gêner ou paralyser la vie sociale, depuis l'arrêt Flandin du 9 mars 1993 : la Cour de cassation avait jugé que « le silence et l'absence de M. Flandin » bloquant la prise de décision à l'assemblée générale qui devait statuer sur une augmentation de capital étaient « impropres à établir en quoi l'attitude de M. Flandin avait été contraire à l'intérêt général de la société » ; et la Cour relevait en outre que les juges saisis pouvaient désigner un mandataire pour voter au nom des minoritaires défaillants afin de casser l'arrêt ayant retenu un abus de minorité. Comme l'a fait remarquer le Pr Alain Couret, « cette jurisprudence favorise, d'une certaine manière, le jeu de la contestation, dans la mesure où les minoritaires peuvent retarder jusqu'au moment extrême l'adoption d'une décision pourtant indispensable, dans certains cas, à la survie de la vie sociale ».

Le nouvel article L. 238-1 du Code de commerce, résultant de la loi NRE (nouvelles réglementations économiques) du 15 mai 2001, permet à tout actionnaire d'obtenir en référé la condamnation sous astreinte des dirigeants et administrateurs d'une société à lui communiquer les pièces demandées dans le cadre de l'exercice de son droit de communication, l'astreinte et les frais de la procédure étant, non à la charge de la société, mais à la charge personnelle des dirigeants et administrateurs condamnés.

L'article L. 225-231 du Code de commerce permet aux actionnaires minoritaires qui détiennent au moins 5 % du capital, ou, dans une société cotée ayant un capital supérieur à 100 millions de francs, à une association d'actionnaires qui détient au moins 1 % des droits de vote, de demander en référé une expertise de gestion portant sur une ou plusieurs opérations de la société – ou, depuis la loi NRE, des sociétés qu'elle contrôle. Autrement dit, un actionnaire minoritaire ou une association d'actionnaires minoritaires peut maintenant demander une expertise de gestion aussi bien sur les opérations de la société elle-même que sur celles de ses filiales ou sous-filiales.

L'expertise de gestion doit être distinguée de l'expertise judiciaire préventive de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dont les actionnaires minoritaires, rarement avec succès, font une large utilisation. Cette expertise, qui tend à l'amélioration de la situation probatoire du demandeur futur et veut parer au risque de dépérissement des preuves, n'est pas subordonnée à la constatation d'un litige né et actuel. Elle est souvent sollicitée afin d'apprécier tout ou partie de la gestion d'une société, en cherchant à échapper aux conditions et aux limites de l'expertise de gestion.

Parfois, des actionnaires minoritaires demandent l'ajournement d'une assemblée générale devant connaître d'une restructuration ou d'une opération significative. Les juges ordonnent cet ajournement lorsque l'information donnée aux actionnaires est insuffisante et mérite d'être complétée, ou lorsqu'il existe un risque sérieux d'annulation de l'assemblée ou de sous-évaluation

d'un apport. Ils le refusent lorsqu'il n'existe ni violation évidente des règles de convocation, ni cause patente d'annulation, ni atteinte manifestement illicite au droit d'expression des minoritaires.

Sont plus rares en revanche, et encore plus exceptionnellement couronnées de succès, les demandes d'annulation d'assemblées générales, sans doute parce que rares sont en fait les véritables causes de nullité et sans doute aussi parce que la société comme le tribunal ont la possibilité de décider ou de permettre la régularisation.

Les minoritaires peuvent également, par l'action sociale exercée individuellement, agir en responsabilité contre les administrateurs afin d'obtenir pour la société (la demande est au profit de la société et non au profit de l'actionnaire demandeur), par des dommages-intérêts, la réparation du préjudice causé par leurs fautes de gestion. Le développement en France du débat sur le « gouvernement d'entreprise » a conduit et devrait conduire à une recherche plus fréquente de la responsabilité des dirigeants et administrateurs. Récemment, par exemple, des actionnaires minoritaires ont demandé au tribunal de commerce de Paris de juger que la responsabilité des administrateurs de leur société était engagée parce qu'ils avaient recommandé aux actionnaires de répondre favorablement à une offre privée d'achat de leurs actions. Le tribunal les a déboutés, mais ils ont interjeté appel.

Enfin, c'est le Code de commerce qui prévoit et réprime l'abus de biens sociaux ou de pouvoirs qui consiste, pour les dirigeants d'une société, à faire des biens de celle-ci ou de son crédit, ou des pouvoirs qu'ils détiennent, à des fins personnelles ou en y étant intéressés, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt social. On sait l'application extensive qu'en font les juridictions, et on sait aussi que le parquet peut mettre en mouvement l'action publique sur simple plainte ou dénonciation d'un actionnaire minoritaire, bien que la jurisprudence la plus récente refuse à l'actionnaire, en l'absence de préjudice propre, le droit de se constituer partie civile et, par là, d'imposer la mise en mouvement de l'action publique.

Telles sont les principales actions en justice que les actionnaires minoritaires peuvent introduire contre la société ou contre ses dirigeants et administrateurs. Ces actions ne sont évidemment pas illégitimes en elles-mêmes. Elles ne le sont ou ne le deviennent que lorsque les faits affirmés et les accusations formulées ne sont pas vrais, lorsque l'introduction de l'action procède d'une volonté de nuire, lorsqu'il y a détournement de procédure ou abus du droit d'ester en justice.

En droit boursier

Depuis les premières grandes offres publiques de la fin des années 80, les possibilités de recours des actionnaires minoritaires n'ont pas cessé de croître, et le nombre de leurs recours a connu une croissance exponentielle. Bien souvent, les actions engagées par les minoritaires sont le fait de porteurs ne possédant qu'une très faible part du capital, voire une action seulement, et on peut parfois soupçonner que ces tout petits actionnaires sont le fer de lance ou le masque d'investisseurs minoritaires qui ne souhaitent pas avancer à visage découvert et qui n'ont rien de commun avec la « veuve de Carpentras ».

C'est d'abord dans la contestation des conditions d'un projet d'offre publique que se manifeste l'action des minoritaires.

Le projet d'offre déposé par un opérateur est soumis à l'analyse du Conseil des marchés financiers et donne lieu corrélativement à l'établissement d'une note d'information, soumise, elle, au visa de la Commission des opérations de Bourse. Le prix étant annoncé dès le dépôt du projet d'offre, les actionnaires minoritaires qui recherchent son augmentation peuvent d'abord s'adresser au Conseil des marchés financiers pour faire valoir leurs arguments, qui seront éventuellement pris en compte par cette autorité ; puis, s'ils ne sont pas satisfaits, former devant la cour d'appel de Paris, dans les dix jours de leur publication, des recours

contre la décision de recevabilité du Conseil des marchés financiers et contre la décision de la Commission des opérations de Bourse qui a apposé son visa sur la note d'information. S'ils demandent un sursis à l'exécution des décisions des autorités boursières, le Conseil des marchés financiers adaptera, sous l'égide de la cour d'appel, le calendrier de l'offre publique de manière que sa clôture soit postérieure à l'achèvement du contentieux, dont la durée est généralement de trois à quatre mois.

Les minoritaires disposent des mêmes facultés d'intervention et de recours en cas d'offre concurrente ou de surenchère.

La cour d'appel n'avait jamais, avant son arrêt Schneider-Legrand du 3 mai 2001, annulé une décision du Conseil des marchés financiers déclarant recevable une offre publique volontaire, et les recours formés par des minoritaires n'avaient jusqu'à cet arrêt jamais eu d'autre conséquence que de retarder la fin de l'offre.

C'est ensuite par l'exigence d'une offre publique que se manifestent les actionnaires minoritaires.

Ils peuvent ainsi demander au Conseil des marchés financiers qu'une offre publique de retrait soit imposée au majoritaire qui détient plus de 95 % des droits de vote d'une société cotée, dont la liquidité est de ce fait devenue insuffisante ; ou encore qu'une offre publique de retrait soit mise en œuvre quand la société modifie de façon significative ses statuts ou la consistance de ses actifs. Et ils peuvent évidemment former devant la cour d'appel de Paris un recours contre une décision du Conseil des marchés financiers refusant l'offre de retrait souhaitée, ou la décidant à un prix inférieur à celui souhaité.

Les minoritaires peuvent encore, avec la même faculté de recours devant la cour d'appel, exiger le dépôt d'une offre publique par un actionnaire s'ils parviennent à établir que, seul ou agissant de concert avec d'autres – ce qui résulte de l'existence entre eux soit d'un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote, soit d'un accord en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société –, il

a franchi un seuil rendant obligatoire le dépôt d'une offre publique, c'est-à-dire soit le seuil du tiers, soit, s'il détient déjà plus du tiers et moins de la moitié du capital ou des droits de vote, un seuil de 2 % en moins d'un an, ou d'une garantie de cours, en cas de franchissement du seuil de la moitié du fait de l'acquisition de un ou plusieurs blocs de titres. Comme il est obligatoire de déclarer aux autorités de marché et à la société concernée les franchissements de seuil, seul ou de concert, et les accords d'actionnaires, le recours, sauf le cas exceptionnel d'une divergence sur la portée d'un pacte d'actionnaires, ne portera en pratique que sur le prix de l'offre obligatoire ou de la garantie de cours.

Les minoritaires peuvent enfin saisir la Commission des opérations de Bourse, laquelle est dotée d'un pouvoir de sanction, ou le parquet de tout fait qui leur semble constituer un manquement ou un délit d'initié, de mauvaise information, de manipulation de cours.

Le fait que les procédures ainsi ouvertes peuvent se terminer par une décision de classement, par une ordonnance de non-lieu ou par un jugement ou un arrêt de relaxe ne permet pas d'oublier que même ces décisions favorables ne sont généralement obtenues qu'après de longues années d'enquête et d'instruction.

Ce rappel des actions qui peuvent être le fait des actionnaires minoritaires est schématique, et non pas exhaustif. Il constitue un aperçu des écueils qui rythment la vie sociale des sociétés en général, des sociétés cotées en particulier. Comme l'écrit le Pr Alain Couret : « Si les minorités sont un aiguillon précieux dans le droit moderne des sociétés, leurs interventions ne doivent pas être détournées de la finalité qui leur a été assignée par le législateur. Leur droit de critique ne doit pas se transformer en droit de nuire. La crédibilité même du pouvoir des minoritaires ne peut se fonder que sur l'élimination d'éventuels abus. »

LE HARCÈLEMENT MORAL AU TRAVAIL

François Pellet

Médecin conseil du Groupe Pechiney et du Medef

En janvier 2001 ont été adoptés en première lecture par le Parlement, dans le cadre du projet de loi de modernisation sociale, divers articles concernant la lutte contre le harcèlement moral au travail. Le Premier ministre a, par la suite, saisi sur ce thème le Conseil économique et social, qui avait déjà été sollicité deux ans auparavant au sujet des violences physiques et psychiques au travail.

Sous la direction du Pr Michel Debout, le Conseil économique et social a rédigé un rapport – qui vient d'être publié – et donné son avis. Celui-ci a été adopté lors de l'assemblée plénière des 10 et 11 avril 2001, en présence de Mme la ministre Élisabeth Guigou. Depuis, le projet de loi de modernisation sociale a été adopté par le Sénat et passe actuellement en deuxième lecture au Parlement...

Avant de considérer les implications nouvelles de cette future loi, il est impératif de tenter de mieux cerner le risque de harcèlement moral au travail en abordant les questions suivantes : Pourquoi le harcèlement moral est-il devenu un thème d'actualité ? Comment peut-on définir le harcèlement moral au travail (et ce qui ne l'est pas) ? Quelles sont ses spécificités ? Est-ce un phénomène récent ? Quelle est son ampleur ? Quelles en sont les conséquences ? Peut-on le prévenir ? Comment réparer les conséquences du harcèlement ?

Pourquoi le harcèlement moral est-il devenu un thème d'actualité ?

Les réflexions sur le harcèlement moral sont de toute évidence à l'ordre du jour. Et si rien ne prouve qu'il ait pris une ampleur particulière ces dernières

années, on assiste néanmoins à une prise de conscience et à une mise en cause de ce phénomène par l'ensemble du corps social.

Des travaux sur ce thème ont été entrepris en France par une psychiatre, Marie-France Hirigoyen, essentiellement au travers de deux ouvrages : *Le Harcèlement moral. La violence perverse au quotidien* (Syros, 1998), axé aussi bien sur le harcèlement dans la structure familiale qu'au niveau du travail, et *Malaise dans le travail. Harcèlement moral : démêler le vrai du faux* (Syros, 2001). Mais le véritable précurseur en ce domaine est Heinz Leymann. Ce psychologue a développé dès la fin des années 70 le concept de *mobbing* (*to mob* : molester, harceler) et a véritablement, avec son équipe, mis en place la plupart des connaissances sur ce sujet. A sa suite, de nombreuses équipes de recherche ont vu le jour dans les pays nordiques et en Allemagne.

Les Anglais ont également travaillé très tôt sur le thème du *bullying* (*to bully* : brutaliser, rudoyer) : au départ, ce concept concernait la violence dans les groupes d'enfants, puis il s'est étendu à l'ensemble des agressions subies dans la vie adulte, y compris au niveau du travail.

Aux États-Unis, enfin, les recherches ont été menées dès les années 70 par le psychiatre Carroll M. Brodsky (*The Harassed Worker*, 1976).

Il convient de s'interroger sur les raisons, d'une part, de la prise de conscience de ce phénomène en France et, d'autre part, de son caractère tardif.

Sans doute peut-on trouver l'origine de cette reconnaissance dans l'accroissement légitime des exigences de la population en matière de défense des libertés individuelles et de respect de l'intégrité de l'individu à tous les niveaux de la société. C'est ainsi qu'on observe dans le cadre du travail le développement des exigences relatives au respect de la dignité de l'homme. Le fait que les pays anglo-saxons – et en particulier les pays nordiques – nous aient très nettement précédés dans cette démarche vient corroborer notre constat, tant il est vrai que la notion de défense de la liberté de l'individu y est primordiale et prioritaire.

Comment définir le harcèlement moral ?

En 1996, Heinz Leymann donnait du harcèlement moral la définition suivante : « Le *mobbing*, c'est la psycho-terreur, quand la hargne s'installe au quotidien [...], caractérisé par des confrontations, des brimades et sévices, un dédain de la personnalité et une répétition fréquente des agressions sur une longue durée » (« *Mobbing* ». *La persécution au travail*, Seuil, 1996).

Marie-France Hirigoyen, elle, parle d'une violence quotidienne « à petites touches », qui ne se repère pas et qui est très destructrice. Elle définit le harcèlement moral sur le lieu de travail comme « toute conduite abusive, se manifestant notamment par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits, pouvant porter atteinte, par sa répétition ou sa systématisation, à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, mettre en péril l'emploi de celle-ci ou dégrader le climat social ».

Le Conseil économique et social a pour sa part, après avoir constaté qu'il n'existait pas actuellement de définition du harcèlement moral au travail qui fasse consensus, proposé de le décrire ainsi : « Constituent un harcèlement moral au travail tous agissements répétés visant à dégrader les conditions

humaines, relationnelles, matérielles de travail d'une ou plusieurs victimes, de nature à porter atteinte à leurs droits et à leur dignité, pouvant altérer gravement leur état de santé et pouvant compromettre leur avenir professionnel. »

La recherche d'une définition claire, précise, et dont les limites sont nettement établies, est une étape nécessaire car elle seule peut permettre de distinguer ce qui relève du harcèlement moral au travail et ce qui n'en relève pas.

La notion de répétition apparaît dans cette optique essentielle. Harceler, c'est « soumettre sans répit à de petites attaques répétées » (Petit Robert). Leymann insistait beaucoup sur cette répétition, tentant de préciser sa fréquence (au moins une fois par semaine) et sa durée (au moins six mois). C'était à son avis le premier critère pour différencier conflit de travail et harcèlement moral au travail. « Bien entendu, écrivait-il, les causes de friction ne manquent jamais au travail. Personne ne peut être du même avis en toute circonstance. Il est plutôt exceptionnel que l'on tombe spontanément d'accord. Et lorsque le travail presse, par exemple, un collègue peut très bien, sous le coup de l'énervement, laisser échapper une remarque désobligeante. Cela arrive tous les jours et personne ne s'en formalise, dans la mesure où l'incident garde un caractère exceptionnel et où il se termine par des excuses ou une explication. »

De même, Marie-France Hirigoyen insiste pour nettement différencier le harcèlement moral et le stress professionnel : « Le harcèlement moral au travail est beaucoup plus que du stress, même s'il passe par une phase de stress : le stress ne devient destructeur que par excès (*burn-out*), alors que le harcèlement est destructeur par sa nature même. »

Il est également clair que toute tension interpersonnelle dans un groupe social n'est pas forcément due à l'existence d'un harcèlement moral : il peut y avoir des tensions légitimes dans un couple ou une famille, hors de tout phénomène de harcèlement, de même qu'il peut y avoir des tensions extrêmes dans une entreprise pour de tout autres raisons (difficultés et dérives dans la production, problèmes financiers graves, par exemple).

Quelles sont les spécificités du harcèlement moral au travail ?

On distingue quatre types de harcèlement moral au travail :

- le harcèlement horizontal, qui se produit à même niveau de fonction sur le lieu de travail : un collègue agresse un autre collègue ;
- le harcèlement descendant, qui est une agression d'un supérieur sur un subordonné ;
- le harcèlement à des niveaux combinés, c'est-à-dire des agressions venant à la fois d'un supérieur et de collègues contre un autre collègue ;
- le harcèlement ascendant, où un supérieur hiérarchique est agressé par son ou ses subordonnés.

■ Le harcèlement horizontal

Il peut être expliqué par plusieurs causes. D'abord, les groupes humains tendent à rejeter celui qui ne leur ressemble pas. C'est l'intolérance à la différence vis-à-vis de l'homosexuel, du handicapé, du salarié de race différente, ou de la femme dans un groupe exclusivement composé d'hommes, ou l'inverse... Ensuite, les « traditions » de certains corps de métiers, réservés soit uniquement aux hommes, soit uniquement aux femmes, génèrent par là même l'intolérance et peuvent aboutir à ce phénomène de rejet de l'autre. Enfin, des inimitiés personnelles peuvent intervenir (que les raisons en soient connues ou non), ainsi que des sentiments de jalousie et d'envie.

■ Le harcèlement descendant

Il est caractérisé par l'action de harcèlement d'un supérieur hiérarchique sur son subordonné, commettant de fait un abus de pouvoir manifeste. Et c'est peut-être justement parce qu'il s'agit d'un

abus de pouvoir, d'une action volontaire d'un puissant sur un plus faible, que cette action est intolérable, impardonnable et citée d'emblée lorsque l'on parle de harcèlement au travail, alors que ce n'est pas le cas le plus fréquemment rencontré.

Deux causes sont le plus souvent avancées pour expliquer ce phénomène :

- un état psychopathologique anormal du harcelant, qualifié de pervers (thème longuement développé par Marie-France Hirigoyen, ainsi que par Christophe Dejours (*Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Points/Seuil, 2000) ;
- un abus de pouvoir non pas spécialement engendré par des troubles psychopathologiques de la personnalité, mais relatif aux conditions de travail et à l'organisation de celui-ci.

Il existe des cas assez rares où le management est ouvertement impliqué dans des phénomènes de harcèlement moral, par exemple à des fins de réduction d'effectif. C'est ce que Marie-France Hirigoyen qualifie de « maltraitance managériale ». Mais, le plus souvent, le harcèlement naît d'une défaillance du système organisationnel mis en place au travail et des tensions qui en résultent. Ainsi, « une entreprise ou une administration aspire à une production et à une relation de travail normale. Tout écart à la norme constitue un problème. Si ce problème ne peut être résolu, un conflit peut résulter et, s'il dure, se transformer en crise » (Leymann). Et cette crise, parce qu'elle met à l'épreuve l'organisation des relations interpersonnelles, est propice au développement du harcèlement moral.

Dans ce cas, la source même du harcèlement provient du phénomène de stress dû à l'organisation du travail (surcharge de travail, conflits et ambiguïtés de rôles, situations d'incertitude, mais aussi sous-charge de travail, qui génère parfois un « *mobbing* de l'ennui »).

Le même auteur fait « l'hypothèse selon laquelle toute structure d'organisation du travail intégrant les effets du stress est génératrice de conflit et de *mobbing* : lorsque stress et frustration ne trouvent pas d'autre exutoire, on les « évacue » habituellement en agressant l'une ou l'autre des personnes présentes ». Le rôle des managers dans le dévelop-

pement de la communication et de l'homogénéisation du groupe social (soudier les équipes et introduire les nouveaux arrivants) apparaît ici comme essentiel pour prévenir ce phénomène.

Les causes mêmes de la survenue du harcèlement moral descendant sont donc variées. S'il est dû à une volonté délibérée de nuire à la personne humaine, il est, bien évidemment, totalement condamnable. Mais il semble résulter le plus souvent d'un ensemble de faits beaucoup moins directs, depuis l'équipe de management qui n'a pas su ou pu prévoir son développement jusqu'aux situations, les plus fréquentes, où le problème psychologique d'une personne, ou simplement un effet de stress mal vécu ou mal géré, peut entraîner des phénomènes de harcèlement sans que les managers de l'entreprise ou de l'administration aient une quelconque volonté de nuire à leurs employés.

■ Le harcèlement ascendant

Il s'agit du cas, pas aussi rare que l'on pourrait a priori le penser, où un supérieur hiérarchique, salarié ou employeur, est harcelé par un salarié ou un groupe de salariés. Cette situation se produit souvent lorsqu'un salarié a été promu à un niveau hiérarchique supérieur et que l'un ou plusieurs de ses anciens collègues ne l'acceptent pas et se vengent. Elle s'observe aussi quand un ou plusieurs salariés décident de harceler un de leurs supérieurs – pour des raisons de relations interpersonnelles ou autres – dans le but de lui faire quitter son poste de travail ou de le faire démissionner de sa fonction.

Est-ce un phénomène récent ? Quelle est son ampleur ?

Cette question est extrêmement délicate, puisque très peu d'études s'y sont intéressées et que celles qui existent sont le plus souvent entachées de biais et d'er-

reurs. Il est en effet très difficile de mener ce genre d'enquêtes à base de questionnaires, d'interviews psychologiques où les réponses varient en fonction de la façon dont sont écrites les questions, du lieu où elles sont posées et de l'interviewer qui les pose... On retrouve le même problème avec les sondages sur le stress : les taux de prévalence couvrent de très larges fourchettes, depuis 5 ou 10 % jusqu'à 60 ou 70 % de la population.

Mais dans le domaine du harcèlement, il existe encore moins de données que pour le stress... Heinz Leymann cite des études suédoises sur 2 500 personnes concluant que 3,5 % d'entre elles sont ou ont été exposées à une ou plusieurs agressions caractéristiques du *mobbing*, au moins une fois par semaine, pendant une durée d'au moins six mois. Certains groupes comme Solidarité et souffrance au travail écrivent que le harcèlement moral est de plus en plus fréquent, mais aucune donnée scientifique ne vient corroborer leur propos...

Leymann a fourni des indications – issues de l'enquête menée en Suède – sur la répartition du *mobbing* : le *mobbing* horizontal représente 44 % des cas ; le *mobbing* descendant, 37 % ; le *mobbing* combiné (horizontal et descendant), 10 % ; le *mobbing* ascendant, 9 %. Le *mobbing* descendant, d'un supérieur vers un subordonné, ne semble donc pas être le cas le plus fréquent.

Leymann a également montré que l'entreprise privée n'est pas le lieu privilégié du harcèlement moral au travail : « Il semble que le risque d'être victime du *mobbing* soit plus faible dans les secteurs de la production, de la santé et des entreprises privées, et plus élevé dans l'enseignement et l'administration. Si l'on considère la forme de l'entreprise ou de l'organisation qui emploie, il semble que le fait déterminant soit son caractère bureaucratique. » Plus précisément, la proportion de victimes du *mobbing* s'élèverait jusqu'à 22,4 % dans les administrations territoriales et 17,7 % dans les administrations gouvernementales, pour descendre à 11,8 % dans les entreprises privées et 7,1 % dans les entreprises familiales. Il existerait en outre une surreprésentation des atteintes de *mobbing* pour le personnel qui travaille dans l'ad-

ministration publique et sociale, l'éducation (écoles, universités), les hôpitaux, les crèches ainsi que les organisations religieuses.

Certains de ces chiffres semblent confirmés par l'enquête européenne sur les conditions de travail de la Fondation de Dublin (printemps 2000) : prédominance des « pratiques d'intimidation » dans les administrations publiques, suivies des commerces et des services (hôtellerie-restauration). Ces intimidations atteignent, apparemment, surtout des femmes.

Quelles en sont les conséquences ?

Elles sont variables, mais peuvent être très graves aussi bien sur le plan médical que sur le plan social : le harcèlement moral est une action potentiellement très destructrice.

La symptomatologie médicale peut comporter des signes généraux (asthénie, insomnie, inappétence, etc.), des signes psychologiques (syndrome dépressif pouvant être très sévère, avec sentiments d'insécurité, d'inutilité, phobies, allant jusqu'au suicide) et des signes psychosomatiques (ulcère, dermatoses, vertiges...). Leymann évaluait à 10 à 15 % la part des tentatives de suicide provoquées par le harcèlement...

Cette symptomatologie n'est pas spécifique du harcèlement : elle est le témoin de toute souffrance psychique de l'individu, occasionnée par toutes sortes de facteurs, que ceux-ci soient relatifs à l'état de l'individu lui-même (névrose grave, par exemple) ou à ce qu'il vit (divorce, perte d'un être cher, etc.).

Le retentissement socio-économique peut être très important, puisqu'il arrive qu'il débouche sur un licenciement et, parfois, des difficultés – du fait des conséquences médicales – à reprendre un autre emploi. Les répercussions ne sont pas moindres sur la collectivité de travail et l'entreprise ou l'administration, avec une perte de cohésion du groupe de travail, une désorganisation du travail lui-même,

mais aussi un absentéisme augmenté et une rentabilité moindre.

Peut-on prévenir ce phénomène ?

Devant le caractère moralement et humainement inadmissible du harcèlement moral, chacun s'accorde sur la nécessité de recourir à la prévention. Elle peut se faire à trois niveaux : primaire, secondaire et tertiaire.

La prévention tertiaire, qui consiste à soigner les gens touchés par le phénomène, doit être mieux assurée. Il s'agit, d'abord, de développer les connaissances en victimologie de ceux qui peuvent être amenés à traiter les victimes (médecins du travail, médecins praticiens), car la qualité des premiers soins est déterminante sur l'avenir de la maladie. Il s'agit, ensuite, de créer des structures locales ou régionales permettant la prise en charge des victimes conformément aux « règles de l'art », c'est-à-dire avec des équipes agréées, dûment formées, comprenant des psychiatres et psychologues.

Mais il faut plus encore agir au niveau de la prévention secondaire : le harcèlement moral doit être dépisté le plus tôt possible, dès ses premières manifestations. Il est essentiel d'informer à la fois les employés et les managers, chefs d'entreprise, responsables de l'administration et des organisations représentatives du personnel. Il faut également mettre en place dans l'entreprise un lieu de discussions et d'échanges sur ce phénomène, permettant d'accroître la prise de conscience collective. Il faut enfin que les employés – ou employeurs – victimes de harcèlement moral puissent se confier à une tierce personne indépendante susceptible d'agir à la source du conflit. En France, il ne faut pas négliger le rôle du médecin du travail dans ce domaine. Dans les pays nordiques, les salariés peuvent se confier à des « médiateurs » indépendants des entreprises...

Quant à la prévention primaire, elle est également indispensable et primordiale. Ainsi convient-il de développer la formation des dirigeants et futurs dirigeants (chefs d'entreprise, cadres, DRH) aux différentes causes du phénomène, au rôle du dialogue dans l'entreprise, à l'importance de la gestion humaine des équipes, aux modalités de gestion des situations de crise. Il faut aussi dispenser cette formation aux organisations représentatives du personnel, en insistant sur l'importance du dépistage précoce, de l'expression des employés sur ce thème, de la gestion des crises, du rôle de médiateurs comme le médecin du travail. Enfin, il convient d'encourager la recherche scientifique sur les diverses causes de la survenue du harcèlement, de même que sur l'ampleur réelle du phénomène, afin de mieux cerner les différents aspects de la prévention primaire.

Comment réparer les conséquences du harcèlement ?

L'évolution des réglementations en ce domaine apparaît clairement. La Suède a été le premier pays européen, dès 1993, à se doter d'une législation condamnant le harcèlement au travail et, élément important, encourageant les employeurs à organiser une prévention. Cette législation comporte également l'obligation de mettre en place des enquêtes spécifiques en cas de phénomène de harcèlement, détaillant ses causes et les modalités de son apparition, et analysant les relations possibles avec l'organisation du travail.

L'évolution des réglementations est tout à fait notable au niveau de l'Union européenne : l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux, adoptée en décembre 2000, affirme le droit à la dignité humaine et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux reconnaît (article 26) le principe du droit de tous les travailleurs à la

protection de leur dignité au travail, en mentionnant que « les parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements ».

Mais un véritable débat s'est instauré en France quant à la réparation du harcèlement moral au travail. Les termes en sont les suivants : faut-il créer une nouvelle sanction pénale ou les dispositions légales déjà en place suffisent-elles ?

Chacun s'accorde à reconnaître que le nouveau Code pénal de 1994 concerne la réparation du harcèlement moral puisqu'il consacre son cinquième chapitre à la dignité des personnes et prévoit la répression des actes de nature à affecter psychologiquement la victime. Ainsi, l'article L. 225-14 précise que « le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de deux ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende ». De même, l'article L. 222-13, consacré aux « violences volontaires commises avec préméditation » ainsi qu'aux « actes poussant au suicide d'autrui », est applicable.

Au niveau de la législation du travail, le Code du travail précise (article L. 120-2) que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». De même, l'article L. 230-2 I, alinéa 1, précise que « le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs ».

Le Conseil économique et social, lors de son assemblée plénière d'avril 2001, a cependant estimé :

– qu'il fallait prendre des mesures législatives spécifiques pour lutter contre le harcèlement moral,

applicables tant au niveau du secteur public que privé ;

– qu’il fallait introduire de nouveaux articles consacrés à ce phénomène dans le Code du travail afin de l’interdire et d’ouvrir de nouvelles possibilités de sanction réglementaire ;

– qu’il fallait reconnaître le harcèlement moral comme risque professionnel devant faire l’objet de mesures de prévention dans l’entreprise ;

– qu’il convenait, enfin, de reconnaître les conséquences du harcèlement moral comme maladie professionnelle, par la voie des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles.

Mme Guigou a insisté sur le fait que le harcèlement moral au travail est un risque professionnel qu’il faut prévenir, sanctionner et réparer. Au niveau pénal, elle s’est prononcée pour un aménagement de la charge de la preuve de façon que l’employeur démontre l’absence de harcèlement quand le salarié apporte des éléments de fait (comme le propose le groupe socialiste à l’Assemblée nationale). Au niveau professionnel, enfin, elle pense qu’il faut en effet laisser aux comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles le soin de reconnaître au cas par cas le caractère de maladie professionnelle des pathologies provoquées par le harcèlement moral.

Lors du débat de l’assemblée plénière du Conseil économique et social, si l’ensemble des

représentants des syndicats de salariés ont soutenu ces propositions, les représentants des employeurs ont estimé qu’il fallait de toute évidence lutter efficacement contre le harcèlement moral mais qu’ils ne pouvaient suivre le rapporteur lorsqu’il estimait nécessaire de prévoir une nouvelle sanction pénale – car le chapitre V du nouveau Code pénal leur semblait suffisant –, et encore moins lorsqu’il s’agissait de reconnaître le harcèlement comme une maladie professionnelle (absence de maladie spécifique du harcèlement, absence de situation de travail précise). Ils ont également insisté sur la nécessité de prévoir des possibilités de réparation et de prévention pour tous les types de harcèlement moral (horizontaux comme verticaux) et dans tous les types d’institutions, publiques ou privées.

Tels sont les enjeux du débat actuel. Et même s’il convient d’attendre que le projet de loi de modernisation sociale soit définitivement adopté, il apparaît clairement qu’une nouvelle réglementation va venir instaurer en France la lutte contre le harcèlement moral, et qu’il importe d’ores et déjà de réfléchir aux implications nouvelles ainsi apportées tant au niveau de la prévention que de la réparation.

Le Dr Pellet a été auditionné en avril 2001 par le Conseil économique et social à propos du harcèlement moral au travail.

RISQUE ET RÉPUTATION : L'ENTREPRISE SOUS LE REGARD DES AUTRES

Jean-Pierre Piotet

Président de l'observatoire de la Réputation

Président de Thompson Corp.

Plus facile à commenter qu'à mesurer, la réputation des entreprises est un capital précieux, mais finalement moins fragile qu'on ne le croit. Les exemples d'Exxon, Johnson & Johnson et, plus récemment, Total et Danone sont là pour en témoigner.

Affirmer que la crise affecte la réputation de l'entreprise relève souvent de la simplification. Et en tout cas témoigne de la confusion entretenue entre l'image, perception émotive et instantanée d'une entreprise, et sa réputation, relation culturelle dans le temps entre l'entreprise et son environnement.

Difficile à bâtir, délicate à cultiver, la réputation est un patrimoine plus solide qu'on ne le croit. Que, sous le coup de sondages réalisés dans l'émotion, on constate, comme pour Danone ou Total, une chute spectaculaire de la cote d'amour d'une société ne signifie en rien que sa réputation est brisée. Les crises mondiales les plus médiatisées, telles celles de l'*Exxon Valdez* ou de Johnson & Johnson, sont là pour le démontrer.

Exxon

Il y a plus de dix années, le naufrage du pétrolier *Exxon Valdez* avait créé l'une des plus grandes catastrophes écologiques. Et lorsque le bouillant président d'Exxon, Lawrence G. Rawl, déclara à

la presse que l'« incident » de l'*Exxon Valdez* était circonscrit et que la situation était « *under control* » (alors que 1 600 kilomètres de côtes de l'Alaska allaient être polluées), il prit un risque considérable.

Les qualificatifs autour d'Exxon ne manquèrent pas : « *Arrogant reaction of a multinational* », « *The atmosphere was definitely hostile* »... Et ce ne sont pas les déclarations ultérieures de Rawl, du type « *The matter is before the judge and therefore I may give no further information...* », complétées par des pages de publicité pour s'« excuser », qui réparèrent à court terme les dégâts causés à l'image de la firme aux États-Unis.

Et pourtant, Exxon est aujourd'hui cité comme un exemple de bonne gestion de crise... Sans doute parce que l'entreprise a payé « cash » et que la réglementation américaine a immédiatement pris en compte le risque. Après sa descente aux enfers, Exxon est redevenu en 1999 le n° 1 mondial dans son secteur des « *most admired companies* » classées sur leur « *corporate reputation* » par *Fortune*, avant de se retrouver en troisième position en 2000, sous le nom d'Exxon Mobil !

Voilà qui devrait rendre modestes les commentateurs alarmistes sur la réputation.

Johnson & Johnson

Tylenol est sans aucun doute le cas le plus exemplaire dans l'histoire de la gestion d'une communication de crise.

Tylenol était le produit (antalgique) archi-leader des laboratoires Johnson & Johnson sur le marché américain. En automne 1982, à Chicago, sept personnes meurent de l'absorption de gélules de Tylenol dans lesquelles du cyanure a été introduit. Le président de Johnson & Johnson, James E. Burke, décide sans délai le retrait du médicament, demande (avec des moyens médiatiques considérables) aux consommateurs de retourner au laboratoire toutes leurs gélules, limite la vente de Tylenol à la formule en tablettes et adresse plus d'un demi-million de messages électroniques pour toucher la communauté médicale...

Johnson & Johnson engagea ensuite un gigantesque programme de communication et de *rassurance*, avant de remettre ses gélules sur le marché sous un *packaging* à triple sécurité. L'entreprise reprit ses parts de marché.

Hélas, en hiver 1986, le même cauchemar se reproduit avec la mort d'une jeune femme, à Bronxville, dans les mêmes conditions. La production de gélules est alors définitivement stoppée au profit des tablettes, plus sûres.

Une constante attitude responsable – fondée sur une forte culture d'entreprise – fut déterminante pour Johnson & Johnson, qui conserva la confiance du consommateur face à cette nouvelle action « terroriste ». Et en 2000 la société, prospère et bien cotée, se situe au troisième rang mondial des « *best corporate reputations* » dans son secteur d'activité. Nouvelle leçon d'humilité pour les censeurs de l'époque.

A l'observation, il apparaît évident que le jugement sur les crises porte davantage sur l'apparence de la bonne communication publique que sur leur gestion objective. Pour certains, la communication de crise de Perrier aurait été exemplaire ; pour d'autres, probablement les actionnaires de l'époque, elle aurait été honnête, courageuse, mais surtout

d'une extrême naïveté, et pour eux très coûteuse. De même, pour beaucoup, la communication de crise de Festina, lorsque son équipe fut accusée de dopage pendant le Tour de France, aurait été catastrophique, alors que quelques initiés soulignent qu'elle a permis à Festina de franchir à bon compte la première étape de la construction d'une réputation grâce à l'acquisition d'une notoriété inespérée.

Total

Paradoxalement, dans l'océan de nos malheurs médiatisés, au hit-parade de la gestion de crise, et sauf à considérer que les clients/actionnaires de Total sont fidèles « par hasard », le pétrolier pourrait se rapprocher du sans-faute, au regard de critères objectifs tout du moins.

■ Premier critère : le patron a-t-il été remercié ?

L'explosion du management est une sanction courante, et pas toujours justifiée. Manager de l'année 1999, Thierry Desmaret a conservé à juste titre la confiance d'administrateurs aussi exigeants que Michel François-Poncet, Daniel Bouton, Serge Tchuruk ou, plus récemment, Anne Lauvergeon. Après tout, lui reprocher de s'être fait piéger au détour d'une question habile relève de la mauvaise querelle. Quelques mots de repentance suffiront.

■ Deuxième critère : la Bourse a-t-elle sanctionné l'entreprise ?

Depuis le naufrage et la mise en cause du pétrolier *Erika*, Total a progressé de 15 %, alors que le CAC 40 plongeait dans le rouge et que ses concurrents mondiaux étaient largement moins performants. De quoi réjouir les fameux « actionnaires

témoins », qui, après leurs voyages d'étude au bout du monde, ne semblent pas s'être rendus spontanément sur les côtes bretonnes, ou l'ont fait avec discrétion.

■ Troisième critère : si le public arbitre en Bourse, il vote aussi aux pompes

Non seulement le boycott des stations-service n'a pas eu lieu, mais, à la fin de 2000, Total Fina Elf mène toujours le bal de la distribution de carburants en France, avec 25 % de part de marché, devant... Carrefour à 15 % (selon l'Union française des industries pétrolières).

Face à ce constat objectif, certains « communicants » chagrins objecteront que Total, emporté par la marée noire, sort du « Top 100 de la cote d'amour des entreprises » en passant de la 16^e à la 131^e place.

Alerte, bien sûr, mais après tout il ne s'agit que d'« amour » ; et, sur le registre de l'affection, les pétroliers n'ont jamais trusté les premiers prix. A l'observation, il se peut aussi que le slogan ambitieux de Total « Vous ne viendrez pas chez nous par hasard » se révèle, à l'usage, plutôt agaçant pour les consommateurs. De là à désertir les stations-service ou à vendre ses titres...

La perte probable d'attractivité professionnelle est certainement plus inquiétante à moyen terme. Mais, même sur ce point, la critique à l'égard de Total semble, à l'analyse, peu fondée. Ce qui fait la valeur d'une marque, ce n'est pas son image, mais sa réputation. Fragile par construction, fluctuante au gré des incidents et accidents amplifiés par les médias, l'image n'est qu'une photographie de la vie publique de la marque. La résistance de la marque/entreprise Total tient moins aux coûteuses campagnes vantant la transparence et le service qu'à la relation historique et pragmatique que cette marque entretient avec le consommateur, récemment actionnaire. L'image de respect de l'environnement que Total a un moment poursuivie a été, certes, fortement dégradée, mais sa réputation d'entreprise française présente au quotidien et à la réussite indiscutable a

ouvert la voie à l'indulgence de l'automobiliste et au jugement réaliste de l'actionnaire.

Comme le soulignent les Américains, « *reputation gives you a second chance* »... Encore faut-il continuer à la mériter.

Danone

Dans ce qui a été hâtivement qualifié d'« affaire Danone », il y a, à y regarder de plus près, deux nouvelles. La mauvaise d'abord, pour les salariés, bien sûr. Et cela quelle que soit la qualité du plan social. La seconde est, paradoxalement, plutôt une bonne nouvelle pour Danone, marque préférée des consommateurs français, devenue en quelques semaines l'entreprise mal aimée du public, au vu de sondages « sur mesure ».

Danone n'existait dans l'esprit du consommateur qu'au travers de bons produits, promus sur le registre de l'émotion par des campagnes publicitaires souvent remarquables, créant de la proximité et du désir. La fondation stratégique de l'Institut Danone pour la santé et sa promotion par la société ont ajouté la dimension de la sécurité bien avant la médiatisation des crises alimentaires. Bref, des produits bons, sains et sûrs, dans un univers de rêve, avec une proximité affective du consommateur. Une promesse d'absolu qui suscite finalement une attente globale impossible à satisfaire.

Car derrière la marque existe aussi une entreprise, avec ses réalités commerciales, économiques et sociales. Pour Danone, un marketing si parfait qu'on a pu croire un moment à la virtualité de l'entreprise. Et un jour, il faut bien se résoudre à ce que la réalité économique de l'entreprise rejoigne l'univers émotif de la marque. C'est vrai, Danone est un champion, et la relation entre la marque et le consommateur-spectateur – mais aussi citoyen – est de la même nature que celle que le public entretient avec ses vedettes du sport, du spectacle ou de la télévision. Faire de la marque une « star aimée » comporte une part de risque lorsque, redevenue

porte-parole des produits de l'entreprise, celle-ci doit véhiculer aussi des réalités économiques délicates. Et quand le champion apparaît dans sa dimension humaine, que le pragmatisme de son comportement est exploité par des opportunistes en quête de visibilité, il est difficile de faire le dos rond alors que l'on est habitué à redresser la tête.

D'une certaine façon, cela forge le caractère, stimule les défenses, rassure à terme le consommateur, même si c'est un peu douloureux pour l'amour-propre... Encore faut-il ne pas prendre pour argent comptant des sondages aux questions polémiques qui traduiraient le soudain et total désamour du citoyen consommateur pour Danone. Réalisés dans un contexte d'émotion, ces sondages souvent complaisants n'ont fait que révéler – après la rumeur – la fragilité paradoxale du champion.

Écartelé entre le quotidien de sa marque préférée et la révélation d'une entreprise qui se comporte comme les autres, le public devient moralement solidaire des futurs licenciés, tout en continuant à acheter les produits Danone – comme il l'avait fait, sans états d'âme, pour Total. En fait, la schizophrénie observée tient plus à la nature de ces études d'image qu'au manque de logique du consommateur. Comment peut-on aimer dans l'instant une entreprise qui licencie ? Que le consommateur perplexe fasse passer la « cote d'amour » de Danone de la première à la trentième place est bien la sanction minimum et peu impliquante qu'il puisse infliger. Mais déduire de ces études d'image, qui ne reflètent qu'un instant de la vie publique d'une entreprise, que la réputation de Danone, ce « regard des autres », s'est fortement dégradée relève de la simplification, sinon de la malveillance.

En effet, la relation d'une entreprise avec le public n'est que très partiellement fondée sur l'émotion. Les sociétés mondiales les plus réputées, comme General Electric et Microsoft, ou Sodexo, Carrefour, L'Oréal et Danone, pour les firmes françaises reconnues comme telles, sont d'abord celles à qui l'on fait confiance. Vouloir être à la fois respecté et aimé tient souvent du défi, ou de l'« exception française ». Et au fond, l'entreprise Danone, malgré la virulence d'attaques partisans, n'a jamais perdu la confiance de ses partenaires (distributeurs,

actionnaires) ni de ses consommateurs, refusant en bloc la récupération idéologique et les tentatives intéressées de boycott.

Bien sûr, la mise sous surveillance publique de Danone, au nom de l'éthique, par quelques ayatollahs des comportements d'entreprise taquine sérieusement l'amour-propre des dirigeants. Mais ce qui à terme protégera le mieux l'entreprise sera paradoxalement la connaissance par le public de ses faiblesses : la vérité, même peu flatteuse, protège davantage que l'ambiguïté.

Longtemps la communication-spectacle a infantilisé le public avec des promesses rassurantes de plein emploi, de sécurité... bref, de bonheur. Mais aujourd'hui le public ne croit plus aux promesses ; il aimerait qu'on lui parle comme à un adulte, sensible à la réalité et aux personnes. Il est capable de comprendre bien des choses, le dopage, les OGM, les licenciements... et de continuer à acheter les produits, à « aimer » ses champions, à voter pour ses hommes politiques, à respecter les chefs d'entreprise. Peut-être aussi parce qu'ils lui ressemblent.

Reconnaître ses faiblesses est un acte de communication délicat, mais qui rapproche davantage que la revendication de qualités morales souvent démenties par les faits. Après les marques ou les entreprises « stars » des années 90, le *look yourself* redevient d'actualité. Dans une société de plus en plus transparente, après avoir assumé ses travers, et faute de pouvoir les masquer, réconcilier sa réputation avec la réalité de ses comportements devient opportun, sinon stratégique, pour une entreprise.

Marque à l'intense contenu affectif et culturel, Danone, entreprise française au pragmatisme révélé, a rejoint le monde envié et parfois cruel des multinationales.

Réputation et éthique

Après le *corporate governance*, et une fois intégrées ses exigences légitimes, l'éthique redevient à la mode pour tous : hommes politiques, dirigeants,

entreprises. L'observation de la réalité montre que le public est souvent plus que conciliant avec ceux qui ont été confrontés à des difficultés juridiques. Le retour aux affaires de Bernard Tapie ou de Silvio Berlusconi montre que le réalisme, l'image de réussite, vraie ou fausse, permettent de s'accommoder avec les canons de la morale traditionnelle.

Dans le monde économique, les censeurs et les ayatollahs ne manquent pas. On connaissait déjà les « indispensables » analystes financiers, un moment « égarés » par l'envolée des valeurs de la nouvelle économie, et rassurés depuis l'e.Krachs sur l'importance de données quantifiées pour apprécier la valeur d'une entreprise. Mais avec le succès (assez récent en Europe) des fonds éthiques se multiplient les analystes des comportements de l'entreprise : à propos de l'environnement, des relations sociales, etc. Et on lit avec étonnement que les « experts éthiques » hésitent à réviser leur position sur Danone, comme si les actionnaires mais aussi les consommateurs étaient incapables de se faire une opinion sur son récent comportement social. Comme si l'image « éthique » d'un moment devait influencer la réputation globale d'une entreprise.

On comprend que les experts hésitent ! Au regard des mêmes critères (plan social), combien d'entreprises devraient-ils dégrader ? Cette notation par les nouveaux ayatollahs des comportements de l'entreprise présente, compte tenu de leur crédibilité, le risque d'entraîner une dégradation durable de la réputation de l'entreprise.

La réalité, c'est que la réputation est le fruit de l'histoire de l'entreprise, et que l'éthique de son comportement n'est que l'un des attributs sur lesquels elle doit être appréciée. La santé financière, l'innovation, la qualité de la stratégie dans le temps, la qualité du management, par exemple, sont aussi des piliers autour desquels se bâtit une réputation.

Et plutôt que de confier à quelques analystes en chambre le soin de noter arbitrairement les entreprises, il n'est pas inutile d'observer la confiance que leur témoignent au quotidien les consommateurs, les actionnaires et leurs partenaires.

Toute évaluation sur la réputation doit s'inscrire dans le temps. Et à cet égard, les méthodes traditionnelles appliquées à l'image (fluctuante au gré des événements) de l'entreprise sont inappropriées et quelquefois trompeuses.

Le « regard des autres » ne se mesure pas, il s'apprécie.

LE PIRATAGE INFORMATIQUE

Éric Le Gentil

Directeur général, Generali France Holding

Le piratage fait assurément partie des plus vieux métiers du monde, puisque déjà le mot grec « peirates » désignait les brigands qui attaquaient les navires. Le monde moderne a vu l'apparition des pirates de l'air et des pirates de la route.

Aujourd'hui, le développement des systèmes d'information et l'échange de données électroniques, soit par réseau privé, soit par Internet, facilitent indubitablement les actes de piratage. L'enjeu est en effet alléchant, puisqu'on estime à environ 260 milliards d'euros les sommes échangées par ce biais, l'industrie et la banque étant en ce domaine les précurseurs et les utilisateurs privilégiés.

Les entreprises, premières victimes des pirates de la Toile

Dans un rapport datant de 1996, Daniel Padoin, alors responsable du Service d'enquêtes sur les fraudes aux technologies de l'information (Sefti), affirmait déjà que « la malveillance informatique [était] en passe de devenir le risque industriel et économique numéro un ».

La problématique qui se pose aux entreprises peut être ainsi résumée : s'ouvrir, donc prendre le risque de constituer une proie pour les pirates, ou se recroqueviller sur elles-mêmes, et être condamnées à disparaître. Elles sont aujourd'hui à ce point dépendantes de l'informatique qu'elles reconnaissent ne plus savoir travailler au-delà d'une semaine sans système informatique.

Toutefois, si les dirigeants de « dot-com », en particulier, sont bien placés pour savoir que les attaques de sites Internet provoquent des pertes financières, d'image et de temps, il est manifeste que bien peu de sociétés ont pris conscience que le piratage de leurs données pouvait les exposer à des poursuites judiciaires pour délit de manquement à la sécurité. Toute insuffisance de moyens pour préserver la sécurité des informations vis-à-vis de tiers non autorisés est en effet passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et de 300 000 euros d'amende !

Quelques chiffres

Selon les statistiques du ministère de l'Intérieur, les escroqueries (20 000 en 1999) représentent l'essentiel des délits facilités par les nouvelles technologies (dans le cadre d'Internet ou hors Internet).

D'après le Cert, ou Computer Emergency Response Team (structure d'alerte et d'assistance sur le Web), 21 756 actes de piratage via Internet ont été détectés en 2000, contre 9 859 en 1999. La Toile est certes le principal vecteur des attaques menées de l'extérieur, mais les dirigeants doivent savoir que la majorité des actes de piratage sont perpétrés en interne : entre 60 et 80 % ont lieu en effet à l'intérieur des entreprises elles-mêmes¹. Sur les 20 à 40 % provenant de l'extérieur, 60 % sont véhiculés par le Net.

Selon le ministre allemand des Affaires étrangères, s'adressant aux participants du G8 qui s'est tenu du 24 au 26 octobre 2000 à Berlin, les pertes mondiales engendrées chaque année par la cybercriminalité seraient de l'ordre de 47 milliards d'euros. Le cybercrime a représenté environ 400 millions d'euros de pertes pour les 186 entreprises américaines capables de quantifier les dommages qu'elles ont subis en 2001.

En majorité, la fraude consiste à voler des bases de données. Ces actes sont fréquents dans les départements marketing de grandes entreprises, dans les cabinets de recrutement ou encore dans le secteur des technologies de pointe. Leurs auteurs sont souvent des concurrents ou des salariés tentés de créer leur propre société.

Identification des pirates

Les pirates informatiques peuvent être classés en quatre groupes :

- les « hackers », spécialistes informatiques qui se servent de leurs connaissances pour s'introduire illégalement dans des sites et des systèmes informatiques ;
- les « corsaires », qui pratiquent le piratage pour le compte d'un État ;
- les « crackers », ou hackers malveillants, dont l'intention est le sabotage ou le détournement de fonds ;
- les « phreakers », spécialisés dans le piratage des lignes téléphoniques et les détournements d'abonnement dans le but de téléphoner gratuitement.

Les armes des pirates

Elles relèvent de deux catégories : les attaques frontales de machines (serveurs, ordinateurs personnels, LAN, lignes téléphoniques, etc.) et les maladies virales, qui sont inoculées.

■ Les attaques frontales

Au rang des attaques frontales, il convient de mentionner :

– *Le détournement de sites.* Il s'agit d'entrer illégalement sur le serveur d'un site et d'en modifier la page d'accueil. En mars 2001, la page d'accueil de Burger King a été remplacée par une parodie de la page d'accueil du concurrent McDonald's. Un adolescent américain de 15 ans résidant dans le Michigan a piraté le site Web de la Nasa en affichant des images d'un groupe de pirates appelé Electronic Souls.

– *L'usurpation du nom de domaine à des fins spéculatives.* Le pirate s'empare d'un nom de domaine sur un site connu et offre à son détenteur légal de le lui revendre. La mésaventure est survenue à France Télévision, dont les noms de domaine France2.com et France3.com ont été revendus par un Russe à un Coréen exploitant des sites pour adultes.

– *L'espionnage industriel et militaire.* L'objectif est de s'emparer de données stratégiques ou de les détruire. A ce sujet, le « casse » informatique certainement le plus spectaculaire est celui dont a été victime la firme de Bill Gates. Pendant plus d'un mois, des pirates ont eu accès à des lignes de programmes permettant de créer à volonté des produits informatiques concurrents de ceux de Microsoft. A l'inverse, tout éditeur de logiciel peut être tenté d'y introduire des fonctions cachées permettant l'acquisition de données ou de renseignements auprès des utilisateurs dudit logiciel – un ministère de la Défense européen aurait décidé pour cette raison de ne plus utiliser les systèmes d'exploitation classiques.

– *Le vol des moyens de paiement.* En mars 2001, le FBI a annoncé que plus de 40 entreprises de 20 États avaient fait l'objet d'attaques émanant de pirates russes, qui auraient volé plus d'un million de numéros de cartes de crédit. Un groupe de pirates a pénétré le serveur de l'organisation du Forum économique mondial de Davos et subtilisé un fichier contenant les noms, adresses privées et numéros de cartes de crédit de 1 400 participants au sommet de janvier 2001, dont Bernard Arnault,

Bill Gates, Jean-Marie Messier, Bill Clinton et Yasser Arafat.

– *La saturation des serveurs.* L'exercice consiste à paralyser un site en le bombardant de milliers de fausses requêtes (« refus de service »). Des sites vedettes du Web en ont été victimes (Yahoo! eBay, par exemple).

– *La contrefaçon de données.* Il s'agit d'une forme de piratage simple, sûre et courante qui consiste à changer des données avant ou pendant la saisie. Ce qui peut être effectué par n'importe quelle personne chargée de créer, d'encoder, de vérifier, de convertir ou de transporter des données destinées à la saisie.

– *L'usurpation d'identité.* La méthode la plus courante pour entrer dans un système dont l'accès est contrôlé à l'aide de mots de passe et d'ID utilisateur, c'est d'usurper l'identité d'un usager autorisé. En général, le pirate n'a qu'à s'asseoir au poste de travail d'un usager qui n'a pas quitté le système. Certains logiciels permettent même facilement de trouver un mot de passe.

■ Les maladies virales

Elles sont de plusieurs types :

– *Les chevaux de Troie.* Un programme est installé dans la machine d'un utilisateur à son insu. Le pirate peut ainsi disposer à distance d'informations sur l'activité d'un ordinateur ou d'un réseau dans lequel il se trouve, voire procéder à des destructions diverses.

– *Les virus.* C'est un programme dont l'objectif premier est d'altérer, d'endommager ou de détruire un système informatique. Apparue en mai 2000, le virus Iloveyou s'est propagé en un temps record : il s'est en effet servi du carnet d'adresses électroniques de l'utilisateur qui a ouvert le message pour se multiplier et se répandre en masse et en quelques minutes, rendant inutilisables au passage de nombreux fichiers contenant des images et des sons. Ce sont plusieurs dizaines de millions d'ordinateurs à travers le monde qui ont été infectés par cet e-mail piégé. Les pertes financières ont été estimées à 2,7 milliards d'euros.

– *Les bombes logiques.* Ces programmes, qui doivent être installés physiquement sur la machine, attendent un signal externe (démarrage d'un programme, par exemple) pour causer des dommages. C'est l'arme de prédilection des employés licenciés !

La contre-attaque : l'arsenal technique et organisationnel

Le champ global de la sécurité est lui aussi soumis à la règle des 20-80 : 20 % des actions de sécurité concernent la mise en place d'outils spécifiques et 80 %, les règles, l'organisation, le management et les hommes qui doivent relayer le niveau de sécurité à maîtriser.

Comme nous l'avons vu, les intentions des pirates sont diverses et plus ou moins dangereuses. L'arsenal des outils ou techniques pouvant être déployés est large, nous n'en citerons donc que quelques-uns.

– Les scanners, outils permettant d'analyser les portes ouvertes sur les réseaux et serveurs.

– Les outils de détection d'intrusions (IDS), qui, en fonction de bases de signatures ou d'analyses comportementales, peuvent alerter des responsables sécurité.

– Les outils de chiffrement, qui permettent de coder les informations stockées ou échangées afin que, lors d'un éventuel détournement, elles soient illisibles pour le pirate. Bien entendu, tout code peut être cassé. Cependant, avec l'augmentation de la longueur des clefs de chiffrement, le décodage tend à devenir aujourd'hui quasi impossible.

– Les outils d'authentification, ou de signature électronique, qui peuvent être basés sur différentes technologies, comme les mots de passe, les PKI (Private Key Infrastructure) et leurs certificats individuels, les cartes à puces, la biométrie (reconnaissance des empreintes digitales, par exemple).

- Les coupe-feu (*firewalls*), qui permettent de spécifier quels types d'informations peuvent entrer ou sortir par ces « portes blindées », que l'on positionne à l'entrée d'un réseau ou sur un poste spécifique.
- Le VPN (Virtual Private Network), encore appelé « tunneling », qui permet de simuler une liaison privée entre un émetteur et un récepteur sur un réseau (interne ou Internet), qui sera interrompue à la moindre pénétration par un pirate.
- Les antivirus, aujourd'hui indispensables dans les entreprises, tant Internet a favorisé le développement et la diffusion des virus. Nous en avons évoqué les différents types. Ils ont en général deux objectifs non exclusifs : détruire des informations et/ou prendre le contrôle d'un poste distant (donc des informations auxquelles il a accès). Les plus récents infectent maintenant quasi systématiquement la messagerie du poste attaqué et se répandent ainsi auprès de toutes les personnes recensées dans le carnet d'adresses de la victime.
- Les analyseurs de contenus, qui permettent de détailler le contenu des messages échangés afin de bloquer les programmes ou exécutables susceptibles d'intégrer des virus.

Comme au bon vieux temps des perceurs de coffres-forts, l'imagination n'a pas de limites dans les deux camps, et l'on voit souvent de très grandes entreprises ou institutions recruter d'anciens pirates (repentis ?) pour élaborer leur propre défense. En effet, les outils étant nombreux, la grande difficulté consiste à organiser une réelle supervision de la sécurité afin de bâtir des solutions cohérentes intégrant informatique et téléphonie. Il est, par exemple, inutile de faire appel aux outils d'analyse de contenu sur des portions de réseau où circulent des informations codées, qui seront totalement incompréhensibles par un tel outil. De même, les choix technologiques d'une entreprise vont fortement influencer les outils de sécurité à mettre en place (les mots de passe ou le stockage des informations sont organisés différemment selon que l'on travaille sur des plates-formes Unix ou Microsoft NT).

Autre distinction de taille à prendre en considération pour se protéger : l'origine de l'attaque,

interne ou externe. L'extension et la diffusion d'Internet ont mis en lumière les attaques externes (via le Web), mais nombreuses et dangereuses sont les attaques internes, avec un lot de difficultés supplémentaires à parer lorsqu'elles proviennent d'informaticiens, qui bien souvent possèdent la majorité des clefs de l'environnement sur lequel ils travaillent (mots de passe, adresses réseaux, activation-désactivation des outils de trace...).

La base de tout système de sécurité repose sur l'identification des informations (statiques ou flux) à protéger, et nombre d'entreprises sont aujourd'hui aveugles sur ce point. Bien souvent, des embryons d'analyse existent concernant quelques données stockées dans des bases clients ou financières, mais s'est-on simplement posé la question de l'importance, en termes d'espionnage industriel, de pirater l'agenda d'un PDG, avec ses rendez-vous, les personnes rencontrées et les numéros de téléphone (sans même parler d'éventuelles notes) ?

L'organisation de la sécurité, à mes yeux primordiale, doit être sans cesse renouvelée, contrôlée, améliorée. Les outils évoqués précédemment seront, bien entendu, totalement inefficaces face à des attaques plus classiques et tellement répandues comme l'obtention d'un mot de passe par une simple demande au téléphone sous un prétexte futile, ou trouvé « collé » sous le clavier d'un utilisateur. Que faire également en cas de vol du portable d'un commercial dans sa voiture, ou même de l'ordinateur du PDG ?

La technologie ne peut tout résoudre, et il est fondamental, par exemple :

- d'expliquer à un dirigeant qu'il est préférable de ne pas choisir comme mot de passe le prénom de sa femme ou sa date de naissance, mais plutôt une combinaison de lettres, de chiffres, de majuscules et minuscules et de sigles afin d'éviter que ce mot de passe ne soit cassé en un temps record ;
- de sensibiliser les utilisateurs sur le fait que des documents jetés à la poubelle peuvent comporter des informations (adresses réseaux, machines, fréquences d'accès...) précieuses pour un pirate ;
- d'interdire aux utilisateurs de brancher sur leur poste un simple modem pour accéder à leur

compte bancaire, par exemple, car cela constituera une porte d'entrée de choix sur un réseau d'entreprise par ailleurs si bien verrouillé ;

– d'analyser les fichiers historiques générés par les précieux outils mis en place ci-dessus afin de détecter les attaques en cours (rarement instantanées) et d'y parer ;

– d'introduire un minimum d'étanchéité dans les zones accessibles à tous (DMZ : zones démilitarisées), parfois au détriment de certaines souplesses ou facilités ;

– de faire connaître aux dirigeants les possibilités plus classiques des pirates : il peut être plus aisé de capter les ondes émises par le rayonnement électromagnétique parasite de l'écran classique d'un directeur que de vaincre l'ensemble des sécurités techniques installées sur le réseau.

On l'aura compris, la sécurité totale n'existe pas, et le coût de mise en œuvre d'un niveau de sécurité estimé optimal serait exorbitant. Il est ainsi essentiel de définir au sein de chaque entreprise les risques encourus, leur niveau d'acceptation et leur enjeu financier afin de pouvoir les mettre en relation avec les budgets sécurité votés au sein du budget informatique. Bien entendu, les sociétés en rapport avec la défense nationale d'un pays ou les banques et places de marché financières y consacrent parfois plus de 20 % de leur budget informatique (en y intégrant également les mesures non informatiques).

Enfin, cette lutte incessante entre pirates et « gardiens » est aussi un formidable marché commercial, et de récentes annonces laissent parfois les entrepreneurs que nous sommes pensifs : de façon quasi simultanée, une société que nous ne nommerons pas a diffusé la découverte du premier virus « multi-plates-formes » (Unix et Microsoft) et la mise sur le marché de son antivirus permettant de le contrer...

Arsenal offensif de pirates de tout poil, amateurs et professionnels, mus par le défi tech-

nique, l'appât du gain ou la volonté de nuire, contre arsenal défensif d'entreprises d'autant plus exposées que leurs objectifs de développement et de rentabilité les contraignent à ouvrir le plus largement possible leurs systèmes d'information vers partenaires et clients : c'est la lutte éternelle entre l'épée et la cuirasse.

Dans ce combat où l'initiative et l'imagination des uns précèdent le plus souvent la réaction incomplète des autres, les pouvoirs publics viennent en renfort contre le cybercrime : un arsenal juridique, législatif et répressif se développe dans différents pays – et notamment en France –, avec par exemple la loi sur la société de l'information (LSI), dont le contenu, très avancé, devrait voir le jour en 2002, ou la création, en mai 2000, de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication.

Tout cela ne suffira évidemment pas à éviter que des entreprises ne continuent d'être victimes d'actes de piratage informatique, avec leurs conséquences financières directes, ou indirectes lorsque leur responsabilité est recherchée par des tiers.

Au-delà des mesures de prévention qu'elles devront engager, il leur restera la possibilité de transférer leurs risques aux assureurs, qui voient ainsi se développer un marché nouveau et techniquement difficile à appréhender, mais dont la banalisation – au moins dans le secteur des PME-PMI – est probable dans les toutes prochaines années.

Je remercie particulièrement MM. D. Santini et J.-F. Joniot pour leur contribution à cet article.

Note

1. En 1999, un groupe industriel employant plus de 200 000 personnes a découvert qu'il était victime d'un pirate, et que celui-ci faisait partie du comité exécutif!

3.

L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes

■ Pierre Picard

*Les nouveaux risques des entreprises :
de la création de valeur au principe de précaution*

■ Christian Schmidt • Louis Habib-Deloncle

Le nouvel environnement international et le risque pays

■ Christian Rivet de Sabatier

L'entreprise sait-elle aujourd'hui gérer le risque politique ?

■ François-Xavier Albouy

Les risques liés à l'Organisation mondiale du commerce

■ Philippe Raimbourg

Les incertitudes du coût de l'endettement des entreprises

■ Dominique Jacquet

Le risque créateur de valeur pour l'entreprise

■ Philippe Langlois

Assurer les risques juridiques

■ Jean-Jacques Laffont • Jean Tirole

Le risque réglementaire

■ Christian Stoffaës

Le régime des coûts échoués dans l'industrie électrique

■ Maurice Tubiana

Les entreprises et le risque en santé publique

■ Christian Gollier

L'entreprise, l'expert, le risque et le développement

■ François Ewald

Qu'est-ce qu'une situation de précaution ?

LES NOUVEAUX RISQUES

DES ENTREPRISES : DE LA CRÉATION DE VALEUR AU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Pierre Picard

*Professeur à l'université Paris X-Nanterre (Thema)
et à l'école Polytechnique*

Les nouvelles incertitudes auxquelles font face aujourd'hui bon nombre d'entreprises nous écartent sensiblement de la conception traditionnelle du risque que connaissent les milieux financiers. Elles mettent en avant les changements de l'environnement dans lequel se développe l'activité des entreprises.

La théorie économique des marchés financiers, dans sa version la plus établie et la plus influente, montre en effet que le risque affectant la valeur d'une entreprise – et donc la prime de risque que les marchés financiers lui attribuent – dépend fondamentalement de la manière dont cette entreprise exacerbe ou, au contraire, atténue les incertitudes globales qui affectent ces marchés. La rentabilité boursière de certaines sociétés cotées tend à amplifier les risques de marché et, pour être détenues dans le portefeuille des investisseurs, leur rendement anticipé doit incorporer des primes de risque élevées. D'autres entreprises, à l'opposé, jouent un rôle d'amortisseur et leur prime de risque est plus faible. L'analyste se doit donc d'estimer ce caractère plus ou moins volatil de la rentabilité des entreprises et c'est, bien sûr, par l'étude et le traitement statistique des séries financières passées qu'il peut y parvenir. En d'autres termes, selon cette approche, c'est l'observation des fluctuations passées qui renseignerait sur l'ampleur des risques de l'avenir.

La théorie macroéconomique contemporaine s'écarte largement de cette manière d'envisager les risques en insistant sur le fait que les agents écono-

miques (individus ou entreprises) tendent à formuler des anticipations qualifiées de rationnelles, c'est-à-dire à utiliser toute l'information à laquelle ils ont accès pour améliorer leurs prévisions. L'appréhension des risques du futur ne se fait plus alors simplement par l'extrapolation des tendances du passé, mais en décryptant les conséquences des chocs non prévus qui touchent l'économie dans son ensemble.

Cette manière d'envisager les anticipations a surtout été popularisée en macroéconomie, pour mieux comprendre comment les agents économiques réagissaient à des mesures de politique économique, notamment monétaire ou fiscale. Sans chercher à pousser exagérément l'analogie, on peut dire qu'elle est également valable si l'on s'intéresse aux risques des entreprises et, tout particulièrement, aux nouvelles incertitudes auxquelles elles sont confrontées et à la manière dont les marchés en tiennent compte. Les données du passé sont en effet de peu de secours lorsqu'il s'agit d'évaluer la prime de risque d'une entreprise dont la profitabilité dépendra de l'ampleur du succès des nouvelles technologies de l'information. De même, des risques nouveaux apparaissent qui reflètent l'instabilité de l'environnement de l'entreprise, compris dans sa globalité, c'est-à-dire incorporant à la fois des dimensions politiques, « réglementaires », réglementaires ou juridiques. Plusieurs articles rassemblés ici traitent de ces nouvelles incertitudes et en montrent la diversité.

En même temps, et sans doute plus que jamais, c'est bien la prise de risque qui est créatrice de valeur dans les entreprises, mais elle peut être inhibée par les incertitudes qui affectent leur environnement. Stabiliser cet environnement, en crédibiliser les règles sur le long terme, afin d'encourager la prise de risque, c'est là certainement un objectif essentiel d'une politique économique visant à favoriser la création de valeur et

donc la croissance. Force est cependant de constater que ces nouvelles incertitudes sont souvent au cœur du débat social, qu'il s'agisse par exemple de santé publique ou de sécurité des produits. On les associe souvent au principe de précaution. Il convient alors de réfléchir à la manière dont la gestion de ces nouvelles incertitudes par les entreprises participera à la mise en place d'une véritable démocratie du risque.

LE NOUVEL ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL ET LE RISQUE PAYS

Christian Schmidt

Professeur à l'université Paris-Dauphine et directeur du Lesod

Louis Habib-Deloncle

Président, Eurexim

Cet article se propose d'analyser à la lumière de la récente crise asiatique en quoi les profondes transformations intervenues dans l'environnement international affectent les manifestations du risque pays pour les entreprises. Il souligne l'extrême variété des situations d'exposition au risque d'une firme à l'autre, en montrant toute la distance qui sépare, sur ce point, un grand groupe mondialisé d'une petite entreprise nationale exportatrice. Il explore enfin quelques pistes qui permettraient aux assurances de renforcer leur rôle de régulation dans ce processus

De nouveaux risques pays ?

Existe-t-il aujourd'hui de nouveaux risques pays pour les entreprises ? Si l'on s'en tient à la stricte définition de ce type de risques, on serait tenté de répondre par la négative. Par risque pays, on entend en effet l'ensemble des sinistres auquel se trouve exposée toute entreprise opérant dans un pays étranger, du fait d'un événement frappant ce pays, événement dont l'occurrence n'a pas de lien direct avec l'opération dans laquelle est engagée cette entreprise. Une telle définition ne débouche cependant sur aucun concept analytique précis et ses termes renvoient à des réalités différentes. Si, par conséquent, la définition du risque pays n'a pas changé depuis une trentaine d'années, cette dénomination recouvre aujourd'hui des phénomènes différents en raison des transformations du contexte international. Des événements nouveaux sont ainsi susceptibles d'engendrer un tel risque. On songe, par exemple, à la

crise récente du système bancaire coréen. Par ailleurs, les sinistres les plus fréquents ne sont plus les mêmes que par le passé, le non-paiement prenant, le plus souvent, le pas sur les expropriations¹. Il en résulte de nouvelles formules de contrats destinés à les assurer et de nouveaux modèles d'ingénierie financière pour les gérer.

Poussons l'analyse de ce que représente cette notion de risque pays en termes de risques précis pour l'entreprise. Elle résulte de la combinaison de deux incertitudes distinctes. L'une concerne le fait générateur de ce risque, l'autre ses conséquences en matière de dommages pour son activité. Dans le passé, un lien étroit les rapprochait, au point souvent de les confondre. L'éclatement d'une guerre, par exemple, gelait en général la quasi-totalité des opérations commerciales des pays belligérants. Si l'actualité fournit toujours des exemples en ce sens, on observe désormais un nombre croissant de cas où le lien entre ces deux catégories d'incertitudes apparaît beaucoup plus lâche. Ainsi, les crises des paiements publics qui ont affecté la Russie et le Brésil n'ont-elles pas entraîné *ipso facto*

des ruptures de paiements dans tous les contrats commerciaux avec les entreprises de ces deux pays ? La nouveauté porte, cette fois, sur l'absence de liaison directe et universelle entre ces deux composantes permanentes du risque.

Changements dans ses manifestations concrètes et modifications dans la nature de l'incertitude, ces nouveautés ne sont pas sans rapport. Avec la décentralisation des responsabilités politiques et administratives qui est intervenue dans de nombreux pays, de nouveaux sinistres relevant de la définition générale du risque pays sont récemment apparus. Leur fait générateur n'est plus imputable aux pays eux-mêmes mais à des régions, voire à des municipalités, plus ou moins autonomes. Si le lien semble rompu entre de tels sinistres et l'événement aléatoire qui frappe le pays où ils se produisent, c'est seulement parce que cette nouvelle donne politique a entraîné des modifications.

Cet article analyse comment les bouleversements intervenus dans l'environnement international où opèrent les entreprises modifient aujourd'hui ce que l'on continue d'appeler le « risque pays ». Il s'interroge ensuite sur la manière dont ces situations sont appréhendées par les entreprises avant de formuler quelques propositions visant à améliorer la gestion et la couverture des nouvelles manifestations de ce risque.

Trois transformations majeures

C'est peu dire que l'environnement international s'est modifié au cours des dernières années. Encore faut-il préciser en quel sens et expliquer comment ces transformations affectent l'exposition des entreprises au risque pays. Plusieurs idées reçues sur ce sujet sont à écarter. Certes, la progression en volume et en valeur du commerce international est aujourd'hui deux fois plus rapide que celle de la production mondiale. Mais cela ne signifie pas que la part des échanges entre les nations dans la richesse économique mondiale ait

atteint un niveau exceptionnel. Certains historiens soutiennent même qu'elle a tout juste retrouvé le niveau du début du siècle précédent. De même, le montant des transactions internationales qui échappent aujourd'hui au marché concurrentiel est très élevé, du fait, notamment, des ventes et des achats réalisés à l'intérieur des groupes. Là encore, le phénomène n'est pas nouveau, même si ses explications ne sont pas exactement les mêmes. Quelques analystes observaient déjà il y a plus de vingt ans que moins de 40 % seulement des échanges internationaux s'effectuaient sur les marchés des biens et des services².

Trois faits majeurs inédits touchent, en revanche, chacun des principaux domaines où se manifestent la plupart des faits générateurs de risques pays :

- le recours massif aux marchés financiers, non seulement pour financer les investissements dans les pays émergents, en particulier en Asie, mais également les dettes publiques et privées de ces pays ;
- l'organisation en réseaux mutuellement imbriqués des centres de décision d'un nombre croissant de secteurs clefs, comme celui des banques ;
- une rapide perte de pouvoir et d'autonomie des États-nations dans le fonctionnement du système international, à l'exception peut-être des États-Unis.

Des liens étroits existent entre ces trois phénomènes. La réduction du champ d'intervention régalien des entités publiques coïncide logiquement avec l'accroissement du rôle des marchés financiers. Ces deux manifestations concomitantes de la mondialisation poussent les groupes qui le peuvent à s'organiser en réseau. Ils cherchent, de cette manière, à profiter de cette nouvelle économie, tout en veillant à se préserver des risques qu'elle peut engendrer. On verra que, en procédant ainsi, ces groupes aggravent parfois ce risque qui se propage selon une modalité nouvelle, qualifiée aujourd'hui de systémique.

L'ampleur prise par les marchés de capitaux et leur importance croissante dans le financement des pays émergents a engendré deux types de risques qui contribuent au nouveau profil du risque pays. L'un résulte d'une exposition directe aux aléas des marchés financiers mondiaux. Les places finan-

cières de ces pays n'ont guère d'autonomie et, dans la majorité d'entre elles, les principaux opérateurs ne sont pas des institutions nationales. De ce fait, elles reçoivent de plein fouet les effets pervers des mouvements erratiques de la spéculation internationale. Plusieurs indices permettent d'évaluer l'étendue du phénomène et d'en préciser l'origine. Les indicateurs ont ainsi révélé l'existence d'une très forte volatilité sur les marchés des titres dans une majorité des pays touchés par la crise asiatique à partir du milieu des années 1990. Par ailleurs, une corrélation troublante a récemment été mise en évidence entre l'évolution des *spreads* d'un échantillon de pays émergents et celle des valeurs du Nasdaq (Banco Bilbao Vizcaya, 2000).

Un second type de risque relève d'un mécanisme différent. Il est la conséquence de l'absence d'organisation des places financières de ces pays et d'une faiblesse de leurs circuits financiers internes. Il apparaît, de ce fait, un hiatus grandissant entre le volume des capitaux placés dans ces pays et leur capacité à les transformer en investissements productifs. Ce déséquilibre entraîne une baisse de la productivité en même temps qu'il nourrit la spéculation. L'effondrement spectaculaire des cours des actions qui a coïncidé avec la chute des indicateurs de productivité interne des secteurs industriels des pays situés dans l'œil du cyclone asiatique en 1997 en est un témoignage éloquent.

L'organisation du secteur bancaire dans plusieurs pays d'Asie, mais aussi d'Amérique latine, constitue un autre facteur qui participe aujourd'hui au risque pays. On soulignera, tout d'abord, que l'importance de ce nouveau facteur de risque est inséparable de l'évolution précédemment décrite, de telle sorte qu'il est parfois difficile de suivre les analystes lorsqu'ils traitent séparément ce qu'ils nomment « risque de marché » par rapport au « risque systémique » dont ils réservent l'appellation aux systèmes bancaires locaux. En tout cas, les instances internationales comme le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale pointent volontiers du doigt l'organisation bancaire de ces pays pour expliquer leur incapacité à recycler l'entrée massive de capitaux étrangers³. Les raisons d'être de cette organisation

particulière des réseaux financiers sont, en général, plus complexes et son incidence exacte sur les nouvelles manifestations du risque pays requiert une analyse plus fouillée (Radelet & Sachs, 1998).

Ces réseaux bancaires locaux s'organisent au moyen de participations mutuelles imbriquées dans la structure du capital et de liens étroits avec plusieurs entreprises des secteurs industriels leaders dans leur pays. Ils aboutissent, le plus souvent, à un enchevêtrement très complexe, comme en Corée et au Japon, et à une sorte de dualisme dans l'organisation financière. On trouve, d'un côté, les banques d'affaires, véritable noyau du réseau, et, de l'autre, les banques commerciales qui sont le plus souvent déconnectées des premières. Ce dualisme favorise une forte exposition des premières au risque de marché, compensée, en apparence, par une très faible exposition des secondes. Cette structure particulière enclenche le mécanisme bien connu du hasard moral – les banques d'affaires anticipant à tort ou à raison que les risques qu'elles prennent seront couverts en dernier ressort par les gouvernements nationaux et/ou les institutions financières internationales (Krugman, 1998). Outre ce processus d'amplification dans la prise de risque, l'existence de ces réseaux bancaires facilite la transmission d'un accident à l'ensemble du tissu industriel. Ils deviennent, à ce titre, une composante nouvelle et parfois déterminante d'un fait générateur de risque pays. C'est ce qui a été notamment observé en Corée.

La dernière transformation majeure de l'environnement international qui affecte profondément le risque pays dans ses manifestations est d'ordre politique. L'affaiblissement continu des États-nations a modifié aujourd'hui son centre de gravité. Jusqu'à une époque récente, le risque pays était assimilé au risque souverain. La meilleure illustration en est fournie par la définition des notes de risque attribuées par les agences de notation aux différents pays qui en font la demande. Ces notes mesurent exclusivement la capacité à assurer le service de leur dette. Elles s'attachent, par conséquent, à juger la valeur de la signature des États souverains. La validité de cette évaluation comme indicateur du risque pays est naturellement

fonction de l'étendue du domaine couvert par cette signature. Lorsque le secteur public se réduit et que les régions ou les collectivités locales se libèrent de la tutelle étatique, comme on l'observe aussi bien au Brésil que dans les anciennes républiques de l'État russe, cette évaluation n'a plus la même portée. Certes, toute crise débouche toujours, *in fine*, sur un problème de paiement. Mais les voies qui y conduisent sont variées et dépendent de moins en moins directement du seul comportement des gouvernements. Cette réalité explique la faible portée prospective de ces notations pour les entrepreneurs étrangers.

Les problèmes soulevés par cette évolution rapide du rôle des États ne se posent pas seulement en termes de réduction de leur périmètre d'intervention et de responsabilité. Des lacunes se font également jour en matière de réglementation des activités et de clarification des règles du jeu. La crise asiatique a montré, par exemple, que l'augmentation massive des actionnaires sur les nouvelles places financières ne s'est pas accompagnée d'une législation destinée à les protéger en cas d'effondrement des cours. Cette carence réglementaire n'a pas manqué de propager les sinistres à des secteurs qui n'étaient pas initialement touchés.

Recours massif aux marchés financiers interdépendants et de plus en plus volatils, réseaux bancaires et perte de pouvoir des États-nations sont autant de facteurs qui dessinent les nouveaux contours du risque pays. Par-delà leur incidence propre, c'est la potentialité de leur effet cumulatif qui porte en germe les crises de demain. C'est donc sur leur articulation que doit se concentrer aujourd'hui l'effort d'analyse (Alba, Battacharya, Claessens, Ghosh et Hernandez, 2001).

Appréciation du risque et stratégies de couverture

Les changements qui ont été décrits modifient également, et peut-être surtout, la position respective des différentes firmes face aux risques pays et, par voie de

conséquence, l'approche qui en découle pour apprécier et gérer leurs effets. Parmi ces changements figurent, du reste, les bouleversements intervenus dans la taille des entreprises qui opèrent à l'étranger. Une mesure significative en est fournie par l'écart qui sépare aujourd'hui la petite entreprise monoexportatrice du groupe multinational implanté, ou représenté, dans la moitié des pays de la planète. L'exposition au risque et, plus encore, la nature des risques rencontrés par ces deux catégories d'entreprises sont difficilement comparables. Or, parallèlement aux mégafusions réalisées dans des secteurs divers (technologie de l'information, aéronautique, banque...), le nombre de petites entreprises nationales qui tirent l'essentiel de leurs moyens de la vente de leurs produits à l'étranger s'est considérablement accru, d'où une transformation dans la composition statistique de l'ensemble des entreprises. Cette hétérogénéité les oblige à passer en quelque sorte du prêt-à-porter au sur-mesure, afin de mieux appréhender ce qui constitue, pour chacune d'elles, les risques pays liés à leurs opérations propres.

Considérons les deux extrêmes. Un ouvrage récent note avec pertinence que la différence essentielle entre une firme nationale localisée dans le pays *x*, qui exporte régulièrement dans les pays *y* et *z*, et une firme multinationale installée sur plusieurs sites nationaux majeurs réside dans leur représentation respective de cet environnement international (Clark, Marois et Cernés, 2001). Là où la première appréhende un univers unique qui peut paraître menaçant par son uniformité, la seconde perçoit une multiplicité d'univers dont l'incertitude découle de la complexité. Cette différence s'explique par leur situation objective, mais elle rend compte, à son tour, de leur vision parfois opposée de la mondialisation. Quoi qu'il en soit, un véritable clivage s'opère aujourd'hui entre le premier type d'entreprises, dont l'activité est internationale, et le second, qui développe la sienne au niveau mondial. Pour chacun d'eux, le risque pays, véritable Protée, revêt des formes tout à fait distinctes.

La PME nationale fortement exportatrice dans un nombre réduit de pays peut à première vue

paraître moins exposée au risque pays. Elle se livre à des opérations purement commerciales, classiques, dont le risque principal clairement identifié, est celui de non-paiement. Pour le couvrir, l'entreprise dispose de plusieurs techniques, dont les plus répandues sont l'« affacturage » et le « forfaitage ». Mais cette première impression est en réalité trompeuse, car, d'une part, ses possibilités de couverture interne sont le plus souvent limitées par sa taille et, d'autre part, son accès aux informations relatives aux pays dans lesquels se déroulent ses activités est réduit. Les assureurs tentent, en sus de l'effort des pouvoirs publics, de mettre en œuvre des services plus spécifiques faisant appel aux nouvelles technologies et à l'Internet. Mais ils ne peuvent évidemment pas fournir d'informations personnalisées, dont on a vu qu'elles étaient les plus pertinentes. Quant aux techniques de couverture qui ont été rappelées, elles nécessitent de recourir à des intermédiaires coûteux qui réduisent d'autant les marges de l'entreprise et, partant, sa compétitivité sur des marchés le plus souvent très concurrentiels. Enfin, sa marge de manœuvre dans la gestion des impayés reste faible. Pour toutes ces raisons, l'exposition au risque pays de cette catégorie d'entreprises est en fait nettement plus élevée qu'on ne pourrait l'imaginer, et cela en dépit même de l'incertitude beaucoup moins forte qui pèse sur ses activités à l'étranger.

La question du risque pays se présente en des termes très différents pour un grand groupe multinational qui l'intègre directement dans ses choix stratégiques. Retenir une localisation nationale, voire régionale, dépend étroitement de la nature de l'activité dans laquelle porte son investissement. Toute opération d'investissement s'insère, par ailleurs, dans une perspective financière d'ensemble, dont la mise en œuvre est naturellement exposée au risque du marché. C'est la raison pour laquelle le risque pays se trouve le plus souvent traité en interne par la direction de la stratégie internationale, perdant ainsi une partie de sa spécificité.

Ce qui caractérise la situation d'un groupe confronté au risque pays réside davantage, en définitive, dans l'ouverture et le nombre des options qui se présentent à lui. Il dispose non seulement

d'une large palette de systèmes de compensations internes au groupe (*nettings, leads and lags...*), mais il peut encore adopter l'une ou l'autre des positions suivantes : s'exposer sans se couvrir (ou en se couvrant au minimum) en gérant directement le risque, internaliser son système de couverture ou transférer sur un tiers l'essentiel du risque en s'efforçant d'optimiser la gestion de ses contrats, sans oublier toutes les combinaisons intermédiaires entre ces trois positions. Le principal problème posé par le risque pays devient, dans ces conditions, celui d'un choix entre ces diverses formules, et le risque majeur réside dès lors pour la firme dans une erreur de choix.

On comprend pourquoi la gestion de ce risque, qui apparaît essentiellement comme une contrainte pour les petites entreprises, constitue en revanche une source de nouvelles possibilités pour les groupes mondialisés.

Un défi pour l'assurance

A l'évidence, l'interférence entre tous les nouveaux facteurs qui ont été recensés tend à remettre en question la pertinence, pour les entreprises petites ou grandes, d'une évaluation unique du risque pays livrée *ex cathedra*. Le caractère multiforme de ses manifestations, dégagé ci-dessus, implique, pour elles, de recourir à une approche plus fine et mieux ciblée, en fonction de leur corps de métier, des particularités de leur gestion, des objectifs qu'elles poursuivent et des moyens qu'elles sont capables de mettre en œuvre. Les ratios macroéconomiques traditionnellement utilisés dans le système de *rating*, ainsi que les séries statistiques disponibles sur les impayés, sont insuffisants aujourd'hui, non seulement pour anticiper l'évolution à terme de tel ou tel pays, mais encore et surtout pour évaluer la viabilité des opérations protégées à court, moyen et long terme⁴.

La nouvelle donne économique ouvre, en revanche, d'intéressantes perspectives à l'industrie de l'assurance, notamment la possibilité de constituer

des portefeuilles mieux dispersés et dilués grâce, en particulier, à la multiplication et à la diversité des opérations et de leurs acteurs. Mais cela exige en contrepartie, de la part des assureurs, des efforts supplémentaires dans la connaissance de ces nouvelles caractéristiques du risque et dans l'imagination de nouveaux outils destinés à mieux les gérer. Du point de vue intellectuel, la couverture de ces risques découvre un champ de réflexion largement inédit entre l'ingénierie du partenariat économique et la protection contre des catastrophes naturelles.

Mais il y a plus car l'assureur est lui-même un acteur central de la vie économique internationale. Il lui revient donc d'infléchir de manière positive le fonctionnement des échanges internationaux en militant, par exemple, pour la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle des acteurs publics, nonobstant leurs prérogatives de souveraineté.

Si, en effet, nul ne conteste à ces derniers le droit – et même le devoir – de prendre les décisions nécessaires à la protection des intérêts de leurs ressortissants, notamment aujourd'hui dans les domaines de la santé et de l'environnement, cela ne les autorise pas, pour autant, à renier les engagements pris à l'égard d'investisseurs ou de fournisseurs étrangers venus dans le pays sous l'égide d'une législation ou d'une réglementation antérieure, sans leur accorder, à tout le moins, une compensation ou indemnité.

Le principe de précaution trouve ici un champ d'application nouveau, impliquant d'une part que les gouvernements (ou autorités publiques) ne légifèrent ou réglementent que dans une perspective de durée – ce qui serait un antidote à la prolifération de lois et de règlements dans de très nombreux pays – et, d'autre part, que les mêmes pouvoirs publics évaluent dans le détail les conséquences politiques, économiques, sociales, financières et environnementales des projets ou investissements, notamment à long terme, qu'ils réalisent, en particulier avec des partenaires étrangers.

Cela permettrait de limiter la marge d'erreur dans le choix des projets qui resteront toujours exposés à bien des aléas, impossibles à éliminer complètement.

L'assurance peut aussi jouer un rôle utile à l'égard des pays émergents, d'abord au niveau global, car le développement d'une industrie d'assurance dans ces pays crée localement une épargne longue qui peut servir au financement de l'économie locale, ensuite sur un plan plus microéconomique par rapport aux échanges commerciaux ou aux investissements, puisque, dans ce domaine, la rentabilité des assureurs est étroitement liée à la « bonne performance » des pays d'accueil et de leurs pouvoirs publics.

L'assurance peut donc proposer à ces États une véritable coopération dans l'évaluation des projets et des risques qu'ils engendrent, leur solution en termes de priorités économiques et leur répartition afin de mieux équilibrer les engagements de chacun. Elle y gagnerait en crédibilité, comme chaque fois qu'elle apporte une réelle valeur ajoutée par son savoir-faire en matière d'identification et de maîtrise des risques.

Bibliographie

- Alba, P., Battacharya, A., Claessens, S., Ghosh, S., Hernandez, L., *Volatility and Contagion in a Financially-Integrated World: Lessons from East Asia's Recent Experience*, Mimeo World Bank-ADB, May 2001.
- Banco Bilbao Vizcaya, *Latin Watch*, November, 2000.
- Clark, E., Marois, B., Cernés, J., *Le Management des risques internationaux*, Paris, Economica, 2001.
- David, F. *Le Mythe de l'exportation*, Paris, Calmann-Lévy, 1971.
- IMF, *World Economic Outlook*, Washington, D.C., 1997, 1998, 1999.
- Krugman, P., *Fire-Sale FDI*, Mimeo MIT Papers, 1998.
- Marois, B., « Le risque pays revisité : bilan de trente ans d'évolution », *Revue française de gestion*, 1, 2000.
- Radelet, S., Sachs, J., *The East Asian Financial Crisis : Diagnosis, Remedies, Prospects*, Brookings Papers on Economic Activity, 1998.

Notes

1. Les séries statistiques de la Coface sont révélatrices sur ce point.
2. Cf. par exemple Francis David, *Le Mythe de l'exportation*, Paris, Calmann-Lévy, 1971.
3. Cf. en particulier les différents rapports annuels IMF, *World Economic Outlook*, 1997-1998.
4. Cela en dépit des mises à jour plus ou moins importantes intervenues dans les systèmes de rating depuis la crise asiatique.

L'ENTREPRISE SAIT-ELLE AUJOURD'HUI GÉRER LE RISQUE POLITIQUE ?

Christian Rivet de Sabatier

Chef du service des opérations financières internationales, Renault

L'internationalisation de l'entreprise l'expose aux risques politiques, à la fois sur les flux financiers et sur les capitaux investis. La gestion de ces risques dépend du degré d'internationalisation et de l'expérience des acteurs. Quelle est la pratique de Renault dans ce domaine ?

Les risques assurables sont bien maîtrisés par les entreprises qui opèrent dans les pays occidentaux développés. Les différentes catégories de risques auxquels elles doivent faire face peuvent être quantifiées à partir de séries statistiques, et la négociation de couvertures auprès des assureurs est reconduite chaque année sur des risques et des contrats connus des deux parties. Seuls certains risques climatiques, la grêle, les inondations ou les typhons, échappent à une analyse statistique d'occurrence des sinistres.

Les risques financiers portés par l'entreprise peuvent être mesurés et les instruments de gestion prévisionnelle sont fiables. Les programmes d'évaluation des investissements bâtis sur des taux de rendement futurs sont largement répandus.

Pourtant, quand l'entreprise s'internationalise, de nouveaux risques apparaissent :

- au niveau du compte client, qui doit intégrer des créances susceptibles de ne pas être payées si une décision unilatérale de l'État ou de la Banque centrale du pays du débiteur bloque les transferts ;
- au niveau des titres de participation portés, lorsque l'entreprise décide d'investir à l'étranger.

Ces risques politiques se situent dans une zone grise, à la frontière des risques assurables ou cessibles au marché financier, dont l'intérêt pour ce type de produit est particulièrement volatil. Les

analyses statistiques ne permettent pas de prévoir de manière certaine les cycles des crises et la typologie de celles-ci a beaucoup évolué, retirant toute capacité prédictive à un schéma fondé sur l'analyse historique.

Les risques politiques et le compte client exposé

Parfois, l'entrepreneur débutant à l'export cherche avec un peu de naïveté de nouvelles parts de marché ou l'accès à un nouveau marché, sans analyse préalable des risques de la transaction et des coûts d'une éventuelle couverture. Après conclusion des contrats et détermination du prix, les contrats sont transférés aux financiers export, qui doivent rechercher des solutions de couverture souvent coûteuses alors qu'aucune provision n'a été constituée dans le prix pour faire face à cette charge. Cette pratique est assez courante de la part des petites entreprises.

Les grandes firmes, elles, ne rencontrent pas de telles situations. Leurs commerçants sont habitués à un travail en commun avec les équipes financières, et les schémas de couverture sont préparés et chiffrés avant la signature des contrats.

Dans le cas de Renault, la règle est la couverture à 100 % du compte client, marchés émergents compris d'une manière très extensive. Un peu brutalement, les contrats commerciaux prévoient des paiements avant expédition, ce qui annule tout risque commercial et tout risque politique. Pratiquement, les clauses sont aménagées en fonction des couvertures disponibles sur le marché et les instruments de paiement sont explicitement prévus dans les contrats.

Plusieurs orientations sont possibles. Dans certains cas, seuls les risques sont cédés, soit à des assureurs privés ou publics, soit à des banques, à travers l'ouverture et la confirmation de *stand by letters of credit*. Dans d'autres cas, l'ensemble du chiffre d'affaires est cédé, à travers l'établissement de conventions d'escompte des créances tirées sur le client sans recours sur le tireur (cédant), à un prix (taux de marge) convenu pour une année. Ces schémas peuvent être complétés par la cession d'un contrat d'assurance couvrant le risque politique et, éventuellement, le risque commercial sur le client ; parfois, les traites sont elles-mêmes avalisées par une banque autre que la banque escompteuse.

Une bonne organisation de la gestion du compte client repose sur une analyse pertinente du risque pays et sur la perception du risque par le marché. Au-delà des études de risque et de conjoncture, souvent pertinentes, produites par les spécialistes, un bon indicateur du positionnement relatif de l'intérêt du marché financier pour les risques émergents est l'évolution du *spread* sur la dette en devises émise par les États émergents. L'opinion du secteur bancaire sur les risques émergents est très directement corrélée avec l'appréciation du marché, et le poids de la notation des émissions souveraines va croître dans la nouvelle structure du ratio de solvabilité en cours d'élaboration à Bâle.

Une fois pris en compte l'impact des créances commerciales sur les ratios prudentiels, celles-ci présentent un certain attrait pour les banques, qui les rachètent à condition que leur maturité ne dépasse pas un an.

Les risques portés par l'investissement à l'étranger

Les investissements à l'étranger modifient profondément la structure des risques que l'entreprise porte à son bilan. Les pays émergents ont, en effet, souvent des monnaies inconvertibles ou à convertibilité limitée, pour lesquelles il est parfois difficile, ou même impossible, de trouver des couvertures longues. Les effets négatifs de change peuvent parfois être corrigés à la clôture du bilan par la réévaluation des actifs de l'impact de l'inflation observée pendant l'année civile. De telles méthodes ne sont cependant efficaces que lorsque l'inflation est au moins égale à la dépréciation de la monnaie du pays de l'investissement. Ces schémas font peser deux risques politiques successifs sur l'investisseur : l'éventuelle décorrélation entre inflation et dévaluation ; le risque de non-pérennité de la norme comptable. Ces risques, bien connus des investisseurs dans les pays émergents, ne sont pas aujourd'hui assurables ni cessibles aux marchés financiers. Il serait très illusoire de penser qu'une garantie des investissements pourrait mettre son souscripteur à l'abri de ce phénomène.

Si le risque de spoliation directe de l'investissement réalisé dans un pays émergent est aujourd'hui assez rare, les capacités des assureurs publics, privés ou multilatéraux demeurent toutefois limitées en matière de risque politique élargi, et rares sont les schémas couvrant des pertes d'exploitation dues à des faits générateurs de nature politique, qu'il s'agisse de la modification de la législation ou de l'abandon d'une exonération fiscale au détriment de l'investisseur ou de tout autre avantage consenti par la puissance publique préalablement à l'investissement. Parfois, des avantages ne sont pas consentis au niveau de l'État mais au niveau de collectivités territoriales ou locales, dont la pérennité des décisions n'est pas aujourd'hui assurable au titre du risque politique.

Pour se prémunir contre ces risques, l'entreprise peut investir dans des zones qui présentent un profil de risque peu convergent et s'autoprotéger par la mutualisation de ces risques dans son bilan. Renault, qui, directement ou indirectement, est présent sur tous les grands marchés automobiles, peut, par la dispersion géographique de ses investissements, amortir les effets des crises locales ou régionales. Délibérément, l'entreprise a décidé de ne pas assurer ses investissements à l'étranger.

Certaines crises monétaires dramatiques pour le marché intérieur d'un pays émergent peuvent avoir un effet positif sur la structure des coûts d'une unité de production fortement intégrée localement et lui permettre de retrouver des marges positives en exportant. L'exposition d'un investisseur industriel dans un pays émergent n'a donc pas de corrélation directe avec l'exposition d'autres secteurs très sensibles à l'évolution de la demande intérieure. L'évaluation du risque politique reste cependant un préalable à toute décision stratégique, et le suivi de la gestion du risque fait partie de la vie quotidienne de l'entreprise. L'expérience acquise sur les marchés émergents permet de

réagir rapidement et elle peut limiter considérablement les effets négatifs du déroulement d'une crise sur les comptes de l'investisseur.

Conclusion

Gérer les risques politiques n'est pas un exercice binaire car il n'est souvent possible que de couvrir certains compartiments de risques. Dans le cas de Renault, les flux sur le compte client exposé sont couverts. Sont exclus du périmètre garanti les investissements réalisés à l'étranger, y compris dans les pays où les flux sont couverts.

L'exercice de gestion du risque politique entre, en fait, dans un cadre global qui est celui du bilan de l'entreprise et de la structure de ses fonds propres. Les risques doivent être évalués au regard de la capacité d'automutualisation de l'entreprise. Le niveau des risques conservés doit être raisonnable pour ne pas mettre en cause sa situation nette.

LES RISQUES LIÉS À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

François-Xavier Albouy

*Coordinateur du DESS Techniques d'assurance
et management des risques à l'université Paris-Dauphine*

Le nouveau système de règlement des conflits de l'OMC qui remplace celui du GATT a prouvé son efficacité en ce qui concerne le règlement des litiges portant sur le commerce international. Mais ce système est aussi à l'origine d'un nombre de plus en plus important de plaintes et autorise des sanctions et des mesures de rétorsion. Ces sanctions peuvent peser sur les entreprises des pays concernés alors même qu'elles ne sont pas impliquées dans les litiges. Cela constitue donc un risque pour les entreprises, risque qui pourrait bien augmenter dans les années à venir.

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) a remplacé le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) depuis six ans. Elle a fait la preuve de son efficacité lorsqu'il s'est agi de proposer et respecter de nouveaux agendas ou encore d'introduire de nouveaux pays dans le dispositif. Parallèlement, l'OMC, plus que toute autre institution multilatérale, fait l'objet d'une opposition très virulente de la part de nombreuses organisations et, plus fondamentalement, de prises de position politiques opposées à la « mondialisation ».

Au-delà de ce constat, l'OMC a surtout apporté un nouveau mode de règlement des conflits. Si les conflits majeurs sont célèbres, tel celui sur la banane ou celui sur le bœuf aux hormones qui opposent l'Europe et les États-Unis, ils sont en fait peu représentatifs du changement intervenu dans le traitement des différends introduit par l'OMC par rapport au système du GATT. Celui-ci se caractérisait en effet par son incapacité à régler les conflits. La règle de l'unanimité, l'impossibilité d'exercer un recours, le nombre des instances compétentes qui pouvaient être saisies d'un conflit, sont autant de raisons qui expliquent le grippage du système.

De 1945 à 1992, soit en quarante-sept ans, le GATT a enregistré un peu moins de trois cents conflits. En six ans d'existence l'OMC a reçu plus de deux cents plaintes. Cette explosion du nombre des plaintes est probablement liée, d'une part, au nouveau système qui définit une procédure précise de traitement des litiges et, d'autre part, à l'augmentation, impressionnante, du volume du commerce international, comme à celle du nombre de pays impliqués dans les dispositifs de l'OMC.

Le nouveau dispositif de traitement des litiges

Les nouvelles dispositions de traitement des litiges introduites par l'OMC sont assez simples. Un État peut déposer une plainte auprès de l'OMC – et plus précisément auprès de l'Office de règlement des différends (ORD) – contre un autre État, s'il estime que cet État ne respecte pas la réglementation de l'OMC et qu'il subit de ce fait un préjudice

commercial. Si aucun règlement bilatéral n'intervient au bout d'un délai de soixante jours, l'État plaignant peut demander la constitution d'un panel qui doit être mis en place dans les trente jours. Cette phase, qui ne doit pas dépasser six mois, correspond à l'examen détaillé du litige et des positions des deux États. Le panel rédige un rapport intermédiaire qui présente et argumente ce que sera la décision finale de l'OMC. À ce stade, un accord bilatéral peut encore avoir lieu. Si tel n'est pas le cas, les décisions du panel s'imposent aux parties. Un point original par rapport aux procédures du GATT est la possibilité de faire appel. Chacune des parties peut interjeter appel de la décision du panel devant une cour d'appel, composée de sept magistrats indépendants qui se prononce sur la légalité de la procédure et des mesures prises.

Si l'État « défendeur » perd la partie, il doit alors mettre en œuvre les recommandations du panel dans les trente jours suivant l'adoption du rapport. S'il ne peut se conformer rapidement aux décisions, un « délai raisonnable » peut être défini. Pendant cette période, l'État incriminé peut engager des négociations avec l'État plaignant afin de trouver une compensation satisfaisante, par exemple des réductions de droit de douane sur des produits qui présentent un intérêt particulier pour ce dernier.

Si, après vingt jours, aucune compensation ou accord n'est intervenu, la partie plaignante peut demander l'imposition de sanctions commerciales au défendeur. L'ORD doit accorder cette autorisation dans les trente jours suivant l'expiration du délai raisonnable.

En principe, les sanctions doivent être imposées dans le secteur qui fait l'objet du différend. En pratique, cela peut se révéler inefficace ou impossible. Les sanctions s'appliqueront alors à d'autres secteurs ou pourront même concerner d'autres accords que celui à l'origine du conflit.

C'est ce point particulier qui fait courir à toutes les sociétés exportatrices le risque d'être un jour frappé par des sanctions alors même qu'elles sont totalement étrangères à un quelconque litige. La technique dite du « carrousel », qui permet d'augmenter de manière importante les droits de douane sur certains produits pour des périodes de six mois, peut ainsi frapper des entreprises de manière aléa-

toire et grever singulièrement leur chiffre d'affaires à l'exportation vers le ou les pays concernés.

Efficacité économique des sanctions

Il existe une abondante littérature juridique sur le système de règlement des différends au sein de l'OMC, mais très peu d'économistes ont cherché à analyser ce nouveau dispositif. L'article de Monica Bütler et Heinz Hauser (2000) fait exception. Les auteurs testent son efficacité dans un cadre conceptuel qui est celui de la théorie des jeux. Le modèle employé fait ressortir plusieurs points :

- le système mis en place par l'OMC est incapable de prévenir l'apparition de nouvelles mesures restrictives. En effet, même si la probabilité de gagner est faible, la possibilité de tirer parti d'un avantage indu pendant toute la période de règlement d'un différend peut être une motivation suffisante pour justifier des mesures de restrictions commerciales. Cela est d'autant plus vraisemblable que les possibilités d'appel introduites par le nouveau système rallongent la durée des procédures ;

- par ailleurs, l'absence de sanction pendant la période d'investigation du différend est un facteur aggravant de cette incapacité à prévenir de manière efficace l'apparition de mesures restrictives ;

- enfin, les États impliqués dans un litige n'ont un intérêt effectif à trouver un accord amiable qu'en début de procédure. C'est, en effet, à ce moment qu'ils peuvent arbitrer entre leur réputation et les avantages d'une position indu.

Un autre angle d'analyse consiste à examiner l'efficacité de sanctions qui frappent des entreprises et donc des intérêts privés, alors que celles-ci visent à pénaliser des États. Les effets pervers de ce mécanisme sont nombreux.

D'un côté, un État peut être amené à prendre des décisions dont les conséquences sont négatives pour les entreprises de son pays. Ces décisions seraient prises par exemple en fonction du seul intérêt de l'État (argument de la réputation dans la

fonction d'utilité de l'État) : stratégies complexes, gestion des effets d'annonce... ou, plus prosaïquement, chauvinismes, populismes, nationalismes...

De l'autre, les stratégies politiques des États sont notoirement influencées par des groupes de pression issus du monde économique. Le département du Trésor américain considère par exemple que les exonérations fiscales aux exportateurs coûtent chaque année entre deux et trois milliards de dollars aux contribuables du pays. Toutefois, malgré les plaintes déposées contre les États-Unis, ces exonérations sont reconduites.

En tout état de cause, cette imbrication d'intérêts publics et privés, tantôt contradictoires, tantôt convergents, diminue l'efficacité des sanctions économiques. Nuño Garoupa et João Gata (2000) avancent même que l'inefficacité de ces sanctions n'est pas due à une faiblesse de l'exécution des mesures du droit international, mais, au contraire, à un excès de réglementations et de contraintes...

Autre point important, dans le dispositif de l'ORD rien n'est prévu au cas où l'État contrevenant ne modifierait pas ses positions malgré les sanctions prises. Comme la sanction est proportionnelle au préjudice, il n'est pas impossible d'imaginer une augmentation de petits litiges accompagnés de sanctions limitées mais perdurant dans le temps. Or, selon la conclusion généralement acceptée dans la littérature, une sanction économique est d'autant plus efficace qu'elle frappe une relation commerciale importante et qu'elle est de courte durée (Hirshleifer, 1991 ; Van Bergeijk, 1989). Le système introduit par l'OMC ne présente pas de garantie sur ces deux aspects.

Un risque qui pourrait s'aggraver

En définitive, le système de l'ORD est certes en apparence plus efficace que ne l'était celui du GATT. Mais il fait courir un risque latent aux entreprises. Par ailleurs, ce système n'est pas à même d'éviter, le cas échéant, une généralisation de conflits non résolus

et de sanctions économiques. Ce risque d'une aggravation des litiges et des sanctions commerciales est-il important ? Le problème ne tient pas tant au dispositif précis de l'ORD qu'au contexte général d'évolution du débat sur la mondialisation.

Comme le note Joseph Stiglitz (2001) : « Morceau par morceau, l'agrégation lente des institutions internationales, des firmes transnationales et des ONG [organisations non gouvernementales] fait du gouvernement global une réalité dans beaucoup de domaines, restreignant les compétences des gouvernements nationaux. » Ce proto-État mondial sanctionne des États. Mais il dialogue en fait avec des réalités subétatiques. Les entreprises, par exemple, sont de moins en moins liées ou assujetties à un État. Elles sont ancrées à la fois dans des réalités locales et dans des problématiques transnationales – et ce, quelle que soit leur taille. Les ONG présentent une configuration semblable : tout en étant universalistes, elles sont aussi très proches dans des expressions et des revendications locales.

Certes, aujourd'hui, les ONG et les entreprises ne s'adressent pas directement à l'OMC mais agissent par l'intermédiaire des États. Cependant, l'OMC ne peut rester insensible au débat sur la mondialisation. Tôt ou tard, soit par l'intermédiaire de certains États sensibles à leurs revendications, soit directement auprès des instances multilatérales et parce qu'elles y seraient reconnues comme interlocuteurs, ces ONG pourraient entamer des actions et déposer des plaintes contre les firmes ou les pays dont les stratégies sont contraires à leurs objectifs.

Parallèlement, certains observateurs considèrent que le champ de compétences de l'OMC devrait être étendu. Ainsi, Keith Maskus (2000) relève que, à partir du moment où les droits de propriété intellectuelle sont inclus dans les négociations de l'OMC (accords TRIPS) en raison de leur impact sur les processus de production, les autres réglementations qui affectent *in fine* les échanges internationaux, comme le droit de la concurrence, le droit de l'environnement et le droit du travail, pourraient aussi être incluses dans ces négociations.

Là réside la difficulté. Le monde en lui-même n'est ni libre-échangiste ni protectionniste. Si des

décisions globales ont été résolument prises en faveur du libre-échange, il n'en demeure pas moins que des demandes de protectionnisme existent et ne disparaissent pas pour autant. Ces demandes prennent des formes originales, des revendications identitaires à la fois locales et universelles : croissance durable, terroir, traditions, respect des différences... Les « monômes »

associatifs qui accompagnent chaque rendez-vous multilatéral (Seattle, Berlin, Québec...) sont peut-être le signe que le « proto-État mondial » a trouvé son public. Très vite, il devrait intégrer les diverses demandes de ce public. Il y répondra, suivant les cas, avec ou sans l'accord des États qui lui ont délégué des morceaux de souveraineté.

Résumé statistique (source OMC)

	Plaintes notifiées à l'OMC ¹	Affaires en cours ²	Rapports de l'organe d'appel et des groupes spéciaux adoptés ³	Affaires réglées à l'amiable ou en suspens ⁴
Période/date considérée	depuis le 1 ^{er} janvier 1995	au 2 mai 2001	depuis le 1 ^{er} janvier 1995	depuis le 1 ^{er} janvier 1995
Nombre	231 (dont 178 qui concernent des affaires distinctes)	15	49	37

1. Demandes de consultations notifiées à l'OMC, y compris celles ayant conduit à des procédures de groupes spéciaux et d'examen en appel.
2. Procédures de groupes spéciaux ou d'examen en appel en cours ou suspendues, à l'exception des procédures au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.
3. N'inclut pas les rapports résultant de procédures engagées au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.
4. Affaires dans lesquelles la mesure contestée a été levée, une demande d'établissement d'un groupe spécial a été retirée, etc.

	Affaires en cours concernant la mise en œuvre des décisions de l'OMC ¹	Rapports adoptés de l'organe d'appel et des groupes spéciaux sur la mise en œuvre des décisions de l'OMC ²	Arbitrages en cours sur le niveau de la suspension de concessions ³	Autorisations de l'OMC pour la suspension de concessions ⁴
Période/date considérée	au 2 mai 2001	depuis le 1 ^{er} janvier 1995	au 2 mai 2001	depuis le 1 ^{er} janvier 1995
Nombre	5	6	2	5

1. Procédures de groupes spéciaux ou d'examen en appel au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, en cours ou suspendues.
2. Rapports résultant de procédures au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.
3. Procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 et 22:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord sur les subventions.
4. Autorisations données par l'OMC conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et à l'article 4.10 de l'Accord sur les subventions.

Bibliographie

Brett, E. A., *Development Theory, Universal Values and Competing Paradigms*, LSE Development Studies Institute, LSE, Feb. 2000.

Bütler, M., Hauser, H., « The WTO dispute settlement system: A first assessment from an economic perspective », *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 16, Issue 2 Oct. 2000.

Garoupa, N., Gata, J., *A Theory of International Conflict Management and Sanctioning*, Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, Barcelone, juin 2000.

Hirshleifer, J., « The technology of conflict as an economic activity », *American Economic Review*, 81 (2), 1991.

Maskus, K. H., *Regulatory Standards in the WTO*, Institute for International Economics, Londres, 2000.

Pape, R., « Why economic sanctions do not work », *International Security*, 22 (2), 1997.

Petersmann, E., *The GATT WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer, 1997.

Stiglitz, J. E., Meier, G. M., *Frontiers of Development Economics*, Oxford University Press-The World Bank, New-York, 2001.

Van Bergeijk, P., « Success and failure of economic sanctions », *Kyklos*, 42-3, 1989.

LES INCERTITUDES DU COÛT DE L'ENDETTEMENT DES ENTREPRISES

Philippe Raimbourg

Professeur à l'université Paris I-Panthéon-Sorbonne

Le développement du marché obligataire de la zone euro et sa diversification ont amené à une acceptation et à une prise en compte systématique du risque de défaut des emprunteurs. Cette prise en considération du risque a conduit à l'émergence de primes de risque cohérentes entre elles et avec l'appréciation des agences de notation. On peut penser que ce mouvement d'appréciation et de rémunération du risque de défaut sur le marché obligataire gagnera peu à peu le marché du crédit de gré à gré.

Aujourd'hui, la notion de risque de crédit est de grande actualité. Le souci des établissements bancaires d'obtenir une rentabilité de leurs fonds propres à hauteur de leurs risques ainsi que la volonté des autorités de tutelle de contrôler le risque systémique ont conduit à mettre le concept de risque de défaut au cœur du débat. La juste mesure de ce risque, son impact sur les exigences des investisseurs et les modalités de sa prise en compte dans les bilans bancaires sont des problèmes qui suscitent l'intérêt de l'ensemble de la communauté financière.

Il s'agit là d'une évolution importante, tant pour les investisseurs, qui peuvent trouver, notamment avec les obligations *high yield*, des alternatives intéressantes à des placements actions, que pour les émetteurs, qui connaîtront ainsi de nouvelles modalités de tarification de leurs emprunts.

On présentera tout d'abord les évolutions récentes du marché obligataire de la zone euro, pour examiner ensuite leurs principales conséquences en matière de coût du crédit et terminer par un examen de la situation relative aux emprunts de gré à gré.

Un élargissement et une diversification du marché de la dette *corporate*

Il est fréquent d'entendre dire que l'arrivée de l'euro sur les marchés financiers n'a pas modifié le nombre de titres émis ni leur valeur nominale, mais uniquement l'unité de compte monétaire, sous-entendant ainsi que la taille des émissions a en réalité été multipliée par un facteur de l'ordre de 6,5. Cet effet taille est la conséquence de l'unification des marchés financiers de la zone euro et de la nécessité pour ses différents participants d'acquiescer une taille à la mesure de ce nouveau marché : la mise en place de l'euro a accéléré tous les plans de restructuration, de fusion et d'acquisition.

Le faible loyer de l'argent à la fin des années 90 ainsi que la difficulté à assurer une rentabilité satisfaisante aux fonds propres ont incité les entreprises

à financer ces opérations de croissance externe à l'aide d'emprunts. Le volume de la dette *corporate* présente sur le marché a ainsi fortement augmenté au cours des années récentes : la dette obligataire du secteur privé non financier a crû de 45 % en 1999 et de 29 % en 2000.

Parallèlement, les émissions étatiques connaissent une croissance moindre du fait de la volonté des États de la zone euro de réduire les déficits budgétaires. Le poids relatif des émissions privées s'en est trouvé accru : on estime qu'elles représentent environ 50 % des encours obligataires européens.

Cette croissance en volume s'est bien sûr accompagnée d'une diversification de la nature des emprunts. Si certaines sociétés ont maintenu stables leurs ratios d'endettement, on a déjà souligné que la plupart ont eu recours à la dette pour financer leurs opérations de croissance externe. Il s'en est suivi une dégradation de leur qualité de signature et un abaissement de la note (*rating*) attribuée à ces émissions. On a ainsi assisté à un élargissement de l'éventail de notes présentes sur le marché obligataire de la zone euro. Alors qu'en 1998 les encours de dettes de nature spéculative (c'est-à-dire de note inférieure ou égale à BB/Ba) représentaient un peu plus de 10 % de l'ensemble des encours en Europe, ce pourcentage passait à un peu plus d'un tiers en 2000. L'essentiel des émetteurs se situent aujourd'hui toujours en catégorie non spéculative (*investment grade*), mais, au sein de cette catégorie, c'est la note BBB/Baa, c'est-à-dire la dernière note non spéculative, qui est la plus représentée. Dans le cas de la France, cette tendance est toutefois un peu moins marquée. Les émetteurs *high yield* (de nature spéculative) sont en effet un peu moins présents que dans le reste de l'Europe, et, au sein de la catégorie non spéculative, c'est la note A qui est la plus représentée.

Cette diversification de la qualité de signature des titres de créance a aussi été rendue possible par l'émergence d'une demande de titres à rentabilité élevée, appelés « papiers à *spreads* ». Les taux d'intérêt ayant dans l'ensemble été assez bas au cours de la période récente, la rentabilité des titres de nature non spéculative a souvent été jugée de

niveau insuffisant, et certains investisseurs ont cherché à acquérir des obligations spéculatives au taux de rendement beaucoup plus élevé.

Enfin, à ces émissions obligataires classiques de niveau de risque diversifié sont venues s'adjoindre des émissions très importantes d'obligations convertibles. Ce type de produit permettant, dans un premier temps tout au moins, d'éviter l'aspect dilutif d'une augmentation de capital, des émetteurs – et notamment des opérateurs téléphoniques – ont procédé à d'importantes émissions. Celles-ci ont reçu un accueil favorable de la part d'investisseurs sensibles à la convexité du produit en une période où le compartiment actions des marchés financiers commençait à se retourner. La croissance du marché obligataire *corporate* classique s'est ainsi accompagnée d'une croissance tout aussi vive des titres de créance de nature convertible.

L'émergence de prix clairement hiérarchisés

En France, l'activité de notation s'est implantée pour la première fois en 1986. Il s'est alors agi de modifier les conditions de contrôle du marché obligataire et de substituer à la traditionnelle vigilance des autorités de tutelle, qui tenaient à l'écart du marché des émetteurs jugés trop risqués, l'appréciation de sociétés de droit privé qui se proposaient non pas de récuser les émetteurs risqués mais plutôt d'informer les investisseurs des niveaux de risque en question. Le processus a bien sûr été lent. Les agences de *rating* ont eu du mal à s'imposer, et, jusqu'au milieu des années 90, il semble que les investisseurs n'aient suivi que partiellement les recommandations des agences : les *spreads* de taux, qui constituent l'appréciation par le marché du risque des obligations, ne réagissaient que faiblement aux éventuelles dégradations que pouvaient connaître les émetteurs.

Bien que cela ne soit qu'une hypothèse qui demanderait une vérification statistique plus

complète, on peut penser que l'élargissement et la diversification du marché obligataire ont eu pour effet de sensibiliser le marché au risque de défaut et d'accroître la crédibilité des agences de *rating*. A titre d'illustration, le tableau suivant fournit les taux de rentabilité, à la fin de l'année 2000, de plusieurs obligations de maturité différente ayant

eu des notes représentatives du niveau de risque moyen du marché obligataire français et ne différant que d'un plot les unes des autres (à savoir, A -, A et A +, selon l'échelle de Standard & Poor's). On peut constater que la hiérarchie des taux (pour une même maturité) répond parfaitement à la mesure du risque telle qu'elle est effectuée par les agences.

Taux de rendement au 28 décembre 2000

	A +	A	A -
Crédit du Nord 6,00 % 10/10/2009	5,86 %		
Crédit du Nord 5,40 % 5/6/2010	5,85 %		
Crédit du Nord 5,45 % 22/10/2011	5,83 %		
BNP Paribas 5,80 % 30/10/2012		5,83 %	
Alcatel 5,75 % 17/2/2004		5,38 %	
Alcatel 4,375 % 17/2/2009		6,15 %	
Suez 4,9375 % 26/4/2002		4,96 %	
Suez 6,25 % 2/11/2007		6,01 %	
Suez 5,875 % 13/10/2009		6,28 %	
Natexis 6,375 % 25/4/2010			6,46 %
Crédit lyonnais 0,00 % 14/11/2003			5,30 %

Une cohérence entre les *spreads* des crédits de gré à gré et ceux du marché obligataire

La situation en ce qui concerne les crédits de gré à gré présente aujourd'hui quelques différences avec celle existant sur le marché obligataire. Tout d'abord, la hiérarchie des *spreads* ne semble pas aussi clai-

rement affirmée qu'en matière obligataire, leur éventail n'y étant sans doute pas aussi large. Ensuite, les procédures d'analyse du risque de défaut peuvent paraître un peu moins précises que celles utilisées sur les marchés ; les modalités de souscription de certains emprunts non cotés sont sans doute à l'origine de ce constat : dans des montages tendus (de type LBO), l'octroi d'une ligne de crédit est en effet la condition posée à un établissement bancaire pour pouvoir souscrire à des émissions de fonds propres et de quasi-fonds propres ; l'impossibilité de revendre cet emprunt sur un marché secondaire incite d'autant plus

l'établissement bancaire à un calcul global de la rentabilité de l'opération.

On peut penser que cette situation évoluera dans le moyen terme et que les prêts de gré à gré connaîtront une tarification proche de celle constatée sur le marché obligataire. Deux arguments militent en ce sens.

Le premier est de nature réglementaire. Les règles de la comptabilité connaissent en effet actuellement une profonde révolution, qui devrait se traduire en 2005 par l'adoption de nouvelles normes comptables. La notion de *fair value* est au cœur de cette nouvelle réglementation. Appliquée aux crédits souscrits par les entreprises, cette notion de « juste valeur » conduit à un enregistrement comptable privilégiant la valeur de marché à l'optique de la liquidité : l'inscription bilantielle du crédit ne chercherait plus alors à refléter l'effort de remboursement auquel l'entreprise devra faire face dans un proche avenir, mais plutôt la valeur de marché de la dette, c'est-à-dire la valeur de l'ensemble des flux de rémunération et de remboursement actualisés à un juste taux. Une telle

conception traite de façon similaire des titres de créance négociés sur un marché organisé et des crédits qui ne quitteront qu'exceptionnellement les livres du premier établissement prêteur. La logique de marché s'appliquerait ainsi à l'ensemble de l'économie et les conditions de rémunération des crédits et des obligations tendraient à se rapprocher.

Le second élément est le développement assez rapide d'un nouveau produit financier : les dérivés de crédit. Le principe de ce produit est de permettre de dissocier l'apport de fonds d'endettement et la prise de risque (de défaut) liée à cet apport d'argent. Il rend possible le transfert de risque d'un établissement bancaire à un autre. Ce produit n'a de sens que s'il est cessible, ce qui impose des méthodes à peu près unifiées du risque de défaut, c'est-à-dire l'utilisation des méthodes existant sur les marchés obligataires.

Pour cette double raison, on peut penser qu'à terme les *spreads* observés en matière de crédits aux entreprises non cotées rejoindront ceux prévalant sur le marché obligataire. Dans de nombreux cas, il s'agira d'un accroissement.

LE RISQUE CRÉATEUR DE VALEUR POUR L'ENTREPRISE

Dominique Jacquet

Professeur à l'université de Paris X-Nanterre (Thema)

Si le risque est traditionnellement considéré comme un coût, de nouvelles approches permettent de mesurer son influence positive sur la valeur d'actifs tels que les options. Ces dernières ont fait l'objet de recherches approfondies dans le domaine des actifs financiers, mais le concept d'option s'applique aussi aux actifs « réels » pour lesquels il apparaît très prometteur.

Le coût du risque

La théorie et la pratique financières utilisent abondamment le concept de coût de capital, qui mesure le coût moyen pondéré des ressources financières. Les capitaux engagés sont financés par les banquiers et les actionnaires. Les premiers prennent un risque de défaillance et reçoivent une rémunération contractuelle de l'entreprise, le taux d'intérêt. Les seconds sont les « derniers servis » et reçoivent une rémunération résiduelle. Le risque pris par l'actionnaire étant supérieur au risque assumé par les créanciers financiers, l'exigence de rentabilité est supérieure, et l'on constate, à long terme, que la prime de risque de l'investissement en actions est significative, de l'ordre de 6 % aux États-Unis, comprise entre 4 % et 5 % en France.

Plus le risque est élevé, plus la prime de risque s'accroît. Le banquier fera payer plus cher son investissement dans la dette de l'entreprise si cette dernière présente un risque de défaillance plus important.

Le risque est donc introduit dans le coût de capital et engendre un coût financier. Ce concept de coût joue un rôle essentiel, notamment, dans l'évaluation des investissements et dans la mesure de la performance financière des entreprises. Les cash-flows d'un investissement sont actualisés au coût de capital et la valeur actuelle nette décroît lorsque le taux d'actualisation augmente. L'*economic value added* (EVA), indicateur fréquemment utilisé pour mesurer la performance des entreprises, est égale au résultat d'exploitation net d'impôts dont on déduit le montant des capitaux engagés multiplié par le coût de capital. Ce dernier apparaît comme une charge supplétive par rapport au compte de résultat traditionnel.

Cependant, le coût de capital connaît nombre de détracteurs qui considèrent que, si le concept est théoriquement justifié, il induit des comportements focalisés sur le court terme et destructeurs de valeur dans le long terme. Inspiré de l'approche « coût de capital », le ratio ROI (*return on investment*) a même été détourné en *restraint on innovation* ! Il est clair que l'activité innovante est pénalisée par l'actualisation, car elle engendre des *cash-flows* qui sont, non seulement éloignés, mais

aussi actualisés à un taux plus élevé pour prendre en compte leur risque.

Les options semblent constituer une approche contradictoire au coût de capital. En effet, ces actifs contingents ont une valeur qui croît avec le risque.

Option et risque

Une option financière est le droit (et non l'obligation) d'acheter ou de vendre un actif (sous-jacent) à un prix (d'exercice) convenu à l'avance et pour une certaine période ou à une date donnée. Le risque mesuré par la volatilité du rendement de l'actif sous-jacent est créateur de richesse. Prenons l'exemple suivant : une option d'achat au prix de 100 peut s'exercer sur une action dont le cours est estimé évoluer autour de 120 (probabilité = 0,5) ou 80 (probabilité = 0,5). Si le cours atteint 120, il y a exercice et gain de 20 ; si le cours est 80, il n'y a pas exercice. L'espérance de cours est 100 et l'écart type 20. Conservons la moyenne de 100 et modifions l'écart type : le cours sera soit 150, soit 50. Si le cours est égal à 150, l'option est exercée et le gain est de 50. Dans le cas où le cours baisse, il n'y a pas exercice et la perte est nulle. Ainsi, l'investisseur profite de la hausse sans être pénalisé par la baisse. Donc, plus le risque est élevé, plus les perspectives de gains augmentent et plus la valeur de l'option s'accroît. Les Anglo-Saxons font la distinction entre le *downside risk*, porteur de mauvaises nouvelles, et l'*upside risk*, créateur de possibilités et de valeur. L'option permet de capturer l'*upside* et d'abandonner le *downside*, créant une asymétrie dans la distribution des rendements.

L'approche optionnelle ne contredit pas la finance « traditionnelle » fondée sur le coût de capital. La valeur d'un titre reste toujours une fonction décroissante de son risque. En revanche, l'option sur ce titre permet de ne conserver que l'occurrence positive et elle profite pleinement de la volatilité de son rendement.

Les options financières ont fait l'objet de multiples recherches et les modèles mathématiques de valorisation, qui ont émergé au début des années 1970, ont permis de réaliser un progrès considérable en terme de qualité de gestion des actifs contingents.

Dès la fin de cette décennie, le concept a montré qu'il pouvait s'appliquer à des actifs de nature différente. Myers, en 1977, a mis en lumière les avantages du sous-endettement en démontrant qu'une telle structure financière permettrait, dans certains cas, d'optimiser la politique d'investissement de la firme. Il a ainsi introduit le concept d'option de croissance. D'autres options non financières ont progressivement été identifiées et ont reçu l'appellation d'« options réelles ».

Options réelles et création de valeur

Il est assez ironique de qualifier ces options de réelles alors qu'elles sont beaucoup plus « virtuelles » que leurs homologues financières. Ces dernières sont des contrats négociables qui réunissent deux contreparties parfaitement identifiées, impliquées dans un jeu à somme nulle et payant une prime au début du jeu pour avoir le droit de participer. La définition économique de l'option réelle est plus large et moins contractuelle.

Une entreprise crée une option réelle lorsqu'elle se met en position de profiter d'une situation future dont l'issue est incertaine. Il y a spéculation (au sens latin de *speculare*, à savoir anticiper), car l'investisseur parie sur une évolution favorable tout en se réservant la possibilité de se retirer du jeu : il s'assure, ainsi, contre une évolution qui lui est potentiellement défavorable.

Cette définition économique permet de rassembler sous le vocable d'option réelle des situations très variées d'allocation de ressources. Trigeorgis (1998) a proposé la typologie suivante : – l'option d'attendre : l'entreprise attend que les

conditions de marché deviennent favorables (prix d'une matière première, marché en évolution) pour lancer un investissement ou une production ;

- le délai de construction : pendant toute la durée du projet, l'entreprise se réserve la possibilité de modifier des caractéristiques techniques de l'investissement (gestion de la réversibilité) en fonction de l'évolution de l'environnement économique ;
- la capacité flexible : l'entreprise peut ajuster, pour un coût réduit, le volume de production afin de suivre le marché, ce qui peut même la conduire à fermer temporairement ses installations ;
- l'option d'abandon : l'entreprise peut sortir d'un marché, interrompre un projet et vendre l'actif, tangible ou intangible, à un certain prix ;
- le changement d'*input* et d'*output* : le processus de production permet de modifier une matière première (souvent énergétique) et/ou de fabriquer un produit différent (par exemple, deux voitures différentes sur une même chaîne de montage) ;
- l'option de croissance : cette dernière permet à l'entreprise d'utiliser son « infrastructure » existante (capacité de production, compétences techniques, réseau de distribution) afin de répondre à l'apparition de nouveaux marchés et débouchés.

En fait, cette typologie est fortement inspirée des travaux menés pendant les années 1980 et centrés sur l'exploitation des ressources naturelles (valorisation d'un champ de pétrole, décision de fermeture temporaire ou définitive d'une mine). La dernière catégorie, l'option de croissance, se démarque nettement de ses consœurs puisqu'il ne s'agit plus d'optimiser un processus, mais de créer des possibilités pour le futur.

Nous allons, maintenant, évoquer quelques domaines particulièrement pertinents d'application du concept d'option réelle.

Options réelles et stratégie

Il est clair que la création de valeur pour l'actionnaire exige d'investir une partie significative de la valeur ajoutée dans la construction de possibilités futures. La

méthodologie McKinsey (*The Alchemy of Growth*, 2000) identifie trois horizons temporels qui devraient simultanément attirer l'attention des managers. L'horizon 1 correspond à l'activité présente, qui doit être optimisée et dégager profitabilité et liquidité afin de rémunérer les actionnaires et de préparer le futur. L'horizon 2 capitalise sur les forces de l'entreprise pour étendre progressivement son champ d'action et élargir les frontières de son marché. L'horizon 3 explore des possibilités dont l'attrait semble réel et qui sont les sources potentielles de la croissance rentable à terme, mais dont on ne peut dire aujourd'hui quelle sera leur destinée.

En termes financiers et stratégiques, cette démarche peut se traduire par :

- horizon 1. Exploitation : les *business* existants sont optimisés afin de maximiser l'EVA ;
- horizon 2. Expansion : l'entreprise exerce ses options de croissance identifiées ;
- horizon 3. Exploration : l'entreprise investit dans la création de nouvelles options de croissance.

De même, la gestion d'un portefeuille de marques s'analyse parfaitement au travers de la grille de lecture optionnelle. Les marques existantes permettent de vendre plus cher et de dégager des marges additionnelles. L'entreprise peut capitaliser sur la notoriété de certaines d'entre elles et les décliner avec de nouveaux produits. Elle peut, aussi, en abandonner certaines dont l'« entretien » (la prime de renouvellement de l'option) est trop coûteuse au regard des cash-flows engendrés. Enfin, l'entreprise crée de nouvelles marques, dont certaines seront des succès, d'autres des échecs.

Le renouvellement stratégique relève aussi de la démarche optionnelle. La capacité de l'entreprise à « réinventer son *business model* » implique une politique d'allocation des ressources très imprégnée d'une telle approche. Par exemple, la politique immobilière de McDonald's peut s'analyser comme la volonté de l'entreprise de se doter d'un « outil industriel » qui s'adaptera aux évolutions non prévisibles d'un consommateur volatil (de *fast-food* ou de tout autre produit).

Options réelles et sélection des investissements

Un investissement se traduit par une séquence de flux de fonds, d'abord négatifs, puis positifs. On mesure la contribution de l'investissement en calculant une valeur actuelle nette qui actualise les flux au coût de capital. Le risque est doublement pris en compte, le coût de ressources financières actualisant des espérances de flux de fonds. L'approche traditionnelle considère que le processus est irréversible, c'est-à-dire que la séquence des flux n'est pas modifiable une fois le projet lancé. L'approche optionnelle introduit la réversibilité. En effet, le déroulement du projet comprend fréquemment de nombreuses zones d'incertitude qui s'éclaircissent au fur et à mesure de son avancement.

L'analyse de sensibilité a pour objet de mettre en lumière les décisions et paramètres clefs autour desquels s'organisent les revues de projet qui jalonnent le processus. Si, par exemple, le volume des ventes présente une grande incertitude, l'analyse montrera qu'il est préférable de dimensionner avec prudence l'outil de production quitte à accroître la capacité après quelques années de fonctionnement, une fois que le marché s'est pleinement révélé. Cela implique, souvent, un surcroît d'investissement, qui peut toutefois se révéler profitable par rapport à la mise en œuvre immédiate d'une capacité qui sera éventuellement sous-utilisée. Nous avons montré ailleurs (Jacquet, 2000), les conséquences organisationnelles et financières de l'adoption d'une mentalité optionnelle dans la sélection et la gestion d'un portefeuille d'investissements. Notons, en guise de résumé, que l'approche prend tout son sens lorsque deux conditions sont réunies – un futur fortement incertain et une capacité réelle d'intervention du management –, et qu'elle doit être accompagnée d'une réflexion profonde sur les modes de fonctionnement de l'entreprise, notamment dans ses processus budgétaires et d'évaluation de performance.

Options réelles et management de l'innovation

L'innovation, scientifique ou non, étant, par essence, génératrice d'incertitude, elle est l'un des terrains de chasse favoris des options réelles. La gestion d'un projet de recherche et développement, la construction d'un portefeuille de compétences ou le *corporate venture capital* sont autant d'applications du concept.

Cependant, il convient de faire preuve d'une grande prudence quant à son utilisation directe. En effet, si le risque est une source de richesse pour un actif optionnel, il ne faut pas en conclure que les projets scientifiques très risqués sont de plus larges contributeurs que leurs homologues moins risqués. Il est nécessaire d'opérer une distinction entre les différentes natures de risques. Le risque créateur de richesse représente l'incertitude estimée sur la valeur de l'actif, le risque destructeur celle qui est liée à l'existence de l'actif. Tout projet de recherche a une certaine probabilité d'aboutir. Le risque de non-aboutissement détruit de la valeur, c'est en fait le risque de ne jamais pouvoir profiter d'une option. *A contrario*, l'incertitude relative à la profondeur et à la solvabilité d'un marché a une valeur optionnelle significative.

L'option réelle est-elle un outil d'avenir ?

En dépit d'une activité de recherche soutenue et de nombreuses publications, il n'existe pas, à ce jour, de modèle mathématique parfaitement fiable permettant de valoriser des options réelles, à la notable exception du domaine des ressources natu-

relles. Les approches mathématiques se sont développées, pour l'essentiel, à partir des modèles applicables aux options financières, mais la spécificité des options réelles rend toute transposition quelque peu hasardeuse.

En revanche, l'utilisation du concept dans le management stratégique et opérationnel de l'entreprise n'est développée ni dans le monde académique ni dans celui des affaires. L'outil est encore « jeune », il doit être expliqué dans toute sa richesse et ses limites. Son apparition récente dans les recommandations de cabinets de conseil particulièrement crédibles laisse à penser que l'option réelle

complètera et enrichira utilement la sacro-sainte « création de valeur » dans les années à venir.

Bibliographie

Baghai, M., Coley, S., White, D., *The Alchemy of Growth*, New York, Perseus Publishing, 2000.

Jacquet, D., *Managerial Implications of Implementing Real Options Thinking in Resource Allocation*, University of Ottawa, Working Paper, 2000.

Myers, S. C., « Determinants of corporate borrowing », *Journal of Financial Economics*, 5, 1977, 147-175.

Trigeorgis, L., *Real Options: Managerial Flexibility and Strategy in Resource Allocation*, MIT Press, 1998.

ASSURER LES RISQUES JURIDIQUES

Philippe Langlois

Professeur à l'université de Paris X-Nanterre

Avocat associé, Flichy et associés

Le risque juridique existe. Il résulte de l'inflation législative née à la fois de la complexité des sociétés contemporaines et du souci, exacerbé par l'alternance, de laisser une trace tangible de l'exercice du pouvoir. Il découle aussi de la création jurisprudentielle continue dans un pays fondé sur le dogme ainsi transgressé de l'omnipotence législative. Son assurance n'est cependant pas évidente, chacun étant censé connaître et respecter le droit.

Question apparemment saugrenue. Le citoyen, personne physique ou entreprise, est ou n'est pas dans son droit. S'il ne l'est pas, il doit en être tenu pour responsable, et l'assuré reviendrait à lui permettre de se mettre hors la loi, sans assumer les conséquences de l'irrégularité de son comportement.

Propos bien naïfs en 2001, mais qui montrent le chemin parcouru. Le droit n'est plus ce que tout un chacun connaît, ou pourrait imaginer en faisant preuve du bon sens du « bon père de famille ». Avec l'intervention sans cesse croissante de l'État, intervention au demeurant inévitable, le droit n'est plus à la portée de tous. Qu'il est loin ce Code civil de 1804, écrit en un français accessible à tous, et dont Stendhal disait qu'il fallait en lire chaque jour quelques articles (il en reste encore beaucoup qui n'ont pas été altérés), non pas pour apprendre le droit, mais pour s'imprégner de ce qu'était le bon français. Qui ne s'est plongé dans la dernière DDOS (loi fourre-tout dite « diverses dispositions d'ordre social ») ou les articles 199 *undecies* et suivants du Code général des impôts ne peut imaginer à quelles aberrations de vocabulaire peut conduire la technicité.

On n'est donc plus sûr de rien. De là un risque, que les entreprises s'efforcent de réduire en faisant appel à des juristes spécialisés qui, c'est la moindre des choses, comprennent ce que les textes veulent dire. Ce risque-là n'est pas sérieusement assurable.

L'entreprise doit maîtriser les difficultés techniques du droit comme elle doit maîtriser les autres difficultés auxquelles elle est confrontée, sur ses produits ou ses marchés.

Le risque assurable est donc ailleurs. Il vient de ce que le droit n'est plus prévisible. Il ne faut pas se borner à connaître la règle actuelle, celle en vigueur lorsqu'une décision de gestion qui va engager l'entreprise sur une longue période est prise, il faut anticiper celle qui sera (ou celles qui seront) en vigueur tout au long de cette période.

Deux causes se conjuguent alors pour rendre l'aléa irréductible et conduire à envisager l'assurance du risque juridique.

L'inflation législative

La première est constituée par l'inflation législative. Le législateur se nourrit de plus en plus de l'illusion que les évolutions de la société qu'il souhaite peuvent se réaliser à coups de textes. Les affaires Marks & Spencer et Danone sont là pour le démontrer. Tout, et même plus, a été fait par la loi et la jurisprudence pour doter la France d'un dispositif performant de suivi et de protection des salariés lors des suppressions de postes. La médiatisation et la surenchère politique aidant, il a bien fallu cependant que le gouver-

nement propose une énième réforme en la matière, réforme nécessairement modeste compte tenu de ce qui existe déjà. Mais elle est en route, et il est difficile de prévoir quel sera son véritable contenu lorsque les différentes tendances présentes au Parlement se seront prononcées. La législation devient ainsi contingente, et l'incertitude atteint son paroxysme depuis les alternances politiques, chaque nouveau gouvernement voulant que son succès électoral laisse une empreinte qu'il imagine durable.

Cette législation n'est pas simplement française, elle résulte aussi des engagements internationaux de la France, et spécialement du droit communautaire, si présent sur le plan économique. La France se signale par un certain archaïsme qui la conduit à se faire régulièrement condamner par la Cour de justice des Communautés européennes pour n'avoir pas adapté des textes dépassés qu'elle avait pris l'engagement de rénover. Comment prévoir de tels attermoissements ? Comment savoir lorsqu'ils vont cesser ? Faut-il ou non attendre une prochaine alternance ?

Les incertitudes nées de la création du droit par le juge

La confrontation de notre droit national au droit international a fait apparaître le second facteur d'incertitude et d'instabilité : l'évolution de la jurisprudence. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le rôle du juge consistait, pour l'essentiel, à interpréter les textes. Plus ou moins fidèlement et avec plus ou moins d'imagination. Mais on maîtrisait bien l'espace offert aux juges, espace que ceux-ci respectaient, la séparation des pouvoirs constituant un dogme auquel ils adhéraient.

Ces temps sont passés. La complexité des sociétés modernes a fait apparaître des difficultés que le législateur s'est souvent bien gardé de résoudre. Les litiges sont venus devant les juges, qui ont été contraints de les régler en inventant des règles nouvelles, tout en les rattachant tant bien que mal à des textes existants.

Puis est venu l'exemple de la jurisprudence des juridictions internationales, Cour européenne de justice, Cour européenne des droits de l'homme, imprégnées des traditions anglo-saxonnes de création du droit par le juge. On a alors appris à régler ses comptes avec les textes par ce qu'on appelle l'« interprétation téléologique », c'est-à-dire celle qui interprète le texte moins en fonction de sa lettre qu'en fonction du but poursuivi par le rédacteur, but que le juge définit avec toute la liberté qu'il souhaite. On a vu ainsi se construire un droit européen jurisprudentiel de la concurrence exagérant les contraintes résultant des textes communautaires. De même, la sauvegarde des droits de l'homme est allée très loin, la protection de la liberté d'association et celle de ne pas s'associer menaçant l'ensemble des associations pour lesquelles est prévue une obligation d'affiliation. Encore cette jurisprudence est-elle relativement maîtrisable, la règle du précédent faisant peser des contraintes que les juges internationaux respectent scrupuleusement.

Cet exemple n'a pas laissé insensibles les juges nationaux. Eux aussi ont eu recours à l'interprétation téléologique. Mais sans les mêmes garde-fous des jurisprudences des Cours européennes, liées par des traités qu'elles peuvent enrichir mais qui fixent des limites à leur compétence. En droit interne, aucune limite de cette nature n'existe. Et la règle du précédent n'est pas une véritable contrainte, le juge français n'étant pas supposé (ce qui est inexact en fait mais vrai en droit) élaborer des règles nouvelles. Il peut donc appliquer une nouvelle règle à un nouveau procès sans être tenu par ce qu'il a jugé hier. S'ajoutent les effets de l'alternance sur la composition des juridictions ; ainsi que les stratégies élaborées par les corps intermédiaires spécialement les organisations syndicales afin de faire progresser leurs revendications. Le technicien est alors dépassé. Il s'agit non plus simplement de tenter d'imaginer l'évolution d'une jurisprudence à partir de textes et de précédents, mais de savoir, compte tenu de la composition de telle juridiction, jusqu'où les juges iront dans le sens de ce qu'ils considèrent comme étant satisfai-

sant pour la société dans laquelle ils vivent. Mme Soleil, en quelque sorte...

L'assurance du risque juridique

Le risque existe donc. Est-il assurable ? Ce n'est pas au juriste d'apporter une réponse définitive. Il peut simplement avancer que l'éthique ne devrait pas s'opposer à la

possibilité de s'assurer contre certains risques juridiques. En particulier, lorsqu'une entreprise souscrit des engagements pour le long terme dans des domaines où le poids du droit est important, il devrait être possible d'avoir recours à un assureur contre le risque résultant de l'évolution des règles régissant cette activité. Un peu comme l'assurance du risque-pays. Mais ce ne devrait être le fait que d'assurances très spécialisées, dotées des moyens pour apprécier aussi bien la réalité du risque juridique que le bien-fondé de l'intervention d'un assureur.

LE RISQUE RÉGULATOIRE

Jean-Jacques Laffont • Jean Tirole

Professeurs à l'université des Sciences sociales de Toulouse

Directeurs d'études à l'EHESS

La privatisation des services publics économiques a conduit à la création de régulateurs indépendants. Nous discutons les difficultés rencontrées pour avoir de bons régulateurs et décrivons les nouveaux risques qu'ils font peser sur les entreprises régulées. Enfin, nous suggérons quelques voies pour atténuer ces risques.

Depuis le début des années 80, un vaste mouvement de privatisation, de dérégulation et de libéralisation des services publics économiques a secoué l'Europe, qui avait jusque-là confié ces services à des entreprises publiques contrôlées par les ministères. Deux motivations principales ont guidé cette réforme : tout d'abord, la conviction que l'aiguillon de la concurrence pouvait être utilisé pour minimiser les coûts dans certains segments de ces industries ; ensuite, le recours à la privatisation pour limiter les interférences politiques dans la gestion économique. Toutefois, certains segments de ces industries (gazoducs, réseaux de transport de l'électricité, voies ferrées, boucles locales des télécommunications...) restent en partie des monopoles naturels ; de plus, la concurrence dans les services utilisant ces réseaux demeure souvent insuffisante, de sorte que le maintien d'une régulation minimale pour protéger les consommateurs s'est imposé. Pour la mettre en œuvre tout en atténuant l'interférence politique, des régulateurs dits « indépendants » ont été créés en France : l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) pour les télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité (CRE) pour l'électricité et bientôt le gaz, peut-être un jour un régulateur de l'eau indépendant...

L'objectif visé par la mise en place de ces régulateurs est de constituer des groupes d'experts indépendants du pouvoir politique et du pouvoir économique, dotés d'un mandat d'assez long terme

– entre quatre et six ans, c'est-à-dire plus long que le mandat moyen d'un homme politique –, d'un budget autonome et d'un cahier des charges, fourni par le Parlement, décrivant précisément les objectifs économiques de leur mission. Il faut remarquer que ce type d'organisation est courant aux États-Unis, qui ont créé très tôt des régulateurs (la FCC pour les télécommunications, la Federal Energy Regulatory Commission [FERC] pour l'électricité, ainsi que des régulateurs multi-industries au niveau des États), car ils n'ont en général pas nationalisé leurs services publics comme l'a fait l'Europe. Il participe par ailleurs à une vision de la société, constituée de pouvoirs et de contre-pouvoirs (*checks and balances*), très éloignée de la vision jacobine issue de la Révolution française, en dépit des travaux de Montesquieu.

On pourrait essayer de comparer une régulation par les ministères et une régulation par des régulateurs indépendants. De façon générale – et, comme Montesquieu, les fédéralistes américains et Schumpeter l'ont depuis longtemps affirmé –, il existe un compromis entre la responsabilisation par la « discipline » de l'élection et une prise de décision non soumise à la pression des préjugés de l'opinion publique. Un représentant du peuple doit penser *pour* le peuple et non pas *comme* le peuple, sinon la pratique de la démocratie directe se substituerait souvent et favorablement à la démocratie représentative. Hélas, le politique a une incitation forte à suivre l'opinion publique, même quand celle-ci est

mal informée, et ce afin de ne pas compromettre ses chances dans la prochaine élection. Les acteurs indépendants (juges, agences, banques centrales...) sont plus libres, mais en partie incontrôlables. L'analyse révèle que l'indépendance doit être privilégiée lorsque les décisions publiques sont d'ordre technique et que leur impact sera perçu avec décalage. Et l'argument en faveur de l'indépendance est renforcé pour les choix qui pourraient aboutir soit à l'oppression d'une minorité par la majorité, soit à l'oppression par les minorités (*pork barrel politics*).

Nous nous contenterons ici de discuter les difficultés de mise en œuvre de ce nouveau type de régulation sociale, les risques qu'elle présente pour les entreprises et les divers moyens permettant d'en améliorer le fonctionnement. Nous nous focalisons sur les entreprises régulées, le sujet de cet essai, et ne discuterons que peu l'impact du mode de régulation sur les entreprises entrantes (qui souvent ne sont pas régulées), les consommateurs ou les fournisseurs. Il est clair cependant que certains des risques que nous énumérerons s'appliquent également à ces autres acteurs.

Les difficultés de la création de bons régulateurs

La première difficulté, évidente, est de recruter des régulateurs compétents et de les motiver. Ce n'est pas toujours facile en raison des contraintes imposées, comme celle de ne pas travailler dans l'industrie régulée après un mandat de régulateur, de n'exercer aucune autre activité, de ne pas détenir de titres dans les entreprises régulées, etc., et plus encore par les contraintes de salaire de la fonction publique. Le plus haut échelon dans la fonction publique est peu de chose pour un grand expert des télécommunications ou de l'électricité. De plus, les experts viennent souvent des anciens monopoles, et cela peut les conduire soit à une fidélité excessive vis-à-vis de ces monopoles, soit, au contraire, à un désir excessif de montrer qu'ils ont coupé le cordon ombilical.

Étant donné les difficultés institutionnelles à offrir des carrières de haut niveau, les régulateurs qui se soucient de leur vie professionnelle future sont exposés au risque de capture par le pouvoir politique ou le pouvoir économique. Cette capture peut prendre des formes très subtiles. La création de comités de plusieurs régulateurs (les commissaires), plutôt que des régulateurs unicéphales comme au Royaume-Uni, est souvent présentée comme une façon de lutter contre cette possible capture. Le danger de ces comités est la déresponsabilisation de leurs membres ; pour l'éviter, il est sans doute bon de publier les votes et de demander à chaque membre (ou groupe de membres d'accord pour ou contre une décision) d'expliquer son choix, comme c'est l'usage à la Cour Suprême américaine. La gêne occasionnée par un raisonnement spécieux peut parfois décourager la paresse intellectuelle ou la capture. Il serait aussi souhaitable, pour nommer les commissaires, d'instaurer des auditions publiques mettant l'accent sur la compétence, ce qui limiterait la discrétion du pouvoir politique dans ce processus des nominations et éviterait qu'elles ne soient une monnaie d'échange pour services rendus.

Une deuxième difficulté est liée à la définition de la mission du régulateur. Il faut ici arbitrer entre la contrôlabilité de missions minutieusement définies et la rigidité de règles qui empêchent de s'adapter aux circonstances. Des règles précises dans le détail, comme la méthodologie de construction des formules de plafonds de prix (*price caps*), limitent la discrétion du régulateur et donc la possibilité, pour ceux-ci, de poursuivre des objectifs privés. Cette difficulté a souvent conduit à privilégier la création d'un environnement concurrentiel facile à vérifier à travers les parts de marché des participants plutôt que la maximisation d'un bien-être social délicat à définir. Cela peut entraîner le régulateur à favoriser exagérément des entreprises inefficaces et aboutir à une entrée excessive dans le secteur. De même, abandonner des parts de marché rapidement est une façon de satisfaire son régulateur qui ne va pas forcément dans le sens du bien-être national.

Plus généralement, le désir de limiter le pouvoir d'une autorité indépendante conduit le législateur à limiter les outils économiques à la disposition de celle-ci. Par exemple, pour financer les coûts fixes d'un réseau de télécommunications, on lui donne le contrôle des prix d'accès à ce réseau et non pas la possibilité d'affecter la fiscalité sur l'industrie. Des prix d'accès largement supérieurs aux coûts marginaux peuvent être pourtant socialement moins efficaces que des taxes sur l'activité de l'industrie. On est ainsi amené à demander à un régulateur de remplir la mission complexe de veiller à l'efficacité de tout un secteur économique sans lui donner les outils économiques appropriés.

Une troisième difficulté est la définition de la longueur du mandat du régulateur. On souhaite qu'il soit plus long que le mandat politique pour assurer plus d'indépendance et permettre au régulateur de s'engager sur des objectifs de moyen terme. Il est en effet essentiel de fournir aux investisseurs un cadre réglementaire dynamiquement stable pour investir à long terme avec un risque minimal. Mais la durée de vie extrêmement longue des infrastructures militerait pour des durées de mandat très longues permettant de réduire les risques d'expropriation des investissements. De telles durées sont cependant incompatibles avec la nécessité de maintenir des experts pointus sur longue période et le désir de ne pas créer des pouvoirs trop longtemps incontrôlables.

Comment ces difficultés sont-elles perçues par les entreprises régulées ? Quels risques leur font-elles courir ?

Les risques engendrés par la régulation

Un premier risque est celui de l'incompétence économique ou technique conduisant le régulateur à de mauvais choix. De plus, son manque d'information peut conduire à des requêtes coûteuses et inutiles. Depuis le renouveau de l'économie de la régulation dans les années 80, on comprend bien que

l'obstacle majeur auquel fait face le régulateur est l'asymétrie d'information, c'est-à-dire sa méconnaissance des caractéristiques techniques précises de l'entreprise régulée ainsi que des conditions de marché. Cela peut créer une obsession de l'information comptable qui conduit l'entreprise à dépenser beaucoup d'énergie pour satisfaire les incessantes demandes du régulateur sur des éléments comptables par ailleurs souvent peu pertinents pour déterminer la profitabilité d'une entreprise. Le régulateur peut être tenté par une régulation très lourde (*heavy handed*) au lieu d'une régulation plus légère et plus incitative mais plus risquée.

Un deuxième risque est celui de la capture du régulateur soit par des intérêts politiques, soit par des concurrents économiques. Pour se prémunir contre ce risque, l'entreprise doit effectuer un coûteux lobbying, soit en finançant des études objectives sur l'industrie et en essayant de convaincre les régulateurs de la justesse économique de son point de vue, soit en essayant de capturer les régulateurs par des relations d'amitié, des faveurs ou des offres futures d'emploi. Les coûts, en termes de bien-être, de ces diverses activités de lobbying sont bien sûr très différents. La course à l'influence dans laquelle se lancent parfois les entreprises a certains aspects positifs (l'apport d'informations utiles aux choix publics), mais elle peut être relativement coûteuse.

Un troisième risque est celui de l'expropriation des investissements à la suite de changements non anticipés de la régulation. La stratégie de l'entreprise doit maintenant dépendre des anticipations que l'on peut faire sur les influences subies par les régulateurs, qui peuvent les amener à changer d'avis soit à l'issue de leur mandat, soit à l'intérieur de leur mandat. Par exemple, le régulateur anglais de l'électricité avait annoncé une formule de *price cap* pour quatre ans qui devait régir les contraintes de prix du secteur. Étant donné ces contraintes, l'entreprise régulée pouvait déterminer la profitabilité de ses investissements et les choisir en conséquence. Mais la grande profitabilité révélée de ces investissements a conduit, sous la pression politique, à modifier le *price cap* malgré les engagements du régulateur. Cela a créé un précédent fâcheux qui peut miner les propriétés incitatives de la réglementation *price*

cap, car désormais une entreprise qui fait des efforts de productivité couronnés de succès peut se voir *ex post* privée des bénéfices ainsi engendrés. Lorsqu'il renouvelle une régulation par un plafond de prix (*price cap*), le régulateur peut être tenté d'imposer des prix trop faibles ou de revenir à une régulation par le coût du service qui élimine tout profit. De manière similaire, il existe des risques au moment de la mise en place de la libéralisation et lorsqu'on renouvelle les modes de régulation. Quand on libéralise, on peut créer des coûts échoués qui étaient justifiés par la régulation antérieure (extensions de réseaux non rentables en zone rurale), mais qui ne peuvent plus être récupérés dans un univers plus concurrentiel (*deregulatory takings*). Il faut pouvoir s'engager de manière crédible sur une rémunération de long terme raisonnable si l'on veut attirer l'investissement souhaité dans les réseaux, qui est toujours un investissement de long terme.

Comment atténuer ces divers risques ?

Une première exigence doit être la transparence, pour ne laisser au régulateur que le minimum de discrétion nécessaire pour adapter efficacement sa politique. La publicité des décisions économiques et des raisonnements y ayant conduit permet aux acteurs de l'industrie et aux consommateurs de vérifier la cohérence économique du régulateur et elle peut être un instrument puissant de contrôle de la capture dans les pays démocratiques. Dans la mesure du possible, il faut favoriser des méthodes de régulation qui limitent la discrétion, comme des formules de *price cap* avec des révisions automatiques plutôt que des contraintes de prix annuelles *ad hoc* ou comme des enchères bien définies pour allouer les licences de téléphonie mobile plutôt que d'obscur concours de beauté.

Transparence ne veut pas néanmoins dire absence de flexibilité. Il est important que le régulateur, qui n'est pas omniscient, puisse s'adapter aux

évolutions de l'industrie et aux comportements stratégiques des acteurs. Il faut également lui imposer des délais maximaux de réaction qui évitent de créer des risques de retard dans les décisions. La nécessité de diligence est très importante dans ces industries où les enjeux financiers, stratégiques et politiques sont considérables. Le besoin de diligence est une raison majeure de l'emploi limité par la régulation d'autres agents indépendants, les cours de justice. Ainsi, quand on a voulu faire gérer les tarifs d'interconnexion des télécommunications par négociations entre opérateurs, avec recours auprès des cours de justice en Nouvelle-Zélande, on s'est aperçu que la technicité du sujet était incompatible avec une résolution rapide des conflits par la voie juridique, et qu'un régulateur expert était indispensable.

Il convient de créer aussi un organe de contrôle du régulateur lui-même, par des procédures de recours auprès d'instances supérieures juridiques, nationales ou internationales lorsqu'on cherche à crédibiliser un régulateur en l'absence de tradition régulatoire. On peut aussi réfléchir à une structuration de la régulation qui soit favorable à l'utilisation de l'expertise, ressource toujours rare, et qui soit aussi un obstacle à la capture. Il faut choisir entre des agences de régulation multi-industries favorables à la mise en commun d'informations et d'expertises ou des agences par industrie moins puissantes, peut-être plus indépendantes politiquement et plus ou moins résistantes à la capture. On peut aussi décentraliser la régulation pour créer une concurrence par comparaison entre régulateurs, avec le risque concomitant de concurrence inefficace entre régulateurs pour attirer les industries.

Au-delà de ces mesures structurelles, il convient enfin de créer une culture de la régulation indépendante. Les régulateurs, comme tout pouvoir, doivent se sentir observés par la société civile, mais il faut aussi que cette société civile soutienne l'activité de ces nouveaux acteurs du jeu économique et social. C'est ainsi que l'on rendra la politique des régulateurs plus conforme aux objectifs et donc plus prévisible par les entreprises, qui pourront déterminer leurs stratégies avec un minimum de risque régulateur.

LE RÉGIME DES COÛTS ÉCHOUÉS DANS L'INDUSTRIE ÉLECTRIQUE

Christian Stoffaës

Directeur de la prospective internationale, Électricité de France

L'économie de marché, pour se développer, a besoin de règles stables. Faute de stabilité les financements ne se mobilisent pas. La dérégulation, ce n'est pas l'abrogation des règles : c'est le changement des règles. Lorsque les règles apparaissent instables, personne n'investit sur le long terme. Le régime des coûts échoués a été mis en œuvre dans le secteur de l'électricité afin de compenser la dévalorisation des actifs consécutive au passage du monopole à la concurrence. Il représente une approche novatrice face aux risques du changement des règles juridiques qui encadrent le fonctionnement d'un secteur où les investissements sont lourds et de long terme.

Le changement des règles du jeu en cours de partie constitue évidemment un risque majeur auquel sont confrontés les investisseurs. Ce risque systémique constitue un thème de conflit classique entre les entreprises privées et les pouvoirs publics : fiscalité confiscatoire, prélèvements arbitraires, modification des cahiers des charges, confiscation des concessions, nationalisations, etc.

L'auteur du changement des règles est en principe tenu de réparer les conséquences de ses actes en indemnisant les pertes subies. Le droit administratif français a codifié dans sa jurisprudence la théorie du fait du prince et celle de l'imprévision. Pour éclairer la réflexion contemporaine sur ce thème ancien du droit, l'expérience des coûts échoués dans le secteur de l'électricité mérite l'attention.

La révolution électrique

La dérégulation, on le sait, a brutalement transformé les règles du jeu de l'industrie électrique : ce n'est pas une abrogation de toute règle ; c'est une réforme des règles

(*regulatory reform*). Dans les secteurs dits de « monopoles naturels », les risques d'abus de position dominante et de concentration financière exigent que la concurrence soit surveillée de près, à travers des règles spéciales. Hier gouvernée par des régimes de monopoles de service public (ou concessions) conférant aux entreprises titulaires un droit exclusif sur un territoire délimité, en contrepartie de stricts contrôles – en particulier de leurs prix de vente – l'industrie électrique a été ouverte à la concurrence par une série de réformes de son cadre juridique. La liberté d'établissement a été instaurée avec le régime de la production indépendante (*independent power production*, ou IPP) ; la liberté du commerce, avec l'accès des tiers au réseau (*mandatory wheeling*).

Certains pays ont considéré que l'établissement de règles de liberté n'était pas suffisante, en cherchant à créer une structure des marchés atomisée, et en prévenant toute tentation de reconcentration. La désintégration (*unbundling*) verticale de la production, du transport et de la distribution, la fragmentation géographique en entités indépendantes, le désinvestissement forcé de capacités de production visent à créer une multiplicité d'acteurs là où existait un monopole historique.

La révolution électrique est née au Royaume-Uni dans le contexte des réformes de l'ère thatchérienne : c'est en 1990 que le monopole du Central Electricity Generation Board, produit de la nationalisation de 1945, a été fragmenté et privatisé en une quinzaine d'entreprises indépendantes de production de transport et de distribution. En peu de temps – tout au moins lorsqu'on la mesure à l'échelle des constantes de temps usuelles dans le secteur de l'énergie – la dérégulation a transformé profondément la structure et la valeur des actifs. Les projets de nouvelles centrales nucléaires ont été remisés. Les vieilles centrales au charbon qui subsistaient dans le régime de monopole ont cessé de tourner et ont fermé leurs portes, pendant qu'éclouaient les centrales à gaz naturel et les cycles combinés.

Aux États-Unis, la révolution électrique s'est déroulée plus progressivement. Amorcée en 1977-1978 sous l'administration Carter, qui a établi le régime des IPP (*Public Utility Regulatory Policy Act*), elle s'est poursuivie sous l'égide des régulateurs des États. L'ouverture de la concurrence a progressé à des rythmes différents selon les États, la régulation de l'électricité n'étant pas – sauf marginalement – une compétence fédérale, mais relevant des *public utilities commissions* des États fédérés. Le plus avancé a été la Californie, qui a mis en œuvre, à partir de 1996, la méthode britannique avec la création d'une bourse de l'électricité.

Le mécanisme des *stranded costs*

Pour obtenir l'accord consensuel des compagnies d'électricité (*investors owned utilities*) titulaires de concessions de service public situées dans leur ressort territorial, il a fallu rechercher des compromis. Les régulateurs des États ont dû négocier avec celles-ci des compensations. Le régime des coûts échoués (*stranded costs*) est issu de ces compromis.

Le principe est le suivant. Le changement des règles fait brutalement perdre de la valeur à certains actifs qui ont été construits ou acquis sous le précédent régime de régulation – tout particulièrement aux investissements à longue durée de vie dont le coût de production n'est plus compétitif. L'idée est de permettre à l'investisseur spolié de récupérer sa mise rapidement. Le régulateur permet au propriétaire de ces actifs de les amortir de manière accélérée en acceptant qu'il impute à son compte d'exploitation des provisions pour amortissements supérieures à celles qu'autorise le régime comptable usuel. Ainsi, une centrale nucléaire de faible productivité, qui a été construite et exploitée sous le régime de monopole et dont la valeur économique est réduite à zéro dans le régime de concurrence peut achever sa durée de vie à l'actif du bilan en un nombre réduit d'années (trois à cinq ans) au lieu de dix (ou vingt) qui lui restaient à vivre sous le régime de régulation pré-existant.

Selon la tarification en *cost plus*, la compagnie d'électricité est alors autorisée par le régulateur à reporter dans son tarif de vente régulé la charge supplémentaire que représente cet amortissement accru. Les nouveaux entrants sur le marché de la production d'électricité en régime de prix libres sont de leur côté tenus d'alimenter un fonds d'amortissement accéléré, au prorata de leur chiffre d'affaires. Lorsque la période d'amortissement accéléré est achevée, la valeur de l'actif inscrite au bilan est annulée. On en effectue alors le *write off* comptable. L'actif peut ensuite continuer d'être exploité – avec un coût en capital nul – ou bien cédé pour une valeur minimale.

C'est ainsi que, ces dernières années, on a pu assister à de nombreuses cessions d'actifs énergétiques – qui ont concerné en particulier les centrales nucléaires, dont le parc en exploitation comptait 110 réacteurs (103 aujourd'hui, après quelques fermetures). Le secteur a pu après son amortissement accéléré amorcer sa consolidation autour de quelques pôles spécialisés. La célèbre centrale de Three Miles Island a ainsi été vendue en 1998 au groupe électro-nucléaire britannique

British Energy pour une somme modique de quelques millions de dollars, inférieure d'un facteur de plusieurs dizaines à sa valeur de remplacement.

Grâce aux *stranded costs*, beaucoup d'actifs énergétiques qui, exposés à la concurrence sans mesures de transition, auraient pu être condamnés au déclassement prématuré, ont survécu, avant, peut-être, d'entamer une nouvelle carrière. Les entreprises qui portaient ces actifs devenus obsolètes n'ont pas été réduites à la faillite. Ne parle-t-on pas d'une possible renaissance du nucléaire aux États-Unis que vient de confirmer le discours de politique énergétique de George W. Bush le 18 mai 2001 ?

Le mécanisme des coûts échoués a également été appliqué par certains pays en Europe dans le contexte de la transposition nationale de la directive du marché intérieur de l'électricité adoptée en 1996 par l'Union européenne.

Lorsque les règles du jeu sont brusquement modifiées, lorsque les nouvelles règles ne garantissent pas leur stabilité sur le long terme, les investissements à long terme se mettent en grève. On peut le constater lorsque l'on tire vingt ans après ses origines, un premier bilan de la dérégulation de l'électricité dans le monde. L'incident électrique de Californie, qui s'est traduit par des ruptures de la continuité du service, est la conséquence d'investissements insuffisants face à une demande en expansion. Depuis que, dans le monde en développement,

beaucoup de pays ont adopté les régimes de dérégulation concurrentiels imposés par les institutions financières internationales, les investissements de production marquent le pas et créent des goulets d'étranglement au développement (par exemple en Amérique latine).

Pour faciliter l'acceptation des transitions, il faut racheter les droits acquis. Pour construire du neuf, il faut déblayer le terrain du legs du passé, selon le processus de destruction créatrice décrit par Joseph Schumpeter.

Pour répondre aux interrogations actuelles dans de multiples domaines, le mécanisme des coûts échoués mérite d'être mieux connu et mieux analysé dans ses modalités et dans ses résultats. Peut-être pourrait-il être appliqué à d'autres cas et généralisés à une série de situations où les pouvoirs publics décident de modifier les règles. Des domaines aussi divers que les régimes de retraite spéciaux, l'infrastructure ferroviaire, le retraitement nucléaire pourraient bénéficier utilement de cette approche. Il faut apporter des compensations à ceux qui sont lésés, nouer des compromis acceptables par tous. A l'heure de l'ouverture des marchés, de la mise en cause systématique des monopoles et des situations protégées, de la globalisation des investissements, la coopération public-privé et la croissance mondiale bénéficieront de cette réflexion sur ce type particulier de réponse aux risques.

LES ENTREPRISES ET LE RISQUE EN SANTÉ PUBLIQUE

Maurice Tubiana

Vice-président de l'Académie de médecine et membre de l'Académie des sciences

Directeur honoraire à l'institut Gustave-Roussy de Villejuif

Président du centre Antoine-Béclère

La santé en France est excellente, et les risques qui peuvent exister sont liés à un mauvais usage des produits plutôt qu'à leur qualité. Néanmoins, en raison des erreurs passées, le public reste inquiet. Il faut l'informer, l'alerter sur les dangers de certains abus – en proscrivant les publicités qui y incitent –, donner tous les renseignements nécessaires aux catégories fragiles de la population, développer la recherche et les dispositifs de veille sanitaire en liaison avec l'État.

Jamais la santé n'a été meilleure en France, et il en est de même dans tous les pays industrialisés, ainsi qu'en témoignent l'allongement régulier de l'espérance de vie au cours du XX^e siècle et la baisse concomitante de la mortalité en bas âge. Néanmoins, jamais la population française n'a été aussi préoccupée par les multiples risques qui la mettent en péril. En santé publique, la connaissance des causes de décès apporte des données relativement précises sur l'impact réel de ces risques ; or, celles-ci soulignent l'écart entre la perception des risques par l'opinion et les faits. Mais cet écart n'est paradoxal qu'en apparence. En effet, comme le disait Tocqueville, c'est au moment où une contrainte s'atténue que ce qu'il en subsiste paraît intolérable. A une époque où la mort et les dangers sanitaires étaient omniprésents, ils étaient acceptés avec fatalité. En 1900, quand l'espérance de vie des Françaises était de 45 ans, il paraissait banal de mourir à 30 (de tuberculose ou au cours d'une grossesse). C'est devenu intolérable en 2001, quand leur espérance de vie atteint 83 ans. Et l'on a donc tendance à rechercher des coupables, à leur demander des comptes. D'autant que, chez les hommes, les deux tiers de ce que l'on appelle la « mortalité

prématurée » (les décès survenus avant 65 ans) seraient évitables.

Comme les entreprises construisent les habitations et les moyens de locomotion, produisent les denrées alimentaires, l'alcool, le tabac, bref tout ce qui fait notre environnement, il est normal qu'on s'interroge à leur sujet. Certes, l'écart de huit ans entre l'espérance de vie des femmes et celle des hommes (75 ans) suggère que ce sont moins les produits qui sont coupables que l'usage qui en est fait, mais cela n'exonère pas les entreprises de leur responsabilité. Car elles sont soupçonnées en raison d'expériences passées. Il est indéniable que certaines ont autrefois péché en ne prenant pas, pour leur personnel, pour le public et pour l'environnement, les précautions nécessaires. Le cas de l'amiante est typique à cet égard. Les producteurs, même après avoir été alertés par les premières enquêtes effectuées sur les ouvriers qui manipulaient des produits à base d'amiante, n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient, et cette négligence a entraîné un nombre de décès considérable parmi les travailleurs. Par un effet de balancier, on en est arrivé à interdire tout usage de l'amiante et à craindre des concentrations très basses, ce qui est

sans doute excessif. Car l'amiante est un produit très intéressant comme pare-feu et isolant, et il n'est pas sûr qu'on en trouve d'aussi efficaces et moins dangereux. Il en est de même pour les mineurs : alors qu'une proportion impressionnante d'entre eux mouraient de silicose, les entreprises ont tardé à les protéger, ainsi que le public, contre la teneur de l'air en poussière. Ces deux exemples tragiques montrent que, jusqu'au milieu du XX^e siècle, les secteurs industriel et minier n'avaient pas intégré dans leur culture la dimension santé publique. En est-il de même aujourd'hui ? Et les critiques formulées sur les produits chimiques présents dans les aliments et l'eau, sur la pollution de l'air et du sol sont-elles justifiées ? Que peut-on faire pour les éviter ? Tels sont les problèmes qu'il nous faut considérer, en examinant plusieurs de leurs aspects.

La qualité du produit

Un frein défectueux ou un pneu fragile qui éclate sans raison, un fromage ou une charcuterie contaminés par des bactéries pathogènes mettent tout naturellement en cause la responsabilité du fabricant. Le rôle de l'État ne doit cependant pas être oublié. C'est lui qui, après s'être entouré de l'avis de comités d'experts, édicte des normes (par exemple le nombre de bactéries tolérables) et veille à leur application. L'entreprise doit respecter ces normes, qui du même coup la protègent. On ne peut pas reprocher à un fabricant de cigarettes la présence de goudrons cancérigènes dans son tabac si leur taux est inférieur à celui fixé par la loi. L'établissement de normes est donc un acte essentiel mais difficile. Si elles sont trop basses, il en résulte un surcoût qui restreint l'usage du produit et peut provoquer des effets pervers en favorisant d'autres types de consommation. Au contraire, des normes trop hautes laissent subsister un risque. Au XIX^e siècle, à l'époque pastorienne, on avait eu la sagesse de comprendre qu'il fallait accepter la présence dans l'eau et

les aliments d'une certaine quantité de bactéries ; choisir une norme trop basse eût enchéri le coût de l'eau potable et découragé son utilisation, par exemple pour les soins corporels. Avec le recul, admirons le pragmatisme de nos ancêtres qui sont parvenus à des normes suffisamment efficaces pour permettre la généralisation de l'usage de l'eau potable et éviter toute épidémie. Ils avaient compris le danger de normes irréalistes.

Il n'est pas sûr qu'aujourd'hui l'on aurait la même sagesse. D'ailleurs l'État et les groupes d'experts, de peur d'être accusés de laxisme, ont parfois, pour se protéger, fixé des normes très basses. Par exemple sur les produits chimiques tolérables dans l'eau : pour les nitrates, une norme très basse avait été établie en France et dans l'Union européenne à une époque où on craignait qu'ils ne provoquent certaines maladies graves chez les nourrissons ; on sait aujourd'hui que ces maladies ont d'autres causes, mais l'on n'ose pas réviser les normes et on laisse les populations de certaines régions s'inquiéter parce que la concentration en nitrates de l'eau s'approche du niveau fixé par les normes ou les dépasse alors qu'on n'a pas identifié les inconvénients qui pourraient en résulter pour la santé. Cette situation favorise une angoisse qui a des effets nuisibles sur la santé et entraîne une surconsommation d'eaux minérales, dont plusieurs sont riches en sodium, beaucoup plus dangereux que les nitrates pour la santé de certains sujets. Sans compter qu'une bouteille d'eau minérale, une fois ouverte, se contamine rapidement et devient impropre à la consommation en quelques jours. La population prend-elle les précautions nécessaires ?

Beaucoup de normes sont, par prudence, fondées sur la relation linéaire sans seuil, c'est-à-dire la proportionnalité entre la quantité de toxique et le risque, même pour des concentrations extrêmement faibles. Cela conduit à fixer des normes très basses puisqu'on part de l'hypothèse qu'aucune concentration n'est sûre. Or cette hypothèse est fautive dans l'immense majorité des cas, car l'organisme est capable de se défendre contre de faibles doses. Et c'est ainsi que les craintes de la population influencent les comités d'experts.

Prenons un exemple inverse, les fromages au lait cru. En l'absence de contamination massive, ils ne posent guère de problème sanitaire chez les sujets en bonne santé, dont le système immunologique fonctionne bien. Mais actuellement, du fait des progrès médicaux, il y a de plus en plus de personnes immunodéprimées, en raison de leur âge, d'une maladie ou des traitements qu'elles doivent suivre. Faut-il interdire ces fromages à cause de dangers qui ne concernent qu'une petite minorité de la population ? Faut-il imposer un étiquetage attirant l'attention sur ces risques ? Lancer des campagnes d'information ? Ou recourir à de nouvelles méthodes de stérilisation, au risque d'altérer le goût ? On en discute depuis plusieurs années, mais rien n'est décidé. Cet exemple montre qu'absence de normes ne signifie pas absence de dangers, car il est impossible d'envisager toutes les éventualités. Il montre aussi que les entreprises doivent non seulement respecter les normes mais s'interroger constamment sur les risques éventuels et avoir une attitude responsable. Plus l'entreprise est importante, plus sa responsabilité est grande, mais aucune n'a le droit d'ignorer les conséquences possibles de ses actes. Par exemple, quand un bureau d'architecte construit un escalier pentu qui sera utilisé par des personnes âgées sans prévoir de rampe, il prend une certaine responsabilité car les chutes dans les escaliers sont une cause importante de décès.

Le mauvais usage du produit

Les exemples du mauvais usage d'un produit sont innombrables, de l'excès de vitesse – favorisé par la capacité d'une voiture à atteindre 200 km/h en quelques secondes – à l'usage inconsidéré de médicaments. C'est pourquoi l'entreprise doit informer l'utilisateur, notamment en attirant son attention sur les risques d'un médicament pris hors prescriptions médicales ou laissé à portée de main d'un enfant.

Mais l'effort d'information est-il suffisant ? Ne faudrait-il pas, dans certains cas, revoir la conception même du produit pour limiter les risques ? Par exemple, peut-on poser un enregistreur de vitesse sur les voitures ? Les laboratoires de produits pharmaceutiques doivent-ils changer le conditionnement des produits dangereux pour éviter un risque de méprise ou d'ouverture des boîtes par les jeunes enfants ?

Ainsi l'État comme les entreprises ne peuvent-ils pas rester indifférents au mauvais usage d'un produit, et la responsabilité leur incombe de le limiter.

Risque accepté et risque imposé

On oppose souvent le risque pris consciemment par un individu (fumer, boire) au risque imposé (pollution, appareils défectueux, escalier mal conçu). Cette distinction me paraît avoir été inventée par les fabricants de tabac et d'alcool. Croit-on vraiment qu'un jeune de 13 ou 14 ans se met spontanément à fumer, à boire, à rêver de rouler sur les routes comme un pilote de Formule 1 ? Il est évident que de tels comportements sont le fruit d'une incitation, par la publicité ou l'exemple. Ils résultent d'une construction sociale dans laquelle les entreprises jouent un rôle fondamental. Par exemple, les courses de Formule 1 ont été conçues pour servir de panonceaux publicitaires aux fabricants de cigarettes, et elles sont le spectacle favori des jeunes enfants, qui y apprennent, dès 3 ou 4 ans, les logos des marques de cigarettes, qu'ils associent au courage, au succès, au défi à la mort et au goût de la vitesse. De même le prestige de l'alcool a été cultivé dans notre civilisation. Les modes de tel ou tel type de boisson alcoolisée illustrent la manipulation des consommateurs. Il y a certes un goût inné pour l'alcool et le tabac, lié à l'existence dans le cerveau de mécanismes dits « de récompense », mais ces tendances sont exploitées, amplifiées. Les tribunaux américains, en infligeant des amendes de plu-

sieurs centaines de milliards de dollars aux fabricants de cigarettes, ont sanctionné la mise en place, malgré les risques du tabac, d'une véritable stratégie de conditionnement de la population. Stratégie particulièrement voyante pour le tabac, qui se distingue de tous les autres risques sanitaires par son ampleur, mais qui existe aussi dans d'autres domaines, et avec des effets tout aussi nocifs

Identification et hiérarchisation des risques

L'élaboration d'une politique de santé publique et de limitation des risques commence donc nécessairement par une analyse quantitative des risques et par leur hiérarchisation.

Que l'on prenne pour critère le nombre de décès prématurés ou le nombre d'années de vie perdues, quatre risques dominant de très loin tous les autres : le tabac, l'alcool, les accidents de la circulation et l'obésité. Ce dernier risque est souvent méconnu, et pourtant, associé à l'absence d'exercice physique, il est à l'origine d'environ 15 % des décès et d'une proportion voisine de cancers. Si l'on ajoute à ces quatre causes essentielles les accidents domestiques, notamment les chutes, on couvre la quasi-totalité des décès potentiellement évitables.

Mais, dira-t-on, il y a aussi les décès dus à des erreurs conscientes ou inconscientes des entreprises, notamment quand elles ont favorisé l'usage de l'amiante, de certains produits chimiques, ou le changement du mode de fabrication des farines animales, à l'origine de la maladie de la vache folle. De tels exemples concernent à la fois l'État, qui n'a pas élaboré à temps les règlements nécessaires, et les entreprises, qui ont été imprudentes. Bien sûr, ils appartiennent au passé, mais on peut se demander si des situations de ce genre seraient encore possibles aujourd'hui. Heureusement, leur éventualité est maintenant limitée par la rigueur

des comités d'experts en toxicologie, la mise en place de dispositifs d'alerte sanitaire et d'agences chargées de veiller à la prise de décisions rapides. Les entreprises elles aussi devraient se doter de telles structures.

D'autre part, parler de risques pour la santé n'a de sens que si l'on tente de spécifier lesquels et de les chiffrer. Ce n'est pas la même chose de provoquer quelques réactions allergiques ou des centaines, voire des milliers, de décès. Avec cette approche quantitative on constate que la plupart des risques qui effraient le public ont des effets très faibles sur la santé : ainsi, on n'a pas mis en évidence d'effet délétère sur la santé des engrais et des pesticides présents dans les denrées alimentaires – il est vrai que l'on n'y trouve que des produits autorisés par les comités d'experts, qui sont extrêmement sévères. Il est vraisemblable que, faute de mycostatiques, le risque sanitaire des produits dits « biologiques » pourrait excéder l'avantage théorique de l'absence de pesticides, car il peut s'y développer des moisissures capables de sécréter des mycotoxines, qui sont toujours dangereuses et constituent parfois des cancérigènes puissants.

De même, on n'a pas détecté d'effet sanitaire notable de la pollution, et les craintes en ce domaine sont certainement excessives. Ainsi les données disponibles suggèrent-elles que la pollution ne peut être mise en cause que dans une très faible proportion de cancers. Mais si l'on peut se réjouir à ce sujet de l'efficacité du travail des experts en toxicologie, il ne faut pas pour autant tomber dans l'autosatisfaction : la vigilance doit être permanente. Encore qu'il ne soit pas nécessaire non plus d'inquiéter à tort la population, comme ce fut le cas avec la dioxine : il aurait fallu ingurgiter chaque jour de l'année des kilos de ces fameux poulets contaminés pour encourir un risque sanitaire.

Sans nier l'intérêt du principe de précaution s'il est utilisé avec circonspection, il faut rappeler que, grâce à l'épidémiologie et aux études expérimentales, il est généralement possible de limiter les risques d'incertitude. Certes, quand il s'agit d'une maladie nouvelle, tels les mésothéliomes de l'amiante, le sida

ou les encéphalites spongiformes transmissibles (la maladie de la vache folle), le risque ne peut être prévu. Mais dans ces trois cas, très rapidement, la conjonction des études épidémiologiques et expérimentales a apporté des données suffisantes pour la prévention, et le problème a été non pas l'absence de connaissances mais plutôt le retard dans la mise en œuvre des mesures utiles fondées sur leur analyse. On peut discuter pour savoir si ces retards sont dus aux entreprises ou à l'État, mais la leçon à tirer est que ceux-ci doivent collaborer dans des structures de veille et d'information fonctionnant en toute transparence. L'appât du gain et les réactions émotives n'ont pas leur place ici.

L'étiquetage

Pour évoquer le problème de l'étiquetage, nous prendrons l'exemple de l'obésité. Favorisant, entre autres maux, les maladies cardiovasculaires et les cancers, l'obésité, surtout chez les enfants, est une priorité de santé publique. Bien sûr, on ne peut pas reprocher à l'industrie agroalimentaire de fabriquer des produits tentants que les enfants grignotent en regardant la télévision ou dont les adultes se délectent. Mais il me semble que les entreprises auraient le devoir d'informer les consommateurs. Il est effarant qu'en France, comme d'ailleurs dans la majeure partie des États de l'Union européenne, aucun étiquetage n'apporte au consommateur les informations fondamentales – nombre de calories, contenu en graisses (saturées et non saturées puisque leurs effets sur la santé et leurs risques sanitaires sont différents), quantité de sodium et, éventuellement, de cholestérol – pour l'aider à choisir les aliments qui lui conviennent. Une réglementation à ce sujet existe en Amérique du Nord, il est urgent de l'instaurer dans l'Union européenne. L'Académie de médecine avait émis un vœu en ce sens en 1998, qui n'a guère été entendu. Il faudrait que ces informations figurent en particulier sur les plats « préfabriqués », surgelés ou non, car, selon la façon dont ils sont cui-

sinés, les graisses utilisées, les quantités de calories et de graisses saturées peuvent être très variables. Au moment où l'on alerte les consommateurs sur les risques éventuels du moindre produit chimique ou des OGM, il est absurde, voire coupable, de ne pas leur donner ces informations essentielles.

L'étiquetage ne doit d'ailleurs pas se limiter aux produits alimentaires. Il est du devoir des entreprises de fournir pour tous les appareillages électriques ou mécaniques des notices signalant, en un langage compréhensible, les risques éventuels et les précautions indispensables.

Les risques putatifs

Les entreprises ne peuvent pas se désintéresser des risques des produits qu'elles créent ou qui sont entraînés par leurs activités (pollution). Et même si ces risques sont incertains, elles ne doivent pas attendre qu'ils soient prouvés pour agir.

Je prendrai deux exemples pour illustrer mon propos. D'abord les champs électromagnétiques au voisinage des lignes à haute tension. Quand on les a accusés de provoquer des leucémies chez les enfants, les entreprises fabriquant l'électricité dans le monde ont eu raison, malgré le peu de vraisemblance de ce risque, de le prendre au sérieux et de l'étudier, même s'il en a coûté plusieurs centaines de millions de dollars. Au terme de ces enquêtes, il est aujourd'hui possible d'affirmer que le risque est, au pire, infime, et puisqu'il n'a pas été mis en évidence, il peut être négligé. La prise de position de l'OMS a été très claire et ne laisse subsister aucune ambiguïté.

Autre exemple : l'aluminium. Il a été soupçonné de provoquer une altération du cerveau pouvant conduire à des troubles du type Alzheimer. De telles pathologies ont été observées chez des sujets soumis aux dialyses rénales et ont été imputées à l'aluminium. Le problème se pose donc d'abord pour les ouvriers travaillant dans les usines où l'on fabrique de l'aluminium. Les

premiers résultats des études entreprises se révèlent très rassurants, mais il est souhaitable que celles-ci soient poursuivies. Il est heureux que les fabricants d'aluminium dans le monde aient pris conscience du rôle qui leur revenait. Quand la preuve sera faite de son innocuité pour les ouvriers, qui sont soumis à des doses mesurables, on pourra légitimement en conclure à l'absence de risque pour le consommateur, qui n'ingère que des doses beaucoup plus faibles.

Cet exemple souligne l'importance cruciale de l'étude des maladies professionnelles non seulement pour la protection des travailleurs mais aussi pour celle du public.

Conclusion

La place de l'entreprise dans la société moderne a beaucoup changé depuis un demi-siècle. Publique ou privée, elle était autrefois révérencée parce qu'elle apportait du travail et était source d'enrichissement. Aujourd'hui, dans notre société repue et protégée, on a tendance à ne voir en elle que son productivisme et une source de pollution et de nuisance. Mais c'est sur des faits, et non sur des impressions ou des rumeurs, qu'il faut estimer les risques éventuels et analyser les mesures permettant de les diminuer. Il convient, certes, de tenir compte des facteurs subjectifs qui conditionnent la perception du risque, mais la première étape est nécessairement, répétons-le, l'analyse des faits, pour agir efficacement ou pour

rassurer si les craintes ne sont pas justifiées. Les nuisances comme les bienfaits doivent être mis en perspective, à la fois pour le travailleur et pour le public. Toute décision en santé publique est le fruit d'un arbitrage entre les inconvénients et les avantages.

Il faut, enfin, que la communauté scientifique et médicale, qui est, contrairement à l'État et aux entreprises, indépendante des réactions de l'opinion et des intérêts politiques et financiers, joue pleinement son rôle d'expert à la fois pour signaler les dangers et pour proposer des mesures. Elle doit donc s'organiser à cette fin. Toutefois ce n'est pas à elle de prendre des décisions. Elle ne peut qu'alerter et conseiller. L'expert n'est pas un décideur, mais il a un rôle essentiel dans l'appréciation et la hiérarchisation des risques. Certes, les inquiétudes de l'opinion le conduisent à une rigueur croissante, mais il doit ignorer toutes les pressions, qu'elles qu'en soient les origines. Trop longtemps la communauté scientifique s'est tenue à l'écart de ces débats de peur d'y être trop impliquée. Étant donné l'ampleur que prennent les problèmes liés aux risques, réels ou mythiques, elle doit assumer ses responsabilités.

Bibliographie

Tubiana, M., *Environnement et santé*, CR Acad. sci., Paris, série Sciences de la vie, 323, 2000, 651-664.

Tubiana, M., *Le Principe de précaution : ses avantages et ses risques*, Bull acad. natle méd., 184, 2000, 969-993.

Tubiana, M., *L'éducation et la vie*, O. Jacob, Paris, 1999.

L'ENTREPRISE, L'EXPERT, LE RISQUE ET LE DÉVELOPPEMENT

Christian Gollier

Professeur à l'université des Sciences sociales de Toulouse

Professeur chargé de cours à l'école polytechnique

Durant plus de deux siècles, l'innovation technologique a été le moteur d'une croissance considérable. Elle a aussi conduit à exposer la population à certains risques de développement. Faut-il sacrifier la poule aux œufs d'or sur l'autel de la prévention des risques ? Nous montrons d'une part que les risques technologiques sont largement exagérés au regard de l'Histoire. Nous indiquons d'autre part qu'il existe des méthodes d'évaluation des risques qui, en présence d'incertitude scientifique, permettent de définir un niveau socialement acceptable de risque au sens du bien-être des populations qui ont à les subir. Nous demandons finalement une réforme de l'expertise scientifique en France.

Deux cents ans d'histoire nous enseignent que l'innovation se trouve à la source de l'extraordinaire croissance économique qui a suivi la révolution industrielle. Au cours du seul dernier siècle, en France, le PIB réel par habitant a été multiplié par huit et le rendement du blé à l'hectare par sept, avec toujours moins d'agriculteurs. L'indice de la production industrielle est dix fois supérieur à celui de 1900, avec toujours moins d'heures travaillées. Les énormes gains de productivité dégagés par les innovations technologiques ont permis de réduire considérablement les prix à la consommation. Si les ménages consacraient plus de 60 % de leur budget à l'alimentation au début du XX^e siècle, ils n'en consacrent plus que 15 % aujourd'hui. Ils ont ainsi pu dégager d'importants moyens pour améliorer leur santé, leurs loisirs et leur éducation. La révolution des technologies de l'information pourrait nous ouvrir des perspectives similaires dans les décennies à venir.

Il serait vain de vouloir désigner un héros à cet essor fantastique. C'est à notre système de marché relativement décentralisé que nous le devons.

L'État a favorisé la liberté d'entreprendre. Les entrepreneurs sont partis à la découverte de possibilités de profits supplémentaires que la satisfaction des besoins des consommateurs laissait entrevoir. L'investissement dans la recherche et le développement en est le moyen le plus efficace.

Même si le chemin accompli durant le siècle écoulé force l'admiration, il faut aussi reconnaître que cette croissance économique n'est pas sans « bavure ». Notre air est pollué, ce qui fait courir à la population un risque sanitaire dont nous ne faisons que commencer à mesurer les effets. Des produits ont été mis sur le marché pour lesquels il s'est avéré que le coût, en termes de risques à la consommation, réduisait substantiellement le bénéfice attendu. L'amiante est un cas d'école de ce point de vue. Le débat actuel sur les organismes génétiquement modifiés (OGM) fait ressortir des interrogations du même type.

La question que nous soulevons dans cet article est donc celle de savoir s'il est possible d'améliorer notre système économique afin de réduire la probabilité d'occurrence de ces dommages sans

toutefois porter atteinte à notre « poule aux œufs d'or ». Quelle interprétation du principe de précaution faut-il opposer aux industriels les moins prudents ? Faut-il modifier les règles de responsabilité des industriels dans des situations d'incertitude scientifique ? À quelle autorité la décision de mise sur le marché doit-elle revenir en dernier ressort ?

Le paradoxe de la faiblesse de l'effet du risque sur le bien-être

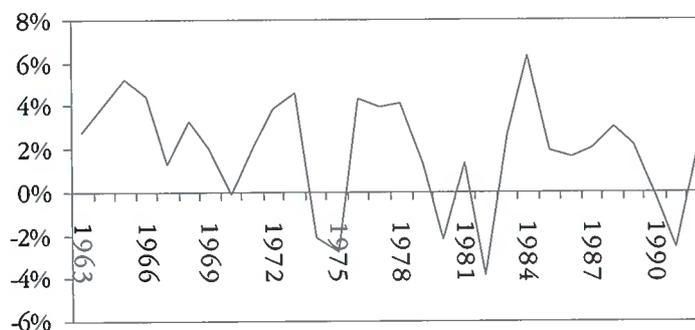
En quelques années, le risque a envahi l'espace médiatique. Le risque est partout. Il inonde nos caves, il pourrit notre sang, il gâte notre climat, il nous sépare de nos proches, il détruit notre environnement. À en croire la presse, le risque porte atteinte à notre bien-être de façon conséquente. La lutte contre le risque devrait donc devenir une priorité en matière de politique publique.

Les miracles ne se produisent que rarement. Lutter contre les risques, c'est par définition utiliser des ressources pour leur prévention plutôt que pour la satisfaction d'autres besoins de la population. C'est aussi décider d'abandonner un certain

nombre de projets porteurs de progrès potentiels. Les promoteurs des OGM parlent par exemple volontiers des possibilités de lutte contre la faim dans le monde qu'apporterait l'utilisation de leurs produits. Posons-nous donc une question simple : quelle réduction de la croissance économique serions-nous prêts à accepter pour éliminer totalement les risques liés aux innovations technologiques ? Les risques technologiques étant difficiles à mesurer et à différencier des autres risques comme les risques naturels et humains, supposons alors que tous les risques de la société soient de nature technologique. La question revient donc à se demander ce que la population serait prête à payer pour vivre dans un monde libre de toute incertitude.

Un prix Nobel d'économie, Robert Lucas, s'est intéressé à cette question dans les années 1980¹. Supposons avec lui que les risques soient parfaitement et équitablement partagés dans l'économie, de manière à pouvoir garantir à chaque consommateur un revenu net égal au produit national par habitant. Dans une telle situation de mutualisation complète des risques, le consommateur ne fait plus face qu'au risque macroéconomique résiduel. Celui-ci est représenté par l'incertitude prévalant sur le taux de croissance réel de l'économie. Sur le graphique suivant, on a représenté le taux de croissance réel du PIB par habitant sur la période 1963-1992 aux États-Unis.

Figure 1 : Taux de croissance réel du PIB/hab. aux États-Unis



Ce taux fut en moyenne de 1,86 % par an, avec un écart type de 2,41 %. Ces chiffres décrivent bien le risque que supporterait un Américain

représentatif si, dans cette économie, les risques étaient parfaitement mutualisés. On peut se demander quel est l'effet de cette incertitude

macroéconomique sur le bien-être de la population. Lucas montre que, pour des degrés d'aversion au risque communément acceptés, les Américains ne seraient pas prêts à sacrifier plus d'un dixième de pour-cent de taux de croissance annuel pour éliminer l'incertitude macroéconomique ! L'effet de l'incertitude technologique et macroéconomique sur le bien-être est donc extrêmement faible. La reproduction de cet exercice sur données françaises donne le même résultat. Le coût du risque pour un ménage disposant d'un revenu annuel de 50 000 euros n'est pas supérieur à 50 euros.

Cette observation a conduit Robert Lucas à recommander aux régulateurs économiques de s'intéresser moins à la lutte contre les cycles macroéconomiques et à la prévention des risques qu'à promouvoir la croissance à long terme de l'économie. Cette position n'est pas étrangère à la réticence des Américains à prendre en compte, dans la régulation des innovations, le principe de précaution défendu par certains milieux européens.

Le résultat de Lucas est en totale contradiction avec l'importance médiatique du risque dans la société. Il est fondé sur la constatation que non seulement la croissance a été considérable, mais que, en outre, elle s'est faite avec une variabilité extrêmement faible, autour de 2 % par an. N'en déplaise aux journalistes. Où est donc la « société du risque » dont on nous annonce l'avènement ?

L'argument de Lucas repose sur une hypothèse essentielle : les risques sont supposés être idéalement partagés par tous. En filigrane de cet exercice, il y a des règles de responsabilité des acteurs chargés d'indemniser les victimes, des marchés financiers devant transférer ces risques au plus grand nombre, des sociétés d'assurances supposées couvrir efficacement les risques individuels. De cette grande lessive des risques ne devrait demeurer que le risque systématique, celui qui résulte de la somme des risques individuels après élimination de ceux qui sont diversifiables. Le risque ultime est si faible que lutter contre lui est inutile.

Mais la lessiveuse ne lave pas aussi blanc que le suppose Lucas. En fait, beaucoup de dommages ne sont pas indemnisés à la hauteur du préjudice subi,

ni par les responsables quand ils existent, ni par les assureurs, ni par la solidarité nationale. Les raisons sont multiples et leur exposition dépasse le cadre de cet article. Les conséquences de la mauvaise allocation des risques sont importantes : perte de bien-être, perte de dynamisme de l'économie, réduction des investissements et de la croissance. De plus, il est nécessaire de compenser l'assurance déficiente par une augmentation des efforts de prévention. Quand les victimes sont seules à supporter les dommages, lorsque les marchés ou l'État sont incapables d'assurer une bonne répartition-diversification des risques dans l'économie, un effort accru doit être consacré à la prévention des risques.

Pour une gestion sélective des risques

On pourrait résumer ce qui précède en disant que la gestion optimale des risques doit se faire en neutralité aux risques lorsque ceux-ci sont diversifiables. En d'autres termes, l'exposition à un risque est socialement acceptable lorsque le coût de son élimination excède le dommage espéré. Plus généralement, l'exposition à un risque est optimale si le coût marginal de sa réduction est égal à l'espérance de la réduction du dommage espéré. C'est l'approche standard « coût-bénéfice » soutenue par exemple par Kenneth Arrow, un autre prix Nobel d'économie².

Il y a quelque chose d'insoutenable à ne pas suivre l'approche coût-bénéfice. Récemment, le gouvernement a choisi de mettre en œuvre un nouveau test de dépistage pour la transfusion sanguine. Probablement tétanisé par le scandale du sang contaminé, il a choisi la précaution extrême. Selon les experts, le coût par année de vie que l'on espère gagner est de 60 millions d'euros. En revanche, l'amélioration du dépistage du cancer du sein chez les femmes de plus de cinquante ans coûterait environ 10 000 euros par année de vie gagnée. En conséquence, le transfert de 60 millions

d'euros d'un poste du ministère de la Santé vers l'autre permettrait de gagner 5 999 années de vie : un scandale du sang contaminé à l'envers ! L'abus de précaution peut nuire à notre santé.

En l'absence d'asymétrie de l'information ou d'externalité, les entrepreneurs seront naturellement enclins à suivre l'analyse coût-bénéfice. Des entreprises comme EDF (et son ancien président, Marcel Boiteux) ont d'ailleurs longtemps été à la pointe dans ce domaine. Cette approche permet de maximiser la valeur de l'entreprise et, donc, le bénéfice pour les actionnaires. Un problème se pose lorsque les actions de l'entreprise affectent le bien-être de la population sans que ces effets soient intégrés dans les calculs de l'entrepreneur. On parle alors d'externalités. Par exemple, la firme peut polluer l'environnement ou contribuer à améliorer le tissu industriel sans que ces effets soient pris en compte dans ses décisions. Ou encore, l'entreprise peut produire des biens défectueux sans que les risques encourus par le consommateur soient connus de ce dernier. Dans toutes ces situations, il est indispensable d'inciter les décideurs économiques à intégrer ces externalités dans leur analyse coût-bénéfice. C'est pour cela que les économistes recommandent dans la majorité des cas la mise en place de règles de responsabilité stricte des producteurs.

Le cas du risque de développement

La méthode fondée sur la comparaison des coûts et bénéfices espérés d'une action de prévention ou d'investissement ne se fait pas sans poser un certain nombre de problèmes. Elle suppose en particulier la connaissance du risque en termes de description des événements possibles et de leur probabilité respective. Hélas, le décideur doit bien souvent faire ses choix sans disposer de probabilités objectives. L'accumulation de nos connaissances sur les risques se fait par l'élaboration de théories concurrentes qui sont ensuite testées par expérimentations successives, à petite puis à

grande échelle. Les révisions bayésiennes des probabilités *a priori* qui s'ensuivent permettent de réduire toujours plus l'incertitude scientifique pour conduire à la connaissance ultime. Quant à savoir si une telle situation d'absence d'incertitude scientifique est réaliste, la question est de peu d'importance. Aujourd'hui, le problème est plutôt de savoir comment gérer les risques en présence d'incertitude scientifique, au niveau individuel et collectif.

La caractéristique essentielle qui différencie l'incertitude scientifique des autres sources d'incertitude concerne le fait que la première est de nature à se réduire dans le temps grâce au processus d'expérimentation exposé ci-dessus. Les progrès scientifiques futures nous permettront d'éliminer la part du risque due à notre méconnaissance actuelle des lois de la nature. L'incertitude scientifique expose le décideur au « risque de développement », c'est-à-dire au risque de « s'être trompé³ ». On peut désirer modifier une décision antérieure parce qu'elle est devenue inefficace au regard de l'analyse coût-bénéfice suite à l'annonce des résultats de nouvelles expériences. Dans le cas de la prévention des risques, notons que l'on peut s'être trompé pour en avoir trop fait aussi bien que pour n'en avoir pas assez fait. La bulle médiatique a largement tendance à ne rapporter que le second cas.

On peut donc poser le problème de la gestion du risque de développement dans les termes suivants : quel est le niveau de risque acceptable ou optimal aujourd'hui dès lors que nous savons que nous pourrions apprendre demain que nous nous sommes trompés ? Ou encore : la perspective de meilleures informations à l'avenir ne devrait-elle pas nous inciter à reporter nos efforts de prévention ? La décision si peu précautionneuse de l'administration Bush consistant à rejeter les accords de Kyoto par manque de certitudes scientifiques pose exactement cette question. L'introduction d'organismes génétiquement modifiés par des entreprises privées s'inscrit aussi dans cette problématique. Face à un risque mal défini, faut-il agir avant de savoir, comme le suggèrent les Européens et leur principe de précaution, ou savoir avant d'agir, comme le pense le président des États-

Unis ? Attendre dix ans supplémentaires avant d'agir permettrait d'éviter de réduire nos émissions de gaz à effet de serre inutilement s'il devait s'avérer que les experts les plus optimistes avaient raison. Dans le cas contraire, ce serait autant d'années perdues, et autant d'efforts supplémentaires à fournir pour les générations futures !

Le problème de la gestion dynamique et efficace des risques, liée au progrès des connaissances les concernant, constitue un sujet de réflexion pour les économistes depuis une trentaine d'années. Une abondante littérature s'est développée sur la question⁴. Elle a débuté par une importante contribution de Claude Henry⁵. En résumé, elle souligne l'importance de la flexibilité dans les situations d'incertitude scientifique. Plus le risque de « se tromper » est important, plus grande doit être notre attention en faveur de solutions flexibles. Cette idée a révolutionné la théorie de l'investissement. Différents chercheurs ont cherché à traduire celle-ci dans une technique d'aide à la décision. Cela a abouti à la notion de valeur d'option, ou valeur de flexibilité. En fait, l'analyse coût-bénéfice reste applicable dans cet environnement. Il suffit pour le décideur d'ajouter une valeur d'option à l'actif des actions qui offrent le plus de flexibilité pour l'avenir. Le calcul de cette valeur d'option nécessite l'utilisation d'outils d'analyse financière ou de recherche opérationnelle⁶. L'industrie minière, par exemple, utilise ces outils de façon routinière pour déterminer les dates d'ouverture et de fermeture de mines en fonction d'informations sur l'évolution des prix ou de la demande.

Nous avons voulu montrer ici que l'incertitude scientifique ne laisse pas le décideur public ou privé face à l'arbitraire des choix. À l'exception des aspects d'apprentissage, le risque de développement et les risques naturels sont de même nature. L'efficacité de leur gestion doit être mesurée à l'aune des coûts et des bénéfices de leur prévention, en tenant compte dans le premier cas d'une valeur d'option. Cette conception offre donc une échappatoire fondée à l'encontre de ceux qui veulent imposer une interprétation de « catastrophisme éclairé⁷ » au principe de précaution. Refuser la

quantification des coûts et des bénéfices des risques sur la base d'événements possibles probabilisés, reviendrait à accepter de rentrer dans une nouvelle aire d'obscurantisme où l'arbitraire de l'expert, du prince et du juge pourrait nous conduire.

Fixer les règles opérationnelles d'application du principe de précaution est un chantier essentiel à ouvrir au cours des prochaines années. Il s'agit de définir explicitement la notion de négligence en situation d'incertitude scientifique pour permettre aux acteurs privés d'échapper au risque légal de changement de jurisprudence. C'est une étape nécessaire pour rendre possible l'assurance du risque de développement, ce qui devrait permettre d'améliorer la dynamique d'innovation et la croissance économique.

Quelques remarques en guise de conclusion

Nous vivons aujourd'hui une crise de l'expertise scientifique. L'incertitude scientifique résulte de l'existence de théories concurrentes qui ne peuvent pas être invalidées statistiquement par les résultats des observations expérimentales. Ce travail dynamique de validation et d'invalidation des théories est complexe. Il offre donc de nombreuses possibilités de manipulation de l'information par les experts. Force est de constater que, en France, la compétence de ces experts, choisis par le pouvoir sur la base de leur production scientifique passée, est souvent contestable. On laisse croire au public qu'un expert en vaut un autre ; on oublie de comparer sur le plan scientifique leurs signatures. De plus, on devrait reconnaître que certains d'entre eux peuvent être biaisés par leurs accointances avec les parties. En France règne l'idée que les experts devraient par nature être insensibles aux pressions extérieures. Il est indispensable de repenser nos procédures d'expertise. Il faudrait d'une part récompenser les experts en fonction de la pertinence de leurs recommandations passées, évaluées *a posteriori*, de manière

re à réduire le risque de collusion. Il faudrait d'autre part construire un mécanisme de sélection des experts d'après leur valeur scientifique, mesurée par leurs publications dans des revues scientifiques internationales réputées⁸. Enfin, il serait nécessaire d'imposer une procédure de validation des rapports d'expert en ne validant que ceux qui ont été acceptés pour publication dans une de ces revues avec comité de lecture.

Dans l'incapacité de construire une procédure d'expertise crédible, les entreprises innovantes devront faire face au risque de se voir opposer l'arbitraire d'experts aléatoires. La seule solution consisterait alors à affranchir les entreprises de leur responsabilité pour risque de développement. Ce serait fort dommageable. En effet, cette exonération n'inciterait pas les firmes à acquérir ou à développer l'information scientifique liée à leurs produits.

Fiabilisons les règles de bonne gestion des risques entachés d'incertitude scientifique sur la base d'une analyse coût-bénéfice intelligente. Fiabilisons la procédure d'expertise permettant de valider les connaissances scientifiques conduisant à la quantifications des coûts et des bénéfices probabilisés. C'est alors en connaissance de cause que les décideurs pourront se déterminer face aux risques, pour le bien de la société. C'est alors que nous aurons les outils pour condamner les fauteurs.

Notes

1. Voir Lucas, R., *Models of Business Cycle*, Londres, Basil Blackwell, 1987.
2. Voir Arrow, K. J., Lind, R.C., « *Uncertainty and the evaluation of public investment decision* », *American Economic Review*, n° 60, 1970, p. 364-378.
3. Au sens formel, il ne s'agit pas d'une erreur. On « se trompe » lorsqu'une décision est inefficace au sens de l'analyse coût-bénéfice, étant donné l'ensemble des données scientifiques disponibles au moment de la décision (et les perspectives d'amélioration de celles-ci).
4. Voir Gollier, C., *The Economics of Risk and Time*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2001.
5. Henry, C., « *Investment decisions under uncertainty: The irreversibility effect* », *American Economic Review*, n° 64, 1974, p. 1006-1012.
6. Ce calcul est rendu plus compliqué si la décision affecte non seulement le degré de flexibilité, mais aussi directement le risque futur. Voir Gollier C., Jullien B., Treich, N., « *Scientific progress and irreversibility : An economic interpretation of the precautionary principle* », *Journal of Public Economics*, n° 75, 2000, p. 229-253.
7. Voir par exemple l'intervention du professeur Dupuy dans le groupe de travail « Risques » du Commissariat général au Plan (mars 2001).
8. Ces classements semblent être mission impossible en France, alors qu'ils sont routiniers ailleurs. Le CNRS se déchire depuis des décennies sur ce sujet, sans résultat.

QU'EST-CE QU'UNE SITUATION DE PRÉCAUTION ?

François Ewald

Professeur au Conservatoire national des Arts et Métiers

Une brève étude de l'épistémologie du principe de précaution conduit à soutenir les trois thèses suivantes : 1. Le principe de précaution invite à reprendre la vieille distinction entre ce qui relève de l'ordre de la connaissance – régi par la valeur du vrai – et ce qui relève de l'ordre de la conduite – et qui est dominé par la recherche du juste, du convenable, de l'approprié, de l'adapté ; 2. Le principe de précaution met moins en cause les notions de risque et d'incertitude que la question de la pondération d'arguments dans un contexte de savoir faible, fragile ou imparfait ; 3. Le principe de précaution ne concerne pas les rapports d'un individu à lui-même ; il solidarise différents types d'acteurs et propose une manière de trancher entre leurs prétentions alors même qu'aucune d'entre elles ne peut se prévaloir d'un argument décisif.

Rappelons d'abord que le principe de précaution n'est pas fait pour gérer les crises, même si c'est surtout ainsi qu'il a acquis sa notoriété. Il est plutôt là pour les éviter. C'est le but de la gestion prévisionnelle, anticipée, qu'il propose. Mais cela même crée une situation épistémologique particulière. Le principe de précaution, en effet, oblige soit à anticiper la possibilité d'un dommage avant même qu'on en ait la certitude, soit à prendre en compte, sans tarder, la possibilité que telle ou telle action engendre tel dommage. Il oblige à prévoir dans toute action le risque qui l'accompagne. C'est la forme de son souci. Précisément, le principe de précaution affirme que l'ignorance, l'incertitude, les formes imparfaites de connaissance – le possible, le plausible, le vraisemblable – doivent être prises en compte. L'incertitude crée l'urgence d'une décision. L'irrésolution serait la pire des solutions. Elle reviendrait à prendre le maximum de risques.

Trois ignorances

La structure épistémologique dont relève le principe de précaution n'a rien d'original. Elle a de nombreux précédents philosophiques. Elle est à la base de la prudence aristotélicienne ; elle est celle-là même qui inspire la morale cartésienne. Descartes avait rêvé d'une morale qui soit une science appliquée ; elle viendrait couronner l'édifice de la science. Mais il a dû convenir que, par son objet même – la substance composée de l'âme et du corps –, la décision morale ne relevait pas du même type de savoir que la physique ou les mathématiques. Si bien que la « morale par provision » qu'il s'était donnée, le temps nécessaire à la constitution de la science, a pu devenir définitive¹.

Il en va de même du principe de précaution : ce n'est pas seulement une morale provisoire qu'il

faudrait mettre en œuvre tant qu'une connaissance certaine des risques ferait défaut ; c'est plutôt une morale conçue dans l'idée que cette connaissance, soit parce que ses objets sont trop complexes (les effets de telle ou telle action sur l'environnement ou la santé), soit en raison de l'exigence d'anticipation, n'est pas possible. Précisément, dans l'hypothèse de précaution, nous sommes confrontés à trois types, trois motifs d'ignorance. Le premier est celui que l'on vient d'indiquer : la complexité des questions fait que nous ne savons pas. Nous savons que les connaissances dont nous disposons ne sont que partielles, insuffisantes ; nous mesurons l'ampleur de notre ignorance, de ce que nous ne savons pas. Cette forme de conscience est celle même du savant, du chercheur, du scientifique qui sait jusqu'où il ne sait pas. C'est ce qui fait aussi que les situations de précaution nous préservent des dangers de l'erreur qui consiste à prendre pour certain ce qui n'est que probable ou possible. Le deuxième motif tient à ce que nous savons que nous ne saurons pas. C'est l'exigence d'anticipation, de prévision, qui nous oblige à toujours aller au-delà de ce que nous savons, de ce que nous saurons. Par précaution, nous décidons d'avoir à nous décider en fonction de ce que nous ne savons pas de science certaine. Nous nous en faisons une obligation. Il y a un troisième motif, enfin : nous ne savons pas ce que nous ne savons pas. Nous avons conscience que, demain, les connaissances ne seront pas celles dont nous disposons aujourd'hui, que ce qui apparaît vrai aujourd'hui ne le sera plus demain. Par précaution, nous nous obligeons à prendre en compte actuellement les changements à venir dans la connaissance. Nous jugeant à partir de l'avenir du savoir, nous savons que nos certitudes d'aujourd'hui ne sont sans doute que probables. La question n'est pas seulement théorique : l'hypothèse du progrès, des transformations des connaissances est constamment visée par les conventions de précaution. Nous devons donc nous défier de ce que nous savons déjà. Les paradigmes de la connaissance évoluent. Demain, on ne formulera plus les problèmes comme aujourd'hui : on « verra » les choses autrement ; elles se

présenteront différemment. Nous ne devons donc pas nous lier à la manière dont les scientifiques posent les questions aujourd'hui. Elle n'est pas sans préjugés, sans imposer des visions du monde arbitraires, précaires et révisables².

■ Le juste et le vrai

La morale de la précaution nous replace ainsi dans cette vieille tradition philosophique qui nous enseigne que les règles de la conduite des hommes obéissent à un ordre propre qui n'est pas celui des sciences de la nature. L'incertitude, l'imperfection des connaissances deviennent la source même de la décision. Non pas qu'il s'agisse de favoriser on ne sait quel obscurantisme, ou de se complaire dans une sorte de romantisme de l'incertitude, non pas qu'il ne faille incessamment rechercher le vrai ou son approximation ; c'est seulement reconnaître que la décision humaine relève d'un certain type de jugements. Le principe de précaution ne requiert, en lui-même, aucune défiance contre la science. Il rappelle seulement qu'il convient de distinguer entre ce qui ressortit à l'ordre de la connaissance et ce qui relève de celui de la conduite. Autrement dit, prenant en compte cette vieille sagesse, il dénonce l'erreur qui consiste à faire des jugements de connaissance des jugements moraux ou, ce qui revient au même, à affirmer qu'il faudrait être savant, prix Nobel ou membre d'Académie pour pouvoir bien se conduire.

Mieux, le principe de précaution est une morale ; il n'autorise personne à prendre prétexte de la limitation nécessaire des connaissances pour affirmer que tout serait permis ; ou que seuls les sentiments de peur, de crainte devraient dominer ; que, dans l'obscurité de la caverne, l'irrationnel prévaut. Tout au contraire, l'exigence de précaution se fonde sur l'idée que, dans son ordre, une connaissance claire et distincte est possible, qu'il y a une science véritable de la conduite, même si elle n'a pas son modèle dans les mathématiques, et demande de la rechercher. Relisons Descartes : « Et même qu'encore que nous ne remarquions point davantage de probabilité [à certaines opinions

plutôt qu'à d'autres] nous devons néanmoins nous déterminer à quelques-unes, et les considérer après, non plus comme douteuses en tant qu'elles se rapportent à la pratique, mais comme très vraies et très certaines, à cause que la raison qui nous y a fait déterminer se trouve telle. » Ce n'est pas flatter l'ignorance, mais reconnaître que les idées claires et distinctes qui peuvent faire des jugements moraux des jugements sûrs relèvent d'un discernement qui s'appuie sur des formes particulières de connaissance. Nous sommes alors à la recherche du meilleur possible, du convenable, de l'approprié, du juste, au sens de ce qui est ajusté. Mais d'une manière telle que, dès lors que la décision a été prise, nous devons être sans regrets³. Le principe de précaution n'implique aucune défiance vis-à-vis de la connaissance scientifique, il en discerne simplement les limites. Son exigence est seulement que nous parvenions à formuler dans le contexte présent les règles d'une méthode qui nous permette de « marcher avec assurance en cette vie ».

■ Les situations de précaution

La nouveauté, si nouveauté il y a, tient aux situations où cette structure épistémologique se trouve mise en œuvre. Elle est celle de relations entre acteurs solidaires et inégaux. Le principe de précaution, en effet, fait le lien entre un grand nombre de décideurs (il les multiplie). Il ne concerne pas un décideur abstrait (qui pourrait être l'État ou un industriel), mais *des* décideurs en relation : il y a bien sûr ceux dont l'action engendre les risques – chercheurs, agriculteurs, industriels, État dans ses choix énergétiques, par exemple –, mais aussi le citoyen – dont on aime à rappeler que la conduite la plus quotidienne n'est pas sans effets sur le sort des « générations futures » ; il y a encore ceux dont le rôle est de réguler l'action des premiers au nom de la sécurité, de la salubrité, de la tranquillité, du bien-être – il s'agit, en principe, des pouvoirs publics ; il y a enfin ceux qui sont susceptibles d'être affectés par les risques engendrés par les premiers, leurs victimes potentielles d'aujourd'hui et de demain – hommes, bêtes et choses.

Ces différents acteurs ne sont pas liés à une place : l'industriel de la chimie est une victime potentielle des OGM ; un administrateur du ministère de l'Industrie peut penser que son rôle est d'abord de soutenir l'industrie nationale. Le citoyen agit rarement dans l'idée qu'il pourrait être victime de sa propre impéritie. Pourtant, on doit bien distinguer trois pôles dont les relations caractérisent les situations de précaution : entre la position du producteur de risque et sa victime potentielle, il y a une asymétrie fondamentale : d'information mais aussi souvent de pouvoir ; le régulateur dispose, quant à lui, d'un pouvoir de contrainte, juridiquement organisé, sur le premier au nom de la protection du dernier. Chacun d'entre eux a des ambitions, des intérêts, des prétentions propres, protégés par de grands principes juridiques : propriété, liberté du commerce et de l'industrie, d'un côté ; intérêt général, bien-être collectif, d'un autre ; droit au respect, à la dignité, à l'intégrité, enfin.

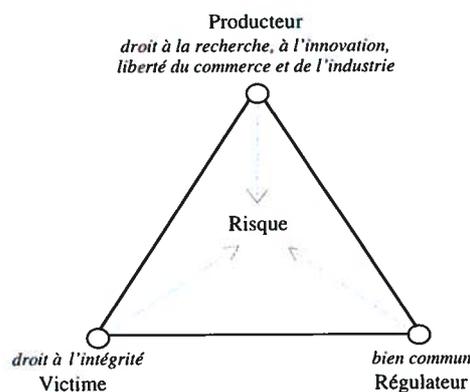
La question est de savoir comment départager ces intérêts s'ils doivent entrer en conflit (ce que suppose le recours au principe de précaution), alors que l'instrument auquel on a l'habitude de se référer fait défaut : l'évidence de la vérité, une connaissance objective, incontestable, susceptible d'être partagée. On envisage habituellement le principe de précaution dans le rapport abstrait d'un décideur à lui-même et aux conséquences de sa décision, selon le modèle des jugements de responsabilité. Le principe de précaution n'est pas si individualiste : il décrit des situations où des acteurs en conflit sont rendus solidaires par un savoir imparfait. La question étant alors de déterminer comment ces relations de savoir vont se transformer en relations de pouvoir.

En d'autres mots, les problèmes de précaution relèvent moins, dans un premier temps, des compétences de l'ingénieur, attaché à prévenir tel ou tel type de risque, que du logicien, de l'épistémologue ou du juriste : il s'agit de savoir comment arbitrer des conflits de connaissance quand celle-ci se donne à elle-même comme incertaine, imparfaite, faible, insuffisante, déficiente, c'est-à-dire qu'aucune des parties ne possède en principe d'ar-

gument décisif pour convaincre les autres, emporter leur adhésion, mettre fin à la controverse. Les techniques de précaution sont d'abord destinées à arbitrer entre les prétentions d'acteurs solidaires dans une hypothèse où aucun d'entre eux ne peut faire valoir une preuve irréfutable à son appui – des faits attestés, une expérience incontestable, un témoignage indubitable – alors même qu'on ne peut pas attendre, qu'il faut décider. Situation qui, précisément, a pour caractéristique de doper les prétentions de chacun : elles ne trouvent plus de limites dans la raison.

La première idée est d'aller chercher des arbitres, des tiers, des médiateurs : les experts. On va leur demander de nous donner des arguments à l'appui des différentes prétentions. Mais l'expertise elle-même est controversée. Les experts, qui ont par principe à s'exprimer au-delà de ce qu'ils savent, ne s'entendent pas. L'expert a des opinions, plus ou moins probables. À tout expert est susceptible de s'opposer un égal expert puisqu'il n'y a pas de vérité. L'hypothèse de précaution met en crise l'expertise dans le mouvement même où elle y a recours. Il est vrai que l'idée ne manque pas d'être saugrenue d'aller chercher le savant quand on sait précisément que sa science n'existe pas. Comme si l'opinion du savant

pouvait tenir lieu de science. Il faut donc convenir que l'arbitre ne peut être exactement cherché du côté du savoir. Quand celui-ci fait défaut, on dispose de l'argument d'autorité. C'est l'arbitraire qui sied au souverain, et qui n'est pas sans reprendre de nouvelles couleurs dans le cadre des politiques de précaution. C'est dangereux, peu démocratique, et cela ne protège ni contre l'irrationalité ni contre les risques. Il y a aussi le rapport de forces, le mouvement d'opinion, l'émotion médiatique, aujourd'hui tout-puissants. En principe, on craint plutôt leur manifestation. Restent les valeurs. Lorsqu'on dispose d'une connaissance suffisante pour trancher les conflits, on n'a guère besoin de les solliciter. Elles sont sous-entendues, ou plutôt ce qu'on sous-entend, c'est de se rapporter à cette vérité-là. Les situations de précaution vont contraindre à expliciter les valeurs qui sous-tendent le poids que nous donnons à nos argumentations, à les pondérer, à s'interroger sur leur valeur. Ce devrait être le rôle des nombreuses enceintes délibératives qui prolifèrent sous l'égide du principe de précaution. Les régimes de valeurs en cause pouvant entrer en conflit, on cherchera dans la formalisation économique un mode d'objectivation qui fera prétendre être un succédané de la connaissance vraie manquante.



Le triangle de la précaution

Il y a, enfin, une dernière manière de trancher ces conflits de connaissance : le droit, l'ordre juridique et judiciaire. N'est-ce pas la fonction du droit que de trancher dans de tels conflits, les droits n'étant guère contestés ni contestables lorsqu'il n'y a pas de conflits d'interprétation ? N'est-

ce pas l'objet même du droit que de déterminer les conditions d'un jugement juste quand les conditions d'un jugement vrai font défaut ? En appeler à la formation d'un droit de la précaution ne signifie pas encourager les procès. Au contraire. Il convient, ici comme ailleurs, de distinguer le juridique du

judiciaire. Une bonne juridicisation des pratiques et des techniques de précaution sera le meilleur rempart à la fois contre le recours aux juges et contre l'arbitraire de leurs jugements. Précisément, le principe de précaution s'annonce comme une grande invitation à juridiciser les rapports des hommes entre eux et à la nature dès lors qu'ils sont médiés par la connaissance. Se fait toujours sentir le besoin d'un droit de la précaution, qui doit moins prendre comme objectif de consacrer ce qui serait la bonne formule du principe que de codifier, de procéduraliser ses techniques⁴. Ce droit doit sans doute avoir aussi sa composante judiciaire. Et les jugements de précaution requièrent que l'on réfléchisse à la fois sur les procédures, en particulier pour ce qui concerne l'exercice des preuves, et, au fond, sur la manière de les évaluer.

■ Un principe de solidarité

Les techniques de précaution vont être ainsi des techniques de l'argumentation et de la recevabilité des argumentations dans le nouveau contexte. Elles vont porter sur la nature des arguments nécessaires pour faire valoir telle ou telle prétention. On comprend qu'elles vont mobiliser toutes les formes de connaissance dans leurs imperfections même ; elles vont avoir à se prononcer sur les régimes de preuves suffisantes pour avancer telle ou telle prétention. Elles vont contribuer à toute une formalisation de l'usage des savoirs faibles et imparfaits dans le débat public. Avec ceci que ce règne de l'opinion, de la vraisemblance donne en principe la parole à de très nombreux partenaires que l'on ne pourra plus disqualifier au nom de leur ignorance. L'organisation de ces débats devrait nous faire passer d'une technocratie à une démocratie du risque. On envisage habituellement le principe de précaution dans le seul rapport d'une volonté et de ses conséquences, d'une entreprise et de ses effets indésirables, sous l'angle donc des relations de causalité. Le principe de précaution est sans doute beaucoup plus un principe de relation entre les hommes, des hommes concrets, insérés au sein d'organisations – communautés nationales,

régionales, internationales, « citoyens de la Terre » –, inégaux, dépendants les uns des autres, le lien qui les relie n'étant pas tant leur volonté, selon le modèle du contrat, que la conscience d'avoir à partager une connaissance imparfaite : le risque. Le principe de précaution ne concerne pas un décideur abstrait, mais des décideurs, solidaires dans les faits, et condamnés à agir les uns sur les autres (c'est la conséquence du caractère limité des pouvoirs de la nature). La précaution est une relation, un principe d'organisation collective.

Aussi n'y a-t-il guère de sens à vouloir opposer principe de précaution, action et abstention. Ce qui est action d'un côté risque bien d'être abstention d'un autre. Ce que l'un prend l'autre le perd. Le principe de précaution est un principe d'action administrative, qu'il renouvelle et étend dans des hypothèses où, jusqu'à présent, elle semblait devoir s'abstenir. Les conséquences de cette action vont être pour une part des restrictions, des interdictions d'un autre côté. Mieux, les conséquences sont le plus souvent doubles : les mesures de précaution s'affirment en même temps comme des incitations – à la connaissance, en particulier – et, au moins, comme une complication de l'action, qui, prenant en compte l'imperfection de la connaissance, doit y trouver le motif de scrupules, d'une perplexité particulière. De cela même il découle que le principe de précaution est indissociable de ce que de nombreux systèmes juridiques reconnaissent comme un de leurs principes fondamentaux, le principe de proportionnalité. Il ne fonctionne pas selon une logique du tiers exclu, l'opposition juridique du permis et du défendu, de l'autorisé et de l'interdit. Il ne s'agit pratiquement jamais de donner tort à l'un, raison à l'autre. Tout est affaire de dosage, de distinction, d'équilibre. Il s'agit de rechercher la meilleure solution, la solution convenable, adaptée, « appropriée », pour reprendre le vocabulaire de Descartes. Il y a toute une casuistique de la précaution⁵.

Mais il est vrai que, dans la recherche des solutions justes, dans la pondération des arguments, le principe de précaution donne un avantage *a priori* aux savoirs faibles, un peu comme dans une course

à handicap. « L'exigence de précaution, disait récemment le procureur général Burgelin, conduit à faire donner des effets juridiques à des connaissances non validées, voire à de simples intuitions scientifiques⁶ ». Certains textes prévoient expressément qu'il convient d'adopter des mesures d'autant plus rigoureuses que la connaissance est incertaine. D'autres disent encore que l'ignorance, l'incertitude doit profiter à l'intérêt que l'on cherche à protéger (environnement, santé). Le principe de précaution introduit une inégalité dans la pondération des arguments qui ne respecte pas la hiérarchie des savoirs. Proportionnellement, plus la connaissance est faible – la simple « alerte » –, plus on lui donnera d'importance. C'est ce qui peut rendre les logiques de précaution si troublantes : elles bouleversent la hiérarchisation habituelle des argumentations. Celui qui croit savoir, l'expert, ne sera pas nécessairement celui à qui, au bout du compte, on donnera « raison ». Les assurances sociales compensent l'asymétrie face au risque par des mesures monétaires : des pratiques d'indemnisation. Dans l'hypothèse de précaution, il s'agit plutôt de compenser des asymétries d'information, d'organiser de nouvelles pondérations des arguments, de nouvelles valorisations des savoirs, de balancer leur inégalité.

Une dernière caractéristique des situations de précaution tient à ce qu'on cherche à trancher les conflits *a priori* et non *a posteriori*. Les politiques traditionnelles de responsabilité reviennent à les trancher sur la base de l'expérience : priorité à la liberté tant qu'il n'y a pas de dommage, et s'il y a un dommage on en imputera la charge à qui elle revient selon les règles du droit. Le coin du dommage atteste la qualité des prétentions. Dans l'hypothèse de précaution, on veut trancher le conflit *a priori*, avant tout dommage, pour des dommages que l'on ne fait que redouter. L'hypothèse de précaution se justifie, et ne se justifie que, si on ne veut pas recourir à ces formes de jugement *a posteriori* que sont les mécanismes de responsabilité. C'est ce qui rend la nature des preuves et des argumentations très particulière. On ne peut pas solliciter les rapports de causalité traditionnels qui remontent du fait du dommage à sa

cause. On se trouve dans l'ordre de probabilités subjectives. La question est de savoir quel poids il convient de donner à un énoncé qui n'est jamais une description d'un état du monde, mais une présomption de ce qu'il sera. Le principe de précaution conduit ainsi à la généralisation de cet ordre discursif que les Anglo-Saxons nomment le « performatif » : le risque que l'on prend en compte, et qui déterminera les conduites, est moins la description d'un risque « réel » – si cela existe – que l'ombre portée d'un régime d'énonciation. On concevait plutôt comme un progrès le passage de contrôles *a priori* (police administrative) à des contrôles *a posteriori* (responsabilité). D'une certaine manière, l'hypothèse de précaution conduit à revenir en arrière. Mais, outre les problèmes que cela peut poser en matière de libertés publiques, cela condamne à avoir à résoudre des conflits sans la touche de l'expérience.

Notes

1. « Les actions de la vie ne souffrant souvent aucun délai, c'est une vérité très certaine que, lorsqu'il n'est pas en notre pouvoir de discerner les plus vraies opinions, nous devons suivre les plus probables », R. Descartes, Discours de la méthode, III^e partie, Pléiade, p. 142. Adde Martial Guéroult, Descartes selon l'ordre des raisons, t. II, Paris, p. 240 sq. Cf. aussi Leibniz : « L'homme se trouverait indéterminé dans la plupart des actions de sa vie s'il n'avait rien à se conduire dès qu'une connaissance certaine lui manque. Il faut souvent se contenter d'un crépuscule de probabilité », Nouveaux Essais sur l'entendement humain, Livre IV, chap. XIV : « Du jugement ».

2. Cf. B. Wynne, « Controverses, indéterminations et contrôle social de la technologie. Leçons du nucléaire et de quelques autres cas au Royaume-Uni », O. Godard, Le Principe de précaution, Paris, 1997.

3. Descartes toujours : « Et ceci fut capable dès lors de me délivrer de tous les repentirs et les remords qui ont coutume d'agiter les consciences de ces esprits faibles et chancelants, qui se laissent aller inconstamment à pratiquer comme bonnes les choses qu'ils jugent après être mauvaises ».

4. C'est le thème des analyses que mènent, depuis le début des années 90, Marie-Angèle Hermitte et Christine Noiville. Cf. M.-A. Hermitte, Le Sang et le droit, Paris, 1996 ; C. Noiville, Ressources génétiques et droit, Paris, 1997 ; ainsi que leurs nombreux articles.

5. Les Anglo-Saxons parlent de contextual obligations.

6. Cf. « Malheur et justice », Entretiens de l'assurance, décembre 2000.

4.

Croniques

Droit

Georges Durry

*Une limite à la faculté d'assurance des entreprises :
l'exclusion des dommages subis par le produit livré*

Économie

Jean-Luc Besson

L'assurance des entreprises : un marché d'intérêt stratégique

Social

Rose-Marie Van Lerberghe

Fusion-acquisition : comment éviter de perdre les meilleurs ?

Une limite à la faculté d'assurance des entreprises : l'exclusion des dommages subis par le produit livré

Georges Durry

Président honoraire de l'université Panthéon-Assas (Paris-II)

Ainsi que le rappellent nombre de contributions à ce numéro de la revue, petit ou grand, fabricant de pièces uniques complexes ou d'objets de série des plus simples, tout industriel un tant soit peu soucieux du lendemain est attentif aux risques qui menacent son entreprise. Parmi ceux-ci, les diverses responsabilités qui le guettent et les obligations de réparation ne sont certainement pas les moindres. Pour se protéger contre cette charge, l'assurance de responsabilité est l'arme toute trouvée. Pendant longtemps, c'est presque exclusivement contre les risques pouvant se manifester au cours du processus de fabrication – on songe notamment à des explosions de machines ou à des accidents de chantier – que furent souscrites des assurances aux dénominations diverses, dont l'une l'a emporté en pratique : l'assurance RC exploitation. Puis on s'aperçut que la sortie d'usine du produit fini et sa livraison étaient bien loin de marquer le terme à partir duquel le fabricant devenait à l'abri de toute responsabilité. Responsable contractuellement envers l'acheteur et les éventuels sous-acquéreurs successifs, pour manquement à ses obli-

gations de fabricant et/ou de vendeur, notamment lorsque le produit n'était pas conforme à la commande ou se révélait affecté de quelque vice, le fabricant l'était également envers les tiers auxquels son produit pouvait causer un dommage, spécialement corporel. Les tribunaux avaient à leur disposition toute une série d'armes techniques pour aboutir à la condamnation du fabricant, et les ont effectivement utilisées. En outre, depuis peu, le Code civil s'est enrichi de nombreuses dispositions (art. 1386-1 à 1386-18), transposition lente à venir d'une directive européenne de 1985, qui ont instauré une responsabilité quasi automatique – tant sont rares les causes d'exonération et tant il est malaisé de prouver leur existence – des fabricants de produits défectueux, c'est-à-dire qui n'ont pas offert « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre » (art. 1386-4). Des dommages, qu'ils soient d'ordre corporel ou d'ordre matériel, provoqués par le produit, le fabricant doit répondre, à l'exception – remarquable, on y reviendra – des dommages subis par le produit défectueux lui-même.

Contre cette responsabilité après réception, protéiforme et de plus en plus lourde, il a donc été indispensable que songent à s'assurer les fabricants. Et à la classique RC exploitation est venu s'ajouter un second contrat, dit, celui-là, RC produits.

Mais il faut savoir que ce dernier contrat, le seul dont il sera question dans la suite de la présente chronique, est bien loin de couvrir tous les dommages, survenus après livraison, dont la réparation incombera au fabricant. De toute éternité en effet, les assureurs ont estimé que ce qu'ils dénommaient le « risque d'entreprise » devait en toute hypothèse rester à la charge de l'entrepreneur. Cette idée essentielle perdue, et c'est ainsi que, dans le dernier ouvrage paru sur toutes ces questions, celui de M. Francis Chaumet (*Les Assurances de responsabilité de l'entreprise*, L'Argus-Dalloz, 2001), on peut lire (p. 26) que, « si l'assureur entend bien garantir les conséquences de la responsabilité civile encourue par l'assuré à l'égard de son contractant, il n'entend pas se substituer à l'assuré pour lui per-

mettre de tenir ses engagements, ni lui procurer les moyens de remplir son contrat. Il s'agit là de ce qu'il est convenu d'appeler "le risque d'entreprise" ». Et le même auteur de préciser un peu plus loin sa pensée en écrivant que ce serait mélanger les genres que de « confondre l'assureur de responsabilité civile avec l'entrepreneur qui doit assumer sur ce point les risques de son action, dont il retire le profit légitime et auquel l'assureur n'a pas à être associé ». Tout cela, que l'on pourrait croire souci de praticien, est entièrement confirmé par la doctrine (on en trouvera un exemple chez Yvonne Lambert-Faivre, *Risques et assurances des entreprises*, Dalloz, 3^e éd., n° 1047).

Encore faut-il donner à ce qui semble donc une évidence sa traduction juridique. Car il importe tout de même de s'entendre. Ce n'est pas la nature des choses qui permet de distinguer, en RC produits, ce qui est assurable et ce qui ne l'est pas. Dit autrement, le risque d'entreprise, tel qu'il vient d'être schématiquement décrit, n'est pas inassurable au sens technique du terme, ainsi que l'est par exemple la faute intentionnelle. Exactement comme on le constate pour les risques catastrophiques, souvent qualifiés eux aussi d'inassurables et que parfois les assureurs se résignent à assurer (telle la tempête), le risque d'entreprise pourrait être pris en charge si les assureurs l'acceptaient et... si les entrepreneurs concernés étaient prêts à en payer le prix, qui ne manquerait pas d'être fort élevé. Un défaut de performance d'un

produit est un événement parfaitement aléatoire et pourrait donc faire l'objet d'une assurance. Ne constate-t-on¹ d'ailleurs pas à l'époque récente le développement, même s'il est encore faible en France, de l'assurance « retrait de produits » ? Le fait que cette garantie prenne la forme d'une assurance de choses plutôt que de responsabilité n'empêche pas qu'elle permet aux fabricants qui la souscrivent de faire couvrir par l'assureur une charge – les frais de l'obligation où l'on est de retirer un produit du marché soit pour le détruire, soit pour le réparer si la chose est possible – qui entre très clairement dans la définition habituelle du risque d'entreprise.

C'est donc, en définitive, au contrat d'assurance qu'il appartient de délimiter précisément ce que l'assureur de la responsabilité après livraison d'un fabricant accepte ou non de garantir et ce que, concrètement, représente le risque d'entreprise qu'il entend laisser à la charge de l'assuré. Pour parvenir à un tel résultat, l'outil technique est bien connu : il s'agit de l'exclusion de garantie. Et c'est ainsi que, selon des formulations diverses si l'inspiration en est identique, les polices RC produits excluent pratiquement toujours de la garantie :

– les dommages que le produit livré peut subir (et c'est ici que l'on retrouve l'article 1384-4 nouveau du Code civil, cité plus haut), opposés aux dommages qu'il peut causer, en principe garantis ;

– les dommages provenant de l'inexécution de l'obligation de délivrance que le Code civil (art. 1604

et s.) fait peser sur le vendeur, et notamment la livraison d'un produit autre que celui qui a été commandé, non plus que les dommages provoqués par un retard de livraison ;

– les conséquences du défaut de performance du produit ;

– le remboursement du prix du produit, lorsque l'acheteur peut intenter avec succès l'action traditionnellement dite rédhibitoire (art. 1644 C. civ.).

Seulement, dès que l'on parle d'exclusion de garantie, on entre dans un domaine sensible. Chacun sait en effet que la Cour de cassation manifeste à l'encontre des clauses d'exclusion beaucoup de suspicion. Encouragée par le législateur, qui exige que les exclusions, pour être valables, soient « formelles et limitées », la jurisprudence y voit une source de pièges possibles pour les assurés et cherche à les en protéger. À partir des années 80, elle a fréquemment annulé des exclusions qui, selon une formule que l'on trouve dans plusieurs décisions, ont pour résultat de priver de contenu réel la garantie accordée par l'assureur. En son principe, cette attitude n'a rien de choquant. Encore faut-il veiller à ne pas aller trop loin. Et l'assurance RC produits fournit un exemple éclairant des excès auxquels peut conduire ce contrôle de la validité des clauses d'exclusion. Au plus fort de la chasse qu'elle faisait aux clauses d'exclusion, la Cour de cassation rencontra à deux reprises, en 1990², l'assurance RC produits et l'exclusion, ici, des frais de remplacement, là, des dommages subis par le produit. Et elle rejeta le pourvoi

des assureurs, qui invoquaient la dénaturation par les arrêts attaqués d'une clause répondant, en la forme et au fond, aux exigences légales, en approuvant les cours d'appel d'avoir jugé que les exclusions incriminées annulaient, de fait, la garantie de principe par ailleurs accordée. Certes, il ne s'agissait que d'arrêts de rejet, comportant d'abondantes citations des arrêts d'appel, signe auquel on reconnaît d'habitude les arrêts d'espèce, sans portée doctrinale donc. Mais il ne fallait pas s'y méprendre : ces arrêts étaient la condamnation des clauses d'exclusion visant à traduire le refus des assureurs de garantir le risque d'entreprise.

Cette fois cependant, les critiques doctrinales, dont la plus forte consistait à faire observer qu'il était faux de considérer que ces exclusions vidaient la garantie de tout contenu alors que restaient couverts notamment tous les dommages, corporels comme matériels, que pouvait provoquer le produit furent rapidement entendues. En effet, le 6 janvier 1993³, la première chambre civile de la Cour de cassation censurait, précisément pour dénaturation, une décision selon laquelle l'exclusion des frais de remplacement, de remise en état ou du remboursement des produits livrés, en l'espèce des radiateurs, aurait privé d'effet un contrat dont l'objet principal était de garantir les conséquences de la responsabilité civile, quelle qu'en soit la nature, pouvant incomber à l'assuré du fait des produits livrés. Et depuis, ce retour à la raison a été confirmé par de nom-

breux autres arrêts⁴. Ce n'est pas parce qu'une assurance RC produits contient une exclusion des dommages au produit lui-même et/ou une exclusion du remboursement du prix de vente qu'elle perd pour autant son objet essentiel : la couverture des dommages que le produit livré peut éventuellement provoquer.

Mais pourquoi, pensera-t-on peut-être, revenir aujourd'hui sur ce qui n'est après tout qu'un épisode, et qui a pris fin depuis bientôt dix ans ? Deux raisons justifient ce rappel. D'abord, cela nous a permis de revenir sur le problème général de la non-garantie traditionnelle du « risque d'entreprise » par l'assureur RC produits, et de montrer à cette occasion combien la notion même de risque d'entreprise a besoin d'être précisée. Ensuite, même si la question de principe est tranchée depuis dix ans, dans le sens de la pleine validité de l'exclusion, il n'en reste pas moins que son application continue à soulever régulièrement des difficultés. On en donnera pour exemple deux espèces, tranchées, récemment cette fois, par la Cour de cassation. Dans l'une et l'autre, cette dernière est bien loin de consacrer la position qu'auraient souhaitée les assureurs.

Le premier arrêt date du 7 novembre 2000⁵. Le contrat d'un fabricant de béton couvrait les dommages provoqués par le produit mais excluait les dommages qu'il subissait. Or du béton défectueux avait servi à couler une dalle qu'il fut nécessaire de détruire avant de la recouler. L'assureur avait été condam-

né à prendre en charge les condamnations prononcées contre le fabricant au bénéfice du maître de l'ouvrage. Or l'assureur se pourvut en cassation, en prétendant que sa propre condamnation faisait fi de l'exclusion des dommages subis par le produit livré. C'était évidemment confondre le produit, le béton, et l'ouvrage qu'il avait servi à édifier. En ce qui concerne ce dernier, il y avait bien dommage provoqué par le produit défectueux et donc garantie due par l'assureur. C'est ce que n'a pas manqué de relever la Cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi au motif, d'une part, que le vice des matériaux avait provoqué des dommages à l'ouvrage et, d'autre part, qu'« il n'était pas allégué que la somme mise à la charge de l'assureur incluait le coût du béton nécessaire pour reconstruire la dalle, *seul coût que la clause avait pour effet d'exclure de la garantie de l'assureur* ». Si nous avons tenu à souligner ce dernier membre de phrase, c'est qu'il nous paraît illustrer la portée, précise et limitée, de l'exclusion par les contrats RC produits des dommages au produit livré et qu'il est précieux de savoir que la Cour de cassation, si elle admet la validité de l'exclusion, n'est pas disposée à lui donner une portée exagérée.

Et c'est bien ce que confirme, de manière plus spectaculaire encore, le second arrêt⁶, rendu le 17 février 2000. Une cour d'appel avait écarté une exclusion rédigée en des termes apparemment assez analogues à celles dont, depuis 1993, elle admet de nouveau la validité. La cassation semblait dès lors

inéluçtable. C'est pourtant un arrêt de rejet qui a été rendu. La Cour de cassation a pensé pouvoir « sauver » l'arrêt attaqué, en relevant que la clause d'exclusion visait non seulement « les frais engagés pour réparer ou remplacer... les produits ou remédier à un travail ou une prestation mal exécutée » – c'est l'expression classique du refus d'assurer le risque d'entreprise – mais encore « les préjudices résultant de l'inexécution des obligations de faire et de délivrance ». Dès lors, la cour d'appel est approuvée d'avoir annulé l'exclusion, en raison de son caractère général.

On peut certes n'être pas convaincu⁷. Mais ce qui importe, c'est de relever qu'un tel arrêt montre que la Cour de cassation reste, même aujourd'hui, très suspicieuse envers ce genre d'exclusions, que les assureurs auraient tout intérêt à rédiger avec le plus grand soin et à ne pas chercher à étendre démesurément.

Notes

1. Cf. l'article de M. Farshian, « *L'Argus de l'assurance* », 11 mai 2001, p. 20, qui écrit que « la plupart des contrats de RC produits

comportent en inclusion une garantie frais de retrait ».

2. *1re Civ.* 21 mai et 3 juil. 1990, *Resp. civ. et ass.*, 1990, comm. 353 avec la chronique, n° 20, de M. Groutel, au titre évocateur : « L'assurance "responsabilité civile produits en péril" » ; cf. également, à propos du premier de ces deux arrêts, les observations critiques de M. Bout, *RGAT*, 1990, 826.

3. *Resp. civ. et ass.* 1993, comm. 104, et la chronique, n° 9, de M. Groutel.

4. On trouvera de nombreuses références in *Lamy assurances*, 2001, n° 2109, a.

5. *Rev. dr. imm.* 2001, 38.

6. *Resp. civ. et ass.* 2001, n° 166 (3^e esp.) et les observations de M. Groutel.

7. En ce sens, M. Groutel, *obs. préc.*, dont nous partageons totalement l'opinion critique.

L'assurance des entreprises : un marché d'intérêt stratégique

Jean-Luc Besson

Directeur des études et des statistiques, FFSA

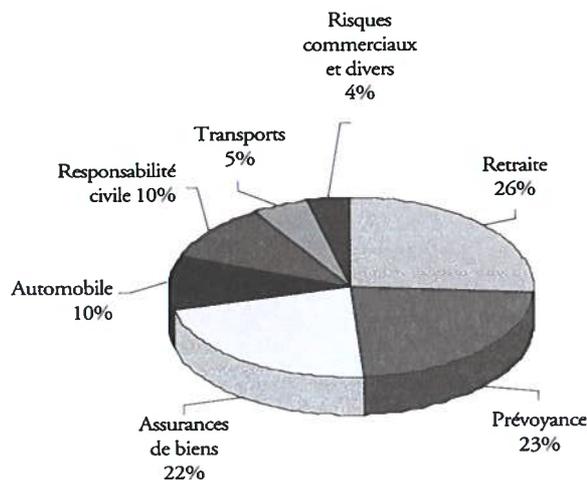
La couverture d'assurance des 2,4 millions d'entreprises que compte notre pays constitue un enjeu stratégique pour les principaux acteurs du marché de l'assurance, dans la mesure où, d'une part, les intérêts économiques en cause sont d'ores et déjà importants et où, d'autre part, les perspectives de développement sont réelles, les besoins d'assurances et de services à valeur ajoutée étant

très loin d'être saturés, tout particulièrement dans le cas des petites et moyennes entreprises.

Globalement, c'est-à-dire toutes catégories d'assurances confondues, le marché des risques d'entreprises (y compris les artisans et les professionnels libéraux) représente, pour l'année 2000, et pour ce qui concerne les affaires directes (hors acceptations en réassurance), un chiffre

d'affaires d'environ 31 milliards d'euros (203 milliards de francs), qui se décompose en 13 milliards pour les assurances de biens et de responsabilité (automobile d'entreprises, incendie, transport, responsabilité civile...) et 18 milliards pour les assurances de personnes (retraite, prévoyance), en incluant dans ce dernier montant le chiffre d'affaires des institutions de prévoyance, qui en constitue environ un tiers.

Répartition du chiffre d'affaires 2000 des sociétés d'assurances^(*)
en risques d'entreprises selon les principales catégories d'assurances (en %)



^(*)Hors institutions de prévoyance.

Ce marché est extrêmement hétérogène à de très nombreux points de vue. En effet, outre les problématiques par nature distinctes entre

les assurances de personnes et les assurances de biens et de responsabilité, la demande d'assurance est très diversifiée du fait que les entreprises

présentent des caractéristiques très différentes par :

– leur taille, depuis l'entreprise artisanale jusqu'au groupe multinational ;

– leurs besoins selon la nature des entreprises et leurs secteurs d'activité (industries diverses, services, etc.) ;

– leur demande de couverture d'assurance, de produits multirisques très intégrés et classiques à des attentes beaucoup plus spécifiques. De ce fait, il s'agit d'un marché très exigeant, qui nécessite une grande diversité de compétences et de savoir-faire. La concurrence y est très vive. L'émulation va bien au-delà des assureurs et concerne au premier chef les courtiers et les réassureurs, dont l'influence est considérable. Pour les grands risques, il ne faut pas négliger l'incidence sur la concurrence de l'utilisation de solutions alternatives (ART ou *alternative risk transfer*) et le plus ou moins grand développement de l'autoassurance.

Si, dans le domaine des grands risques internationaux, on a plutôt constaté au cours des années récentes une tendance au retrait de grands groupes d'assurances, par contre, dans le domaine des entreprises moyennes et petites, on commence à percevoir l'intérêt manifesté par beaucoup d'acteurs jusque-là plus attentifs au marché des particuliers.

Alors que le marché des assurances de personnes connaît ces dernières années une croissance relativement régulière, forte en ce qui concerne la retraite d'entreprise et de professionnels, plus modérée en matière de prévoyance, dans le même temps, les assurances de biens et de responsabilité ont suivi une évolu-

tion beaucoup plus marquée par les effets de cycles¹.

Ainsi, au cours de la période 1997-1999, le chiffre d'affaires des assurances de biens et de responsabilité des entreprises a progressé de manière extrêmement lente, ce mouvement d'ensemble résultant de situations assez contrastées, d'une croissance faible en assurance de responsabilité civile et en assurance des flottes automobiles à un recul en assurances de dommages aux biens. On peut même retenir que, dans le cas des risques incendie industriels et commerciaux, le retrait du chiffre d'affaires pour la période a été de près 15 %.

On peut trouver une première explication de ce phénomène dans la baisse continue et ample des prix des couvertures de réassurance. En effet, les fortes hausses de tarifs, facilitées par la réduction des capacités, qui avaient suivi le cyclone Andrews ont été gommées année après année, tout spécialement pour ce qui concerne la couverture des événements climatiques par les réassureurs.

On peut ensuite mentionner le niveau élevé des revenus financiers au cours de cette période, qui a permis de compenser les insuffisances de tarifs pratiqués. On peut citer enfin l'absence de sinistres d'ampleur spectaculaire.

Le développement des assurances de personnes des entreprises et les perspectives offertes par ce marché à moyen terme ont incité certains

des assureurs spécialisés en risques d'entreprises à rester sur le marché non-vie, malgré des conditions de rentabilité plus incertaines.

Les tempêtes Lothar et Martin de décembre 1999 ont eu pour conséquence, du fait de leur coût exceptionnel pour les assureurs et les réassureurs (près de 4 milliards d'euros pour les risques d'entreprises et agricoles), une forte augmentation du prix de la réassurance liée à l'accroissement de la demande de couverture. Cela s'est traduit par un net durcissement des conditions tarifaires de l'assurance directe.

Ce renchérissement des prix, conjugué au développement de la matière assurable (effet volume) dû à la croissance de l'activité économique, a eu pour conséquence un retournement de la tendance au début du second semestre 2000. La croissance du chiffre d'affaires est devenue bien plus vigoureuse, et, pour l'année 2000 tout entière, elle est nettement supérieure à celle que l'on avait enregistrée les années précédentes (+ 3 % pour l'automobile d'entreprise, + 4 % pour les risques incendie industriels et commerciaux, + 4 % pour la responsabilité civile des entreprises...). On enregistre également une sensible augmentation de la sinistralité (hors effets des tempêtes de 1999), que l'on peut mettre en parallèle avec la croissance retrouvée de l'activité économique. Les réajustements tarifaires devraient se prolonger sur l'année 2001, ce qui aura pour effet d'amplifier le développement du chiffre d'affaires.

En résumé, l'assurance des risques d'entreprises constitue un marché d'intérêt stratégique du fait de son importance économique et financière, mais aussi, et peut-être surtout, par ses perspectives de développement à moyen et long terme, tout particulièrement pour ce qui concerne les petites et moyennes entreprises, encore insuffisamment équipées en termes d'as-

surance, que ce soit pour garantir les biens, les responsabilités, les retraites ou la prévoyance du personnel que pour les services ou la couverture contre les risques nouveaux.

Au-delà, l'assurance de l'entreprise ou du professionnel est également une voie d'accès à l'offre de nouvelles prestations. L'actualité nous donne l'occasion de le vérifier

dans le cas du développement de l'épargne salariale, avec la prochaine mise en place des plans partenariaux d'épargne salariale volontaire (PPESV). Tout concourt donc à une augmentation du degré de concurrence sur ce marché.

1. Voir *Risques*, n° 41.

Fusion-acquisition : comment éviter de perdre les meilleurs ?

Rose-Marie Van Lerberghe

Directeur général, Altedia ressources humaines

Tout le monde s'accorde à reconnaître que beaucoup d'opérations de fusion n'obtiennent pas les résultats escomptés. Généralement, cela tient à l'absence d'accompagnement humain adéquat, dont un aspect et un symptôme à la fois sont les départs non désirés, alors même que la question des compétences clés pour l'entreprise devient de plus en plus importante, notamment du fait des nouvelles tensions qui se créent sur le marché du travail.

Dans ce domaine, il y a à mon avis une règle d'or à respecter et des pièges à éviter, en termes de communication et en termes d'accompagnement social.

La règle d'or

D'abord la règle d'or : il faut dire le plus tôt possible aux managers et aux cadres supérieurs ce qui va se passer, c'est-à-dire à la fois la décision de fusion, les raisons et les enjeux de cette fusion et quel sera leur sort personnel dans la nouvelle entité.

Trop souvent, moitié parce qu'on n'a pas le temps de réfléchir et de décider – surtout en cas d'OPA hostiles –, moitié sous l'alibi des procédures juridiques, on ne le fait pas. Le pire est de ne pas le faire de façon

délibérée, sur le thème « Que le meilleur gagne ! ». Cette situation, qui n'est pas rare, est un contresens absolu, qui amène les cadres à tous les niveaux à se soucier davantage de leur sort personnel que de la marche des affaires, alors qu'en période de fusion il faut travailler deux fois : pour préparer et faire réussir la fusion, pour continuer à produire et à vendre. Lorsque, dans les entreprises, les cadres et les managers passent leur temps à faire jouer leurs réseaux et à se positionner parce qu'ils sont préoccupés par leur propre avenir, cela constitue déjà une source importante de contre-performance et de dysfonctionnement, mais, en plus, cela crée le risque de décourager les meilleurs, qui hésitent d'autant moins à partir que les chasseurs de têtes, très accoutumés à ce type de situation, sont à l'affût.

Les pièges à éviter en matière de communication

Le premier piège est de croire que les esprits sont préparés. Parfois, les rumeurs circulent depuis des mois, au point de laisser penser que l'annonce ne sera qu'une confirmation et donc quasiment un non-événement. C'est en particulier le cas lorsque la fusion se fait entre deux sociétés d'un même groupe. Or il

est très important de ne pas sous-estimer la charge émotionnelle de l'annonce officielle et la façon dont elle est faite par les dirigeants aux managers, aux cadres et au personnel. Trop souvent, la communication est « trop parfaite », trop uniquement rationnelle, et ne laisse place ni à l'expression du doute ni à celle de l'émotion.

Il me semble au contraire primordial de laisser des espaces à l'expression, aux questions, aux réactions, car tout ce qui n'aura pas été exprimé au moment de l'annonce, comme une sorte d'exutoire ou de catharsis, risque de revenir, tel le « retour du refoulé », et de décider certains managers, contre toute raison, à quitter l'entreprise même s'ils sont personnellement rassurés sur leur sort, car ils ne comprennent plus le sens de ce qu'ils font.

Il ne suffit pas d'expliquer toutes les bonnes raisons de la fusion, il faut projeter l'ensemble du personnel, et en particulier les cadres et les managers, dans un avenir commun, c'est-à-dire l'avenir de la nouvelle entreprise, mais aussi l'avenir de chacun d'eux au sein de celle-ci. Il faut que chacun voie ce qu'il aura à y gagner (une gamme de produits plus importante à

vendre, une place de leader, un positionnement plus innovant...).

Trop souvent, les dirigeants ne s'appliquent qu'à bien ciseler la communication financière et laissent leurs collaborateurs la décliner auprès des salariés. Certes, il faut que la communication financière et la communication interne soient cohérentes, mais il est dangereux qu'elles soient identiques. Un discours trop uniquement financier décliné en interne ne suffit pas à donner du sens, et cette absence de sens risque d'entraîner le départ de ceux qui étaient les plus motivés avant la fusion. Évidemment, ce problème de communication, d'explication, de projection vers la nouvelle entreprise est d'autant plus difficile qu'il s'agit de grands groupes internationaux. A cet égard, l'actionnariat des salariés peut être un moyen extrêmement utile et efficace pour expliquer à chacun d'eux à travers le monde le nouveau projet et la nouvelle stratégie.

Ainsi le groupe Carrefour a-t-il lancé, après la fusion avec Promodès, une opération dans vingt-sept pays pour communiquer sur le nouveau groupe, sur sa place dans le monde. Et cette opération n'a pas été conçue seulement comme une opération financière, mais bien comme une opération de communication interne sur le projet, avec une démultiplication et la formation de relais de proximité partout dans le monde.

Le deuxième piège à éviter est de croire qu'il suffit de donner des ex-

plications une fois pour toutes. Même lorsque les dirigeants se sont très bien mobilisés au moment de l'annonce, et peut-être d'ailleurs à cause de cela, on observe souvent ensuite un déficit de communication. Les dirigeants, en effet, ont tendance à considérer que, les explications ayant été longuement développées, et donc comprises au moment de l'annonce, il n'y a plus à y revenir. Or une fusion, si bien menée soit-elle, fait surgir inévitablement des problèmes de mise en œuvre concrète, souvent plus de problèmes qu'on ne croit, et des problèmes qui n'avaient pas été anticipés. Les résultats escomptés sont rarement au rendez-vous, en tout cas pas dans les temps prévus. Les synergies évidentes sur le papier ont parfois du mal à se réaliser, les différences de méthode et d'approche, les antagonismes des équipes et des personnes ont tendance à réapparaître, voire à s'exaspérer.

Tout cela impose de communiquer tout au long du processus. La communication interne, comme la pédagogie, est l'art de la répétition. Surtout, il est important de replacer ce qui arrive, les succès mais aussi les échecs, en perspective avec les annonces initiales, le projet, les raisons et les enjeux de la fusion. Au risque, là encore, de voir les cadres, et surtout les meilleurs, perdre confiance dans le projet et dans l'entreprise, d'autant plus qu'ils y ont cru, et préférer partir.

Cette nécessité de communiquer toujours et encore pour répéter, recalculer, donner du sens est d'autant

plus indispensable que les fusions entraînent souvent pour les cadres et les dirigeants une diminution de responsabilité, au moins faciale, qu'il faut compenser d'une manière ou d'une autre. Par exemple, des responsables Monde deviennent responsables Europe : le fonds est plus riche, mais l'étendue est moins vaste, donc le risque est que le poste soit vécu comme moins prestigieux. Ce sentiment d'avoir des responsabilités rétrécies est assez répandu et appelle une communication permanente sur la construction du nouveau projet, sur l'aventure que cela peut présenter pour chacun d'y participer.

Enfin, le troisième piège à éviter est le décalage entre le discours et la réalité, en particulier dans les cas où le discours officiel est celui de la « fusion entre égaux », les dirigeants s'étant engagés à « prendre le meilleur des deux entreprises ». La fusion entre égaux est possible à condition d'adopter une méthodologie adaptée (mise en place de groupes de travail avec les futurs utilisateurs des deux sociétés fusionnées pour choisir les méthodes qui prévaudront dans tous les domaines de la nouvelle entité). Mais cela suppose une vigilance extrême, un investissement très lourd en temps au moment où toutes les énergies doivent rester mobilisées sur la marche normale de l'entreprise. Cela suppose aussi une conviction vraie et une détermination sans faille, une absence totale de préjugés, donc une certaine modestie de l'acquéreur par rapport à

la société acquise. Ces conditions sont rarement réunies, et les réactions vainqueurs-vaincus sont toujours à fleur de peau.

Si donc, pour d'excellentes raisons, on n'est pas sûr de pouvoir mettre tous les moyens en œuvre pour que la fusion entre égaux soit une réalité, il vaut mieux éviter de faire des annonces qui vont entraîner de cruelles déceptions. Il n'y a rien de plus démotivant pour des cadres que de voir l'acquéreur imposer ses méthodes sans même les comparer à celles en vigueur dans la société acquise ou, pire, comme cela s'est vu, faire appel à un consultant extérieur pour mettre au point un nouveau système alors que la société acquise possédait déjà un excellent savoir-faire dans le domaine.

Dans ces cas, il y a risque de perte de compétences aux deux sens du terme : le nouveau groupe perd des savoir-faire utiles et, en plus, risque de perdre les hommes clés qui les possédaient. La démotivation, donc le risque de départ, est d'autant plus grande qu'il y a décalage avec le discours officiel.

Les pièges à éviter en matière d'accompagnement social

Force est de constater que le Code du travail français, et en particulier le droit du licenciement économique, n'est pas du tout adapté au cas des fusions-acquisitions, sans même parler de la contradiction entre le délit d'entrave et le délit d'initié.

Tout d'abord, notre Code du travail est bâti pour une société à un moment donné. Or en cas de fusion entre deux groupes, il y a généralement toute une série de sociétés juridiques impliquées et, surtout, un processus qui se déroule sur la durée. Souvent, on ne sait même pas à l'avance qui va être concerné soit par une suppression de poste, soit par une modification de son poste de travail.

De plus, l'empilage des textes et de la jurisprudence entraîne une situation contradictoire, voire schizophrénique.

D'une part, l'existence de « doublons » ne suffit pas à justifier le motif économique d'un licenciement (arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1997, *Rassier contre Société Sapmer*). D'autre part, toute personne dont le poste a quelque peu changé, même si elle a toute sa place dans le groupe fusionné, peut invoquer la modification substantielle de son contrat de travail et demander son licenciement pour motif économique.

En outre, depuis l'arrêt *Majorette* de la Cour de cassation (3 décembre 1996, *Syndicat Symétal CFDT contre Société nouvelle Majorette*), la jurisprudence impose à l'entreprise de faire un plan social dès que plus de neuf personnes risquent de refuser le poste qui leur est proposé.

En cas de fusion, les entreprises sont donc véritablement affrontées à des injonctions contradictoires.

Une autre schizophrénie naît de la combinaison des obligations juridiques, notamment des procédures et des attentes de l'opinion publique, à la fois relayées et amplifiées par les responsables politiques de tous horizons. En cas de fusion, il y a presque nécessairement des réductions d'effectif à faire pour réaliser les synergies attendues.

Les événements récents concernant le groupe Danone montrent bien que s'est installée en France l'idée qu'un groupe qui fait d'importants profits ne devrait pas procéder à des licenciements et encore moins fermer des usines ou des sites.

Cela m'amène à penser que, pour arriver à faire ce qui s'impose économiquement, un groupe largement bénéficiaire devrait au préalable avoir des solutions internes ou externes pour chacun des salariés concernés et/ou avoir un projet de reprise par un ou plusieurs repreneurs en cas de fermeture de site.

Or tout cela, qui serait nécessaire dans le contexte actuel pour éviter les réactions que l'on connaît, est absolument impossible à envisager, sauf à s'exposer au délit d'entrave.

Le Code du travail interdit en effet de proposer des postes, même en interne, à des salariés ou de rechercher une solution de reprise externe avant la fin de la procédure, au motif que ces démarches, préjudicant de l'issue de la procédure, constitueraient un délit d'entrave caractérisé au fonctionnement des

instances représentatives du personnel, qui doivent être consultées sur le projet de licenciement économique – à la fois sur ses raisons économiques (livre IV du Code du travail) et sur les mesures du plan social (livre III du Code du travail).

Face à ces injonctions contradictoires, les entreprises ont tendance à faire appel à un volontariat assaisonné de plus ou moins d'incitation (financière) au départ. On peut les comprendre, mais cette méthode constitue un formidable risque de perte de substance, car bien entendu ce sont en général les salariés les plus jeunes et les plus compétents qui partent en profitant de conditions financières (très) avantageuses.

D'ailleurs, à supposer même que l'entreprise n'ait pas fait appel au volontariat, les salariés peuvent assez facilement invoquer la « modifica-

tion substantielle de leur contrat de travail » (parce qu'ils ont dû changer quelque peu de responsabilité ou de localisation géographique) pour bénéficier des conditions de départ affichées dans le plan social ou négocier une transaction. L'effet d'aubaine se constate dans beaucoup de plans sociaux.

La seule façon d'éviter ce risque est de négocier avec les organisations syndicales un accord de méthode permettant tout à la fois de donner à ces dernières une visibilité sur l'ensemble des opérations (par exemple grâce à un comité de suivi où seront présentés les projets en amont, sans mettre en cause le déroulement ultérieur des procédures proprement juridiques, par société) et de mettre en place des systèmes favorisant une mobilité interne et externe maîtrisée, avec des consultants internes et externes dont le rôle est d'accueillir tous ceux qui le

souhaitent et qui se posent des questions, pour faire avec eux un bilan de leurs compétences et des possibilités dans le nouveau groupe. Tout le professionnalisme de ces consultants repose sur leur capacité à détecter les compétences clés et à leur proposer des projets professionnels motivants en interne pour les conserver et, parallèlement, à amener ceux qui n'ont plus vraiment leur place dans le nouveau groupe à en prendre conscience sans drame et à se repositionner à l'extérieur.

En conclusion, on peut dire que les risques de perdre les meilleurs sont très grands en période de fusion-acquisition, surtout sur un marché du travail où les talents sont de plus en plus recherchés. Mais on peut, sinon éviter, du moins diminuer ces risques par une gestion des ressources humaines et de la communication entièrement tournée vers cet objectif.

5.

Études et livres

Études

■ Olivier Simard
CHEA

*Passifs sociaux d'entreprises
et solutions assurancielles d'externalisation*

Livres

■ Ephraïm Clark • Bernard Marois • Joëlle Cernès
Le Management des risques internationaux
par Carlos Pardo

Passifs sociaux d'entreprises et solutions assuranciennes d'externalisation

Olivier Simard

Responsable technique, La Mondiale Entreprises

Les avantages sociaux existant dans l'entreprise, qu'ils soient mis en place par initiative interne (régimes de retraite ou de préretraite « maison » par exemple) ou imposés par la législation du travail ou les conventions collectives (indemnités de fin de carrière ou de licenciement...), font aujourd'hui l'objet d'une attention particulière au regard des engagements financiers importants qu'ils représentent.

Il est dorénavant nécessaire, non seulement de les recenser, mais également de les reconnaître sur le plan comptable et, par là même, d'en optimiser la gestion.

Face à leurs passifs sociaux identifiés, les entreprises se trouvent confrontées à une alternative en ce qui concerne la gestion de leurs engagements : soit le paiement des prestations au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles, soit la constitution de provisions de cette dette à long terme.

Dans la mesure où la provision va devenir la règle, une nouvelle alternative apparaît alors très rapidement : la gestion interne ou externe de ces provisions (une enquête réalisée sur les engagements de retraites et autres avantages auprès des mille premières sociétés françaises montre

que 72 % d'entre elles gèrent en interne leurs risques de retraite, sachant que les autres engagements ne sont pas recensés et donc non provisionnés).

La faible proportion qui a opté pour la gestion externe pourrait s'accroître avec l'obligation de provisionner ses engagements, les avantages de l'externalisation pouvant ainsi être mieux démontrés face à l'obligation de l'enregistrer dans les comptes. Les avantages de l'externalisation des provisions sont nombreux et peuvent s'articuler sur sept points.

◆ Les sept avantages de l'externalisation

Une déductibilité immédiate des engagements au titre de l'impôt sur les sociétés

Contrairement aux sommes affectées à la constitution des provisions internes, les cotisations versées sur les contrats d'assurance obéissent aux principes généraux de déduction des charges et sont ainsi imputées sur le résultat imposable dans l'année de versement.

Il s'agit du premier avantage souvent mis en avant par les assureurs

et qui se résume, en fin de compte, à un différé d'impôts dans la mesure où les prestations, lorsqu'elles deviendront exigibles, ne seront plus déductibles pour l'entreprise.

L'avantage de l'anticipation de la déduction fiscale est complété par la souplesse d'exercice de cette possibilité. L'entreprise, qui n'est pas contrainte de constituer des provisions et, par définition, de les externaliser, pourra « choisir » l'exercice le plus favorable sur le plan fiscal pour financer ses engagements externes.

L'entreprise optimise ainsi dans les meilleures conditions sa politique fiscale, à « taux connu » et à volume identifié ; elle ne sera pas soumise aux aléas des lois de finances d'une part et, d'autre part, pourra préserver son propre résultat le jour où d'importantes prestations deviendront exigibles.

Des produits financiers en franchise d'impôt

Grâce à l'environnement fiscal favorable des contrats d'assurance vie, les provisions externalisées sur les contrats bénéficient d'une valorisation sans prélèvement fiscal.

Cela constitue un levier très intéressant pour alléger la dette de l'entreprise, notamment celle concernant

des engagements par définition de longue durée ; un placement à 6 % en franchise d'impôt donne une valeur capitalisée de 21 % supérieure en dix ans, 46 % après vingt ans.

Cet élément est souvent déterminant dans le choix entre gestion interne et externe que doivent effectuer les entreprises et est considéré comme la contrepartie logique de la perte de disponibilité des sommes investies.

Gestion prévisionnelle de la trésorerie et des charges

L'entreprise qui externalise ses provisions peut parfaitement lisser le financement de ses engagements et éviter les à-coups dans sa trésorerie. La souplesse des versements, développée au premier point, permet également de gérer au mieux les insuffisances ou les excédents de trésorerie.

L'externalisation est d'autre part très souvent un moyen, pour les entreprises, d'apprécier le coût réel du travail par l'intégration, dans les charges salariales, des cotisations d'assurance.

Elle représente, enfin, une véritable sécurité pour l'entreprise qui peut, face à des départs massifs, ne pas être en mesure d'assumer totalement la charge correspondante.

Clarté des comptes de l'entreprise

Les provisions externes, parfaitement garanties par des actifs offrant une sécurité maximum au sein de sociétés d'assurances, permettront à l'entreprise de donner une image fi-

dèle de ses comptes, l'externalisation apportant un gage de sécurité.

Par ailleurs, la gestion externe des provisions permet de respecter les référentiels comptables internationaux, même si on ne souhaite pas réduire son capital social. En effet, il est demandé que, lors de la première constatation, les provisions soient imputées sur les fonds propres alors que, en passant par l'externalisation, les cotisations d'assurance sont comptabilisés en résultat.

Il convient de noter à cet égard qu'il n'est plus possible d'indiquer la conformité des comptes avec la norme IASC lorsque celle-ci n'est pas appliquée dans sa totalité et donc lorsque lesdites provisions n'ont pas été enregistrées.

Valorisation de l'entreprise

Le préfinancement en externe des engagements permet de ne pas affecter la valeur de l'entreprise du montant de ses passifs sociaux.

Effectivement, en cas de cession de l'entreprise, avec transfert de son personnel, les avantages acquis dans la société doivent être maintenus. Le Code du travail a prévu dans ce cas un ensemble de dispositions protégeant les salariés en la matière¹. Ce maintien est obligatoire même en cas de fusion avec une structure où le personnel en place n'aurait pas disposé de tels avantages.

À ce stade, il convient de rappeler l'importance d'une bonne évaluation des engagements car le débat sur la méthode et les paramètres de calculs retenus ne manquera pas de

surgir lors de la négociation avec le repreneur.

Sécurité pour les bénéficiaires

L'externalisation permet de garantir le paiement des prestations gagées par les provisions correspondantes constituées chez l'assureur.

Cette garantie est d'autant plus importante pour les prestations accordées après la rupture du contrat de travail (pensions de retraite ou de préretraite, maintien d'une couverture santé...) qui ne seront plus dépendantes du sort de l'entreprise.

D'autre part, si l'avantage salarial devient financièrement insupportable pour l'entreprise, des mesures pourront être prises pour le réduire ou le fermer, tout en ayant préservé les droits passés accumulés par les salariés en fonction de leur ancienneté.

Le fait d'avoir préfinancé l'engagement passé, sans pouvoir utiliser les fonds pour d'autres destinations, facilitera effectivement la négociation avec les représentants du personnel concerné, l'entreprise pouvant assumer ses responsabilités antérieures.

Transfert de la gestion des prestations

La gestion externe des engagements permet à l'entreprise de se libérer de la gestion administrative de ceux qui sont le plus complexes, comme les pensions de retraite, préretraite et compléments chômage. Les prélèvements sociaux et les obligations de déclarations fiscales, notamment, sont en effet spécifiques et diffèrent de la gestion des salaires. Ils constituent un argument essen-

tiel pour l'externalisation des engagements de préretraite et des charges sociales y afférentes, mais il convient de noter que, sur ce seul argument, certaines entreprises n'ont extériorisé que la gestion en conservant les provisions correspondantes.

◆ Les solutions d'accueil

Pour externaliser son engagement, l'entreprise devra souscrire un contrat d'assurance. Afin de bénéficier des avantages fiscaux développés ci-dessus, il n'existe pas d'autres possibilités, le contrat d'assurance étant en effet le seul support qui permette d'affecter une somme à un objet unique, à l'extérieur des comptes de l'entreprise, et qui représentera un réel « appauvrissement », respectant ainsi les conditions fiscales de déductibilité.

La fiducie, proche des trusts anglo-saxons et dont la création a été évoquée au début des années 1990, aurait pu être une structure d'accueil concurrente des contrats d'assurance, mais le projet de loi de l'époque n'a pas abouti, se heurtant aux adaptations fiscales à mettre en place.

Le contrat d'assurance, en couverture des passifs sociaux de l'entreprise, peut s'appuyer, selon la nature de l'engagement et le choix de l'entreprise, soit sur une technique d'épargne pure, soit sur un véritable transfert de risque.

Les deux techniques sont identiques sur le plan fiscal à partir du moment où aucun retour vers l'entreprise n'est prévu en dehors de l'objet du contrat, mais sur le plan comptable, la distinction est importante.

Dans le premier cas, il n'y a pas eu de transfert de risque à l'assureur, et l'entreprise est contrainte de continuer à faire figurer ses engagements sur le bilan ; en utilisant le transfert réel d'engagements, ceux-ci ne sont plus de la responsabilité de l'entreprise sauf si cette dernière n'a pas totalement versé les cotisations correspondantes à l'assureur.

Dans l'un et l'autre cas, le souscripteur du contrat reste l'entreprise, le bénéficiaire étant ou l'entreprise, ou, directement, le bénéficiaire de la prestation.

Contrat sans transfert de risque

Le contrat fonctionne selon la pratique dite du fonds collectif qui recevra les sommes versées par l'entreprise. La technique est assez proche de ce qui se pratique pour les contrats individuels d'épargne assurance vie, où l'assureur n'assume que la partie financière, avec ou sans garantie de rendement minimum, selon la gestion financière retenue. Lors de la demande de prestation, l'assureur limite son intervention aux montants inscrits dans le fonds collectif, laissant ainsi à la charge de l'entreprise les insuffisances constatées. Cette technique est utilisée par nécessité, faute de pouvoir maîtriser la totalité du risque et donc ce dernier et d'en transférer la charge à l'assureur à un coût équitable pour ce dernier et l'entreprise.

Ce type de contrat est adapté pour tous les engagements différés qui comportent des incertitudes quant à leurs probabilités de réalisation (présence par exemple du salarié

dans l'entreprise lors de l'exigibilité de la prestation) ou à leur montant (évolution de la base de calcul telle que le salaire de fin de carrière).

Ce sera le cas des engagements de retraite à prestations définies, d'indemnités de fin de carrière, d'indemnités de licenciement, des comptes épargne temps, des médailles du travail...

L'assureur ne peut s'engager sur ces éléments dont l'évolution échappe à toute statistique, dans la mesure où ils dépendent de la gestion et des décisions de l'entreprise assurée.

Des solutions d'externalisation totale peuvent toutefois être étudiées pour les entreprises qui souhaiteraient éliminer les engagements sociaux de leur bilan.

Contrat avec transfert de risque

C'est dans cette catégorie de contrats que les avantages de l'externalisation concernant la sécurité des salariés, mais également la clarté des comptes et la valorisation de l'entreprise, pourront le mieux s'exprimer. Les engagements concernés seront ceux qui trouvent leur place dans des risques assurables pour la société d'assurances, tels que les pensions viagères de retraite, les rentes temporaires de préretraite, la couverture viagère des frais médicaux pour les retraités, les garanties de maintien de salaire pendant les périodes d'arrêts de travail temporaires ou d'invalidité.

Ces risques correspondent d'autre part à des engagements de paiement de prestations qui peuvent déjà être en cours pour l'entreprise.

Les prestations sont bien connues dans leur principe et leur montant, mais la durée de versement reste inconnue. C'est ici que le métier de l'assureur vie va pouvoir pleinement s'exercer :

- en maîtrisant le risque de longévité pour les prestations viagères grâce à une mutualisation réalisée dans son portefeuille de rentiers ;
- en utilisant sa capacité à faire appel à la réassurance pour la couverture de risques plus sensibles comme la consommation médicale des retraités ;
- en offrant, enfin, toutes les garanties de paiement des engagements jusqu'au terme prévu, ce qui est primordial pour les prestations viagères dont on peut considérer qu'elles iront souvent au-delà de la vie de l'entreprise.

Il s'avère toutefois que la couverture offerte par l'assureur a un coût qui n'est pas toujours admis par les entreprises, soit qu'elles considèrent que les bases de tarification retenues sont trop prudentes, soit qu'elles ne souhaitent ou ne peuvent pas financer la totalité de leurs engagements. Deux régimes d'accueil peuvent alors être proposés à l'entreprise :

- un contrat en fonds collectif, tel que présenté ci-dessus, qui limitera son intervention aux possibilités du fonds ;
- un contrat de transfert de risque mais avec un compte technique propre à l'entreprise où les pertes et les gains techniques (notamment les écarts de mortalité pour les rentes viagères) diminueront ou augmenteront la participation bénéficiaire affectée au contrat et qui sert en général à financer les revalorisations des rentes.

Dans le premier cas, l'entreprise peut ne financer qu'une partie de son engagement mais, s'agissant de paiement de pensions, l'assureur doit rester très vigilant sur le niveau de sa responsabilité. Pour un tiers, l'assureur peut apparaître comme l'unique débiteur de la rente et, en cas de défaillance de l'entreprise, se trouver engagé sur la totalité du risque, faute d'avoir précisé clairement son niveau d'engagement.

Dans le second cas, l'assureur dispose de la totalité des provisions nécessaires qui sont uniquement démutualisées du reste de son portefeuille. En cas de défaillance de l'entreprise, il lui sera aisé de réintégrer les rentiers concernés dans le régime commun.

Engagement de revalorisation

Dans de nombreux accords de retraite ou de préretraite, les partenaires sociaux demandent à l'entreprise de s'engager sur un niveau de revalorisation des pensions.

Il peut être retenu comme indice un critère propre à l'entreprise ou à son secteur d'activité (évolution de la grille de salaire des actifs) ou une référence à l'évolution des pensions des régimes de retraite obligatoire ou, plus rarement, l'évolution des prix.

L'assureur de son côté détermine le taux de revalorisation qu'il peut accorder en fonction des résultats techniques et financiers du portefeuille de rentiers, le résultat technique étant, selon le type de contrat utilisé, soit mutualisé, soit propre à l'entreprise.

Ainsi, il existe une distorsion entre le taux de revalorisation promis par l'entreprise et ce qui peut être accordé, l'assureur ne pouvant prendre, en ce qui le concerne, aucun engagement sur des éléments non maîtrisables à long terme.

Dans cette situation, il va être créé au sein du contrat une provision de lissage, appelée fonds de revalorisation, qui sera créditée des montants de revalorisation que l'assureur aurait accordés normalement, et débitée des montants de provisions calculés en vertu des engagements pris par l'entreprise.

Les bonnes années, le fonds de revalorisation sera en croissance car la performance de l'assureur est supérieure au besoin, les mauvaises années il faudra prélever sur le fonds pour assumer l'engagement de revalorisation. Une clause prévoit, en cas d'insuffisance, un appel de cotisations complémentaires (ou bien une réduction de la revalorisation en proportion des sommes disponibles dans le fonds).

Captives

Créées dans les années 1970 par les grands groupes industriels, les captives de réassurance constituaient le moyen de diminuer le coût de l'assurance et représentaient un outil de protection contre les risques difficilement assurables (pollution, responsabilité, perte de marchés...).

Les assureurs, relégués au rang de simples « fronteurs », réagirent en offrant de nouvelles solutions, telles des couvertures sur mesure intégrant la prévention ou les garanties avec franchises, tout en baissant

leurs taux dans un environnement de surcapacité de l'offre d'assurance et de réassurance.

Dans bon nombre de cas (le marché sous-tarifant les risques), la solution « captive » ne se justifiait plus et certains groupes se sont interrogés sur son utilisation pour d'autres risques que ceux prévus au départ.

Des demandes ont ainsi été présentées pour des contrats de passifs sociaux, mais il est vite apparu que la motivation n'était pas directement d'ordre économique puisque la fiscalité des versements et des produits financiers n'était pas améliorée (déductibles dans tous les cas) et que la multiplication des intermédiaires (fronteur, captive, gestionnaire de captive, courtier) augmentait le coût de l'assurance.

Sur le plan fiscal, bien au contraire, un risque pouvait apparaître, étant donné que les sommes versées revenaient dans l'actif d'une filiale (la captive), risque aggravé par certaines pratiques de gestion financière.

Une instruction fiscale d'avril 1998, relative à l'imposition des sociétés²,

s'intéresse aux captives et, bien que les dispositions de cette instruction ne s'appliquent pas aux contrats de passifs sociaux (l'utilisation de la captive n'entraîne pas d'avantages fiscaux particuliers), cela démontre l'attention croissante que porte le fisc sur ces montages particuliers.

Dans ces conditions, l'utilisation d'une captive doit s'accompagner d'un certain formalisme pour démontrer qu'elle n'intervient pas dans un but d'évasion fiscale.

Des opérations ont ainsi pu être montées dans le cadre de contrats de passifs sociaux (notamment d'indemnités de fin de carrière), permettant aux entreprises de maintenir une activité pour la captive, d'organiser des compensations interrisques grâce aux produits financiers des provisions constituées, voire d'optimiser les possibilités de gestion financière.

Face à la problématique des passifs sociaux d'entreprises, certains assureurs ont développé différentes solutions originales sur mesure pour répondre aux exigences des direc-

teurs financiers et comptables. Mais les directions des ressources humaines apprécient également les conseils donnés et la souplesse des propositions permettant d'externaliser leurs engagements sociaux.

C'est donc un véritable échange de partenariat qui, très souvent, s'instaure entre l'entreprise et l'assureur afin d'optimiser l'externalisation des provisions de ses passifs sociaux.

Cette chronique reprend les principaux éléments du rapport de fin d'études de l'auteur du Centre des hautes études d'assurances. *Risques* publie désormais régulièrement les bonnes feuilles de mémoires des récents diplômés du CHEA (8, rue Chaptal, 75009 Paris).

Notes

1. Art. 122-12-1° du Code du travail, mise en conformité suite à la directive européenne de 1984 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de cessions ou de fusions d'entreprises.

2. Instruction du 30 avril 1998, relative à l'article 209 B du CGI visant les bénéfices réalisés par une entreprise dans une filiale installée dans un pays à réglementation fiscale privilégiée.

Livres

■ Ephraïm CLARK, Bernard MAROIS et Joëlle CERNÈS, *Le Management des risques internationaux*, Paris, Economica, coll. « Gestion », 2001.

Sur fond d'une expansion sans précédent des marchés financiers et de leur utilisation croissante par les entreprises voulant assurer leur financement, mais aussi d'à-coups et d'une accélération de la vitesse des phénomènes boursiers, la théorie financière moderne a fait ces dernières décennies de grands pas vers l'amélioration de la compréhension et de l'évaluation des risques. Trois auteurs – Ephraïm Clark, Bernard Marois et Joëlle Cernès – nous proposent un manuel très utile. Celui-ci développe un cadre méthodologique et conceptuel permettant d'analyser les mécanismes qui engendrent les risques internationaux. Il aborde aussi les techniques d'évaluation et les instruments de couverture pour se prémunir contre ces risques. Ce livre est d'autant plus bienvenu, pour les entreprises comme pour les investisseurs, qu'il contribue à combler certaines lacunes dans la littérature française relative au risque politique international. En effet, si de nombreuses publications traitent du risque de change, du risque de taux et même du risque pays, moins abondante est la littérature économique portant sur le risque politique international, qui occupe une place de choix dans cet ouvrage.

Le livre s'organise en quatre parties bien délimitées et ses chapitres sont, on ne peut que s'en réjouir, copieusement illustrés par de nombreux exemples concrets. La première partie présente tout d'abord une description du cadre institutionnel et des marchés des changes dans lequel évoluent les entreprises et les investisseurs travaillant avec ou à l'étranger (chap. 1). Le chapitre II s'attarde à définir la notion de risque et sa mesure dans les affaires internationales ou « transfrontalières », mesure concernant notamment la volatilité des revenus liés aux transactions internationales, qui découle d'événements spécifiques au pays dans lequel opère l'entreprise. La deuxième partie (quatre chapitres) est essentiellement consacrée à l'évaluation du risque politique et des risques internationaux dans leur dimension économique et financière. Le chapitre III montre comment on peut développer une approche méthodologique susceptible de réduire l'incertitude autour des événements politiques et sociaux pouvant affecter les anticipations des agents. Le chapitre IV évalue la dimension économique et financière du risque international. Les chapitres V et VI sont dédiés aux techniques approfondies permettant de mieux appréhender les risques internationaux afin d'évaluer la santé et la solvabilité d'une économie nationale au niveau international. La troisième partie

(chap. VII et VIII), quant à elle, traite des modalités pratiques de la gestion des risques politiques – en partant des entreprises d'exportation –, puis des modes de gestion des positions de change. La quatrième et dernière partie (chap. IX à XI) est consacrée aux techniques les plus modernes et les plus complexes en matière de risques : options classiques, options exotiques, options réelles, sont présentées tour à tour à l'aide d'exemples appliqués aux investissements internationaux.

Deux phénomènes, dont l'importance est mise en évidence par nos trois auteurs, nécessiteront à l'avenir des recherches et des développements plus approfondis. Il s'agit du rôle majeur des risques extrêmes et de la volatilité des marchés financiers qui est l'une des raisons (mais non la seule !) de la perception souvent négative qu'ont certains agents économiques de l'économie de marché et, plus particulièrement, de la finance.

Les auteurs attirent en effet à juste titre l'attention sur certaines idées reçues concernant notamment le rôle négatif attribué à la spéculation boursière et ses effets sur la volatilité des marchés : « Les opérateurs argumentent avec passion que le dispositif d'arbitrage à terme a rendu le marché plus volatil donc plus risqué. » Mais, comme ils le soulignent, « aucune recherche académique ne prend au sérieux cette remarque, de nombreuses études ayant démontré que la volatilité observée dans les années d'introduction des futures et des options n'a pas été notablement plus élevée que les standards observés dans le passé. Alors que la volatilité, terme statistique qui désigne les mesures de dispersion autour de la moyenne, n'a pas augmenté à l'occasion de la mise en place du marché à terme, ce qui a changé et dans le sens d'une hausse, c'est la vitesse des variations des cours de change ». Bref, il y a là un vaste champ de recherche pour nos auteurs et leurs confrères.

De même, Clark, Marois et Cernès soulignent l'importance et les conséquences probables que pourrait avoir l'issue des débats, en cours depuis quelques années, sur la normalité des variables économiques et financières. L'ouvrage, au nom de l'opérationnalité, courante dans la littérature économique et financière, reste cependant centré sur la « théorie financière acceptée », fondée sur la mesure traditionnelle du risque qui est l'analyse moyenne-variance et les distributions normales et log-normales. À cet égard, signalons, et *Risques* y reviendra, l'intérêt de l'ouvrage *Économie des extrêmes* (Paris, Flammarion, 2000), qui vient de recevoir le prix *Risques-Les Échos* et dans lequel Daniel Zajdenweber montre et analyse la prépondérance des risques extrêmes qui, selon lui, expliquent l'essentiel de la sinistralité sur les marchés.

par Carlos Pardo



Quel est le rôle de l'urbanisme dans la prévention de la malveillance ? Sécuriser l'habitat par une redistribution des espaces public et privé ? Le réhabiliter par de nouvelles formes de contrôle impliquant habitants et acteurs de la sécurité ? Par la diversité de ses approches, ce numéro se propose d'ouvrir un champ de débat à un sujet qui, en France, demeure encore très expérimental.

Autour de la normalisation ? ♦ *Sur la normalisation de la prévention de l'insécurité par l'urbanisme*, Louis MOREAU DE SAINT-MARTIN, Alain GARNIER ♦ *Regard sur l'urbanisme et l'architecture face aux tentations sécuritaires*, Bruno VAYSSIÈRE

Nouvelles formes de contrôle et participation ♦ *Contrôler ou communiquer ? Débat sur la co-veillance et ses usages*, Entretien avec Philippe DARD ♦ *La sécurisation des grands ensembles : incertitudes et contradictions des opérations de requalification*, Danielle DELHOME, Paul LANDAUER ♦ *Vers l'émergence d'un modèle français d'espace défendable*, Dominique LEFRANÇOIS ♦ *Désordres en territoires urbains. Pour une confrontation des positions*, Madeleine AKRICH, Cécile MÉADEL, Jacques FRENAIS, Frédéric OCQUETEAU



REVUE TRIMESTRIELLE DE SCIENCES SOCIALES
La Documentation française -
124, rue Henri-Barbusse - 93308 Aubervilliers cedex
Tél : 01 40 15 70 00 - 110 F (16,77 euros)

	France et CEE	Pays hors CEE		France et CEE	Pays hors CEE
N° 2 Les visages de l'assuré (1 ^{re} partie)	125 F	125 F	N° 41 L'Europe. La confidentialité. Assurance : la fin du cycle ?	190 F	220 F
N° 3 Les visages de l'assuré (2 ^e partie)	125 F	125 F	N° 42 L'image de l'entreprise. Le risque de taux. Les catastrophes naturelles	190 F	220 F
N° 4 La prévention	125 F	125 F	N° 43 Le nouveau partage des risques dans l'entreprise. Solvabilité des sociétés d'assurances. La judiciarisation de la société française	190 F	220 F
N° 6 Le risque thérapeutique	125 F	125 F	N° 44 Science et connaissance des risques. Y a-t-il un nouveau risk management ? L'insécurité routière	190 F	220 F
N° 7 Assurance crédit/Assurance vie	125 F	125 F	N° 45 Risques économiques des pays émergents. Le fichier clients. Segmentation, assurance, et solidarité	190 F	220 F
N° 11 Environnement : le temps de la précaution	150 F	150 F	N° 46 Les nouveaux risques de l'entreprise. Les risques de la gouvernance. L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes	190 F	220 F
N° 13 Risk managers-assureurs : nouvelle donne ?	150 F	150 F			
N° 14 Innovation, assurance, responsabilité	150 F	150 F			
N° 15 La vie assurée	150 F	150 F			
N° 16 Fraude ou risque moral ?	150 F	150 F			
N° 18 Éthique et assurance	150 F	150 F			
N° 19 Finance et assurance vie	150 F	150 F			
N° 20 Les risques de la nature	150 F	150 F			
N° 21 Assurance et maladie	190 F	190 F			
N° 22 L'assurance dans le monde (1 ^{re} partie)	190 F	190 F			
N° 23 L'assurance dans le monde (2 ^e partie)	190 F	190 F			
N° 24 La distribution de l'assurance en France	190 F	190 F			
N° 25 Histoire récente de l'assurance en France	190 F	190 F			
N° 26 Longévité et dépendance	190 F	190 F			
N° 27 L'assureur et l'impôt	190 F	190 F			
N° 28 Gestion financière du risque	190 F	190 F			
N° 29 Assurance sans assurance	190 F	220 F			
N° 30 La frontière public/privé	190 F	220 F			
N° 31 Assurance et sociétés industrielles	190 F	220 F			
N° 32 La société du risque	190 F	220 F			
N° 33 Conjoncture de l'assurance. Risque santé	190 F	220 F			
N° 34 Le risque catastrophique	190 F	220 F			
N° 35 L'expertise aujourd'hui	190 F	220 F			
N° 37 Sortir de la crise financière. Risque de l'an 2000. Les concentrations dans l'assurance	190 F	220 F			
N° 38 Le risque urbain. Révolution de l'information médicale. Assurer les OGM	190 F	220 F			
N° 39 Santé : une réforme de plus ? Internet et assurance. Perception du risque	190 F	220 F			
N° 40 XXI ^e siècle : le siècle de l'assurance. Nouveaux métiers, nouvelles compétences. Nouveaux risques, nouvelles responsabilités	190 F	220 F			

Numéros hors série

Responsabilité et indemnisation	100 F
Assurer l'avenir des retraités	100 F
Les Entretiens de l'assurance 1993	100 F
Les Entretiens de l'assurance 1994	150 F

Numéros épuisés

N° 1 Les horizons du risque
N° 5 Age et assurance
N° 8 L'heure de l'Europe
N° 9 La réassurance
N° 10 Assurance, droit, responsabilité
N° 12 Assurances obligatoires : fin de l'exception française ?
N° 17 Dictionnaire de l'économie de l'assurance
N° 36 Rente et risque. Le risque pays. Risque et environnement

BON DE COMMANDE DE LA REVUE RISQUES

	France et CEE	Étranger
<input type="checkbox"/> Abonnement de soutien (4 n°/an) du n° 46 au n° 49 inclus	2 000 F	2 000 F
<input type="checkbox"/> Abonnement (4 n°/an) du n° 46 au n° 49 inclus	700 F	800 F

Je commande ex. des numéros

Nom et prénom

Institution ou entreprise

Fonction exercée et nom du service

Adresse

Code postal Ville

Pays Tél.

Fax

Je joins le montant de : F à l'ordre de LGDJ par :

Chèque bancaire Chèque postal Virement en francs français

Banque Société générale, compte LGDJ 30003 03081 00020053769 36

A retourner à : LGDJ-Montchrestien – 31, rue Falguière 75741 PARIS cedex 15

Tél. : [33] 01 56 54 17 80 – Fax : [33] 01 56 54 17 81



Risques

Les cahiers de l'assurance

Directeur de la publication

Marc Maillefer

Responsable de la rédaction

Jean-Hervé Lorenzi

Professeur à l'université Paris-Dauphine

Rédaction

Tél. [33] 01 42 47 93 56

Fax [33] 01 42 47 91 22

e-mail : Risques@ffsa.fr

Diffusion

Abonnement

L.G.D.J

31, rue Falguière

75741 Paris Cedex 15

Tél. [33] 01 56 54 17 80

Fax [33] 01 56 54 17 81

Prix de l'abonnement (4 n ^{os})	France	700 F
Prix au numéro	France	190 F
Prix de l'abonnement (4 n ^{os})	étranger	800 F
Prix au numéro	étranger	220 F

Vente au numéro

Librairie des Éditions juridiques associées

L.G.D.J-Montchrestien

20, rue Soufflot

75005 Paris

Tél. [33] 01 46 33 89 85

Fax [33] 01 40 51 81 85

Photocomposition, photogravure impression, routage

Morel et Corduant

11, rue des Bouchers 59800 Lille

Tél. : [33] 03 28 36 18 00

CPPAP : 72.325

Dépôt légal : Juin 2001

ISSN : 1152-9253

Revue éditée par Scepra
9, rue d'Enghien 75010 Paris

Risques

Les cahiers de l'assurance

1. Société

Les nouveaux risques de l'entreprise

2. Techniques

Les risques de la gouvernance

3. Analyses

L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes

4. Chroniques

Droit

Économie

Social

5. Études et livres

ISSN : 1152-9253



ISBN : 2-909303-06-3

Prix : 190 F

*Numéro spécial :
Les nouveaux risques
de l'entreprise*